



|   |            |
|---|------------|
| <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> |

**2023/2**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.23/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications

CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

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 120.- estero (porto franco)

|   |            |
|---|------------|
| <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> |

2023/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2023

---

|                   |                               |                                       |
|-------------------|-------------------------------|---------------------------------------|
| <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 <sup>1</sup>    |
|                   | 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 8               | Bundesstrafgericht            |                                       |
| <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>               |                                       |

<sup>1</sup> Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

|                     |                                      |  |
|---------------------|--------------------------------------|--|
| <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 <sup>1</sup>      |
|                     | 1                                    | Mesures provisionnelles                        |
|                     | 2                                    | Enquêtes                                       |
|                     | 3                                    | Concentrations d'entreprises                   |
|                     | 4                                    | Sanctions selon l'article 50 ss LCart          |
|                     | 5                                    | Autres décisions                               |
|                     | 6                                    | Recommandations                                |
|                     | 7                                    | Préavis  |
|                     | 8                                    | LMI  |
|                     | 9                                    | Divers   |
|                     | B 3                                  | Tribunal administratif fédéral                 |
|                     | B 4                                  | Tribunal fédéral                               |
|                     | B 5                                  | Conseil fédéral                                |
| B 6                 | Surveillance des prix                |  |
| B 7                 | Tribunaux cantonaux                  |  |
| B 8                 | Tribunal pénal fédéral               |  |
| <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>                        |  |

<sup>1</sup> Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

|                    |                                    |  |
|--------------------|------------------------------------|--|
| <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 <sup>1</sup>     |
|                    | 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 8                | Tribunale penale federale          |  |
| <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>                     |  |

<sup>1</sup> In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| <b>B</b> | <b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b><br><b>Pratique administrative</b><br><b>Prassi amministrativa</b>  |     |
| B 1      | <b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b><br>Secrétariat de la Commission de la concurrence<br>Segreteria della Commissione della concorrenza   |     |
| 1.       | <b>Vorabklärungen</b><br><b>Enquêtes préalables</b><br><b>Inchieste preliminari</b>  |     |
|          | 1. Google Shopping   | 262 |
| 4.       | <b>Beratungen</b><br><b>Conseils</b><br><b>Consulenze</b>  |     |
|          | 1. Beratung betreffend die Meldepflicht infolge der Änderung des Aktionärsbindungsvertrags   | 266 |
|          | 2. Umstrukturierung einer Unternehmensgruppe   | 268 |
|          | 3. Beratung zur Preissetzung von Dienstleistungen  | 272 |
|          | 4. Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants  | 276 |
| B 2      | <b>Wettbewerbskommission</b><br>Commission de la concurrence<br>Commissione della concorrenza  |     |
| 3.       | <b>Unternehmenszusammenschlüsse</b><br><b>Concentrations d'entreprises</b><br><b>Concentrazioni di imprese</b>   |     |
|          | 1. Crédit Agricole L&F/Compagnie Financière Michelin/Watèa   | 281 |
|          | 2. TX/Clear Channel  | 284 |
|          | 3. Medbase/Hirslanden/Luzerner Kantonsspital/Groupe Mutuel/SWICA/Helsana – Bluespace Ventures AG   | 314 |
|          | 4. PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen   | 317 |
|          | 5. TX/BOM  | 345 |
|          | 6. Medbase/Zur Rose Schweiz  | 363 |
|          | 7. Implenia/Wincasa  | 370 |
|          | 8. CA Consumer Finance/Stellantis/FCA Bank Free2MoveLease  | 373 |
|          | 9. Blackstone Inc./Resolution Life Group Holdings Ltd.   | 379 |
|          | 10. AMAG Leasing AG/Volkswagen Financial Services AG/Gemeinschaftsunternehmen  | 383 |
| 8.       | <b>BGBM</b><br><b>LMI</b><br><b>LMI</b>  |     |
|          | 1. Stellungnahme vom 25. Oktober 2021 zuhanden des Bundesgerichts zu den subsidiären Verfassungsbeschwerden vom 9. Juni 2021 und vom 23. Dezember 2020 i.S. A. AG gegen Einwohnergemeinde U.   | 387 |
|          | 2. Expertise du 5 juin 2023 concernant la licéité de l'interdiction du plastique à usage unique dans la législation cantonale genevoise  | 394 |
| B 3      | <b>Bundesverwaltungsgericht</b><br>Tribunal administratif fédéral<br>Tribunale amministrativo federale   |     |
|          | 1. Urteil vom 5. Juni 2023 - Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG (Verfügung vom 26. Juni 2019)  | 401 |
|          | 2. Arrêt du 16 février 2021 – Abus de position dominante – Sanction, Supermédia  | 471 |
| B 4      | <b>Bundesgericht</b><br>Tribunal fédéral<br>Tribunale federale   |     |
|          | 1. Urteil vom 31. März 2023 - Ausrichtung von Beiträgen aus den Erträgen der Kurtaxen, Verfassungsbeschwerden gegen den Entscheid des Staatsrats des Kantons Wallis vom 25.11.2020 und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 07.05.2021 | 529 |
|          | 2. Arrêt du 9 mai 2023 – Abus de position dominante, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 16 février 2021   | 539 |
|          | <b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>  | 559 |
|          | <b>Index (deutsch, français e italiano)</b>  | 561 |

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

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

|       |  |
|-------|--|
| B 1   | <b>1. Vorabklärungen</b><br>Enquêtes préalables<br>Inchieste preliminari |
| B 1.1 | <b>1. Google Shopping</b>  |

*Rapport final du Secrétariat de la COMCO du 14 mars 2023 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Google Shopping relatif à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'art. 7 LCart.*

#### **A En fait**

##### **A.1 Objet de l'enquête préalable**

1. Le 22 septembre 2015, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) a ouvert une enquête préalable sur la base de l'art. 26 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) à l'encontre de Google Switzerland GmbH (ci-après: Google) en raison d'une potentielle restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart en relation avec le comportement de Google concernant la présentation d'une partie de ses résultats de recherche et l'utilisation de certains contenus tiers. Concrètement, il s'agit de déterminer si Google a abusé d'une position dominante sur le marché de la recherche en ligne en abaissant dans ses résultats de recherche gratuits le rang de services concurrents tels que les comparateurs de prix ainsi qu'en accordant à ses propres services de recherche verticaux (notamment « Google Shopping ») un placement préférentiel, afin d'exclure les services concurrents.

##### **A.2 Google**

2. Google Switzerland GmbH est la filiale suisse d'Alphabet Inc<sup>1</sup>. L'entreprise s'est principalement fait connaître à travers son moteur de recherche, concurrencé historiquement par AltaVista puis par Yahoo! et Bing. Depuis les dernières années, elle a procédé à de nombreuses acquisitions et développements et détient aujourd'hui de nombreux logiciels et sites web prédominants parmi lesquels YouTube, le système d'exploitation pour téléphones mobiles Android, ainsi que d'autres services tels que Gmail, Google Earth, Google Maps ou Google Play.

3. Google Shopping est le service de comparateur de prix de Google. Il exploite son annuaire de produits des boutiques en ligne référencées. Si le service est gratuit pour les utilisateurs finaux du moteur de recherche, il est rendu moyennant le paiement du référencement de ses produits pour tous les commerçants souhaitant donner une chance à ces derniers d'apparaître prioritairement dans le comparateur Google Shopping. Il permet aux utilisateurs de visualiser les images, les prix et les avis des produits, ainsi que d'obtenir des informations sur les endroits où ces produits peuvent être achetés.

##### **A.3 Résumé de la procédure européenne**

4. Le 27 juin 2017, la Commission européenne a condamné Google et Alphabet à payer solidairement les sommes de 2'424'495'000 euros et 523'518'000 euros dans le cadre de l'affaire « Google Shopping »<sup>2</sup>. La Commission européenne a estimé que Google avait abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre système de comparaison de prix « Google Shopping », par rapport aux comparateurs de prix concurrents. La stratégie de Google avait lieu en deux temps:

- Lorsqu'un utilisateur effectuait une recherche classique sur le moteur de recherche Google, les résultats Google Shopping apparaissaient dans la première partie des résultats de recherche.
- Les comparateurs de prix concurrents étaient rétrogradés, même le comparateur le mieux classé n'apparaissait en moyenne qu'à la page quatre des recherches.

<sup>1</sup> Alphabet Inc. est une société holding organisée autour de six pôles d'activités: 1/ Google, Youtube et Gmail, 2/ Nest Labs, 3/ Calico, 4/ Google X, 5/ Google Venture et Google Capital et 6/ Google Fiber.

<sup>2</sup> COMM-UE, AT.39740 du 27.6.2017, *Google Search (Shopping)*.



5. La Commission européenne a considéré que la pratique de Google bridait la concurrence sur le marché de la comparaison des prix et avait permis à cette entreprise de réaliser des profits importants au détriment de ses concurrents dans 13 pays européens. En raison de la très large part de marché de Google (plus de 90%), la Commission européenne a qualifié cette pratique d'abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche.

6. L'accusation de l'utilisation sans consentement, par Google, dans ses propres services de recherche spécialisés sur internet, du contenu original de sites web appartenant à des tiers n'a pas été sanctionnée par la Commission européenne dans la mesure où cette problématique a pu trouver une solution dans la mise en place des mesures prises par Google. Elle ne fait formellement pas partie des griefs reprochés par la Commission européenne dans le cadre de l'enquête « Google Shopping ».

7. Google a fait appel de la décision devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après: « le Tribunal »). Elle n'a pas contesté sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche, mais prétendait que les pratiques abusives qui lui étaient reprochées étaient de simples améliorations qualitatives de son service.

8. Le 10 novembre 2021, le Tribunal a rendu une décision de rejet. L'arrêt rappelle à ce titre que la position dominante ne posait pas de problèmes en soi. C'était la combinaison de l'autopromotion de son propre service, avec la rétrogradation des services concurrents qui était problématique. Afin de pouvoir qualifier le comportement de la firme d'abus de position dominante, le Tribunal a défini le moteur de recherche Google comme étant une infrastructure. Google était donc un fournisseur mettant à disposition de distributeurs une infrastructure numérique permettant d'interagir avec un écosystème d'utilisateurs. Ici, Google avait abusé de sa position en limitant volontairement l'accès de certains fournisseurs à l'écosystème d'utilisateurs, pour promouvoir ses propres services.

9. Le Tribunal a rappelé également que la différence de traitement entre le comparateur de prix de Google et les comparateurs de prix concurrents ne résultait pas de différences objectives de qualités, mais bien d'un choix délibéré de Google de limiter l'accès de ses concurrents au marché. Google n'ayant pas réussi à démontrer que les différences de référencement ne résultaient pas d'améliorations objectives qu'elle avait apportées à son service, le caractère discriminatoire de la pratique a été considéré comme démontré.

10. Le Tribunal a reproché également à Google d'avoir trahi son modèle économique. En effet le principe du moteur de recherche Google était de proposer à un écosystème d'utilisateurs la totalité des résultats de recherche possibles. Ainsi la restriction arbitraire de certains contenus ne pouvait se comprendre que dans le cadre d'un abus de position dominante.

#### A.4 Procédure

11. Le 16 juillet 2014, suite à la proposition de mesures par Google à la Commission européenne (acceptée en février 2014 par la Commission européenne après avoir

demandé à Google des modifications), le Secrétariat a rencontré Google afin de discuter de l'application de ces mesures en Suisse. Google a confirmé qu'il n'était pas prévu de mettre en place les mesures concernant Google Shopping en Suisse.

12. Les mesures initiales proposées par Google en 2013 à la Commission européenne avant l'ouverture de l'enquête « Google Shopping » étaient les suivantes:

- 1) - *labelliser les liens vers ses propres services de recherche spécialisés faisant l'objet d'un traitement préférentiel afin que les utilisateurs puissent les distinguer des autres résultats de recherche,*
  - *séparer clairement les liens faisant l'objet d'un traitement préférentiel des autres résultats de recherche en ligne par un graphisme clair (un cadre par exemple) et*
  - *afficher des liens vers trois services de recherche spécialisés concurrents à proximité de ses propres services, à un endroit clairement visible pour les utilisateurs,*
- 2) - *offrir à tous les sites web la possibilité de refuser l'utilisation de tout leur contenu dans les services de recherche spécialisés de Google, tout en garantissant que ce refus n'affecterait pas indûment le classement de ces sites parmi les résultats des recherches générales de Google sur l'internet,*
  - *offrir à tous les sites de recherche spécialisés qui sont axés sur la recherche de produits ou sur les recherches géographiques la possibilité de marquer certaines catégories d'informations de façon à empêcher que ces informations ne soient indexées ou utilisées par Google,*
  - *fournir aux éditeurs de journaux un mécanisme leur permettant de contrôler l'affichage de leur contenu dans Google News, page web après page web,*
- 3) *cesser d'insérer dans ses accords avec les éditeurs toute obligation qui exigerait d'eux qu'ils se procurent leurs publicités contextuelles en ligne exclusivement auprès de Google, et*
- 4) *ne plus imposer d'obligations empêchant les annonceurs de gérer les campagnes publicitaires contextuelles sur différentes plateformes publicitaires concurrentes.*

13. En 2014, la Commission européenne a obtenu de Google une proposition d'engagements améliorée (cela concerne la mesure numéro 1) suite à l'ouverture de l'enquête « Google Shopping ». Dans sa proposition, Google a accepté de garantir que lorsqu'elle promouvrait ses propres services de recherche spécialisés sur sa page web (par exemple pour des produits, des hôtels, des restaurants, etc.), les services de trois concurrents, sélectionnés au moyen d'une méthode objective, apparaîtraient de manière clairement visible pour les utilisateurs et selon une présentation comparable à celle utilisée pour ses propres services.

14. Le 22 septembre 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable dans le domaine de la recherche en

ligne concernant le comportement présumé de Google en Suisse.

15. Le 24 mars 2016, le Secrétariat a communiqué à Google que l'enquête préalable était suspendue jusqu'à la décision de la Commission européenne et son entrée en force, Google ayant recouru contre cette dernière.

16. Suite à une écriture du Secrétariat du 11 juin 2017, sur demande de celui-ci, Google a confirmé que l'ensemble des mesures convenues avec la Commission européenne serait également appliqué en Suisse avec effet immédiat. Suite à cela, le Secrétariat a vérifié l'application de ces mesures, notamment l'affichage des résultats de recherche « Google Shopping » sur le site Google.ch. Des recherches tests ont été effectuées à plusieurs reprises concernant différents produits et services durant les mois qui ont suivi l'introduction des mesures. Il a été constaté que l'affichage des résultats étaient similaire à ceux affichés sur les sites étrangers Google.fr et Google.de à l'aide d'un outil VPN. Le Secrétariat a décidé de maintenir la suspension jusqu'à l'issue de la procédure de recours devant le Tribunal. Comme déjà mentionné, ladite procédure s'est terminée par une confirmation de la sanction en novembre 2021.

## **B En droit**

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

17. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 1 LCart).

18. La notion d'entreprise au sens de la LCart comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart).

19. Google peut être considérée comme une entreprise au sens de la LCart.

### **B.2 Prescriptions réservées**

20. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). Les effets résultant exclusivement de la loi sur la propriété intellectuelle sont également réservés (art. 3 al. 2 LCart).

21. Dans le cas d'espèce, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne semble restreindre l'application de la LCart.

### **B.3 Pratique illicite d'une entreprise en position dominante**

22. Les parts de marché de Google en Suisse sur le marché des moteurs de recherche est comparable (très légèrement plus élevée) en Suisse par rapport à l'Union européenne. Selon *Statcounter*, Google détient une part de marché moyenne de 92 % sur la période 2017 à 2021 toutes plateformes confondues dans l'Union euro-

péenne. En Suisse, Google détient une part de marché moyenne de 93% sur la même période. En outre, notons encore que Google ne conteste pas sa position dominante dans son recours adressé au Tribunal<sup>3</sup>. Dès lors, Google paraît pouvoir être considérée en position dominante en Suisse sur le marché des moteurs de recherche (toutes plateformes confondues).

23. Dans cette configuration, le risque était qu'en abaissant dans ses résultats de recherche gratuits le rang de services concurrents tels que les comparateurs de prix ainsi qu'en accordant à ses propres services de recherche verticaux un placement préférentiel, Google serait parvenu à exclure les services concurrents.

24. Dans la mesure où aucune entreprise en Suisse n'a déposé de plainte concernant le comportement de Google concernant le risque mentionné, que Google a étendu rapidement les remèdes convenus avec la Commission européenne à la Suisse (l'application des engagements de Google en Suisse a été vérifiée par le Secrétariat) et que la configuration en Suisse n'apparaît pas notablement différente de la configuration européenne, les engagements de Google ont permis de solutionner les possibles restrictions à la concurrence en Suisse.

### **B.4 Politique de la COMCO sur les marchés digitaux**

25. Comme mentionné dans le rapport annuel<sup>4</sup> de la COMCO de 2021, le Secrétariat de la COMCO préfère agir de façon circonstanciée pour ce qui concerne les comportements potentiellement illicites des GAFAM au regard du droit de la concurrence. Pour cette raison, le Secrétariat a établi une pratique éprouvée consistant à observer le développement des marchés, à s'intéresser systématiquement à toutes nouvelles procédures menées à l'étranger contre les GAFAM et à ouvrir des procédures lorsque la configuration spécifique au marché suisse le préconise.

26. Dans le cas d'espèce, le Secrétariat, pour des raisons de proportionnalité, renonce à analyser de manière approfondie les indices d'un éventuel abus de position dominante de Google en tenant compte que Google a modifié son comportement en Suisse dès 2017, et qu'il juge adéquats les remèdes apportés par Google validés en automne 2021 dans le cadre de la procédure de recours auprès des instances européennes. En effet, après avoir laissé écouler une année depuis la fin de la procédure de recours, le Secrétariat n'a reçu aucune plainte concernant la problématique « Google Shopping ».

27. Le Secrétariat renonce également à percevoir des frais en raison de l'adaptation rapide du comportement de Google suite aux demandes du Secrétariat et au vu de l'absence de plainte en Suisse et de la faible charge de travail que l'enquête préalable à nécessité.

<sup>3</sup> Le Tribunal analyse en effet seulement la question des abus potentiels et des justifications possibles. Cf. TPICE, ECLI:EU:T:2021:763, *Google et Alphabet/ Commission (Google Shopping)*.

<sup>4</sup> DPC 2022/1, *Rapport annuel 2021 de la Commission de la concurrence*, 36-37.

---

28. Sur la base de ces éléments, le Secrétariat clôt l'enquête préalable sans suite.

### **C Conclusions**

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence se fonde sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

- constate que les engagements de Google convenus avec la Commission européenne ont également été appliqués en Suisse dès 2017;
  - clôt l'enquête préalable sans suite;
  - publie le présent rapport au recueil *Droit et politique de la concurrence (DPC)*.
-

|       |   |
|-------|---|
| B 1   | <b>4. Beratungen<br/>Conseils<br/>Consulenze</b>  |
| B 1.4 | <b>1. Beratung betreffend die Meldepflicht infolge der Änderung des Aktionärsbindungsvertrags</b> |

*Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

#### **A Sachverhalt**

1. Gemäss Beratungsanfrage beziehe sich diese auf geringfügige Änderungen des Aktionärsbindungsvertrags zwischen den Aktionären von [G], einem Gemeinschaftsunternehmen zwischen [...] und ihrer Tochtergesellschaft [...] (nachfolgend gemeinsam: [A]) einerseits und [...] und [...] (nachfolgend gemeinsam: [B]) andererseits ([A] und [B] nachfolgend gemeinsam: Parteien).

2. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) habe die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Jahr 2012 genehmigt und 2018 bestätigt, dass es weiterhin unter gemeinsamer Kontrolle durch die Parteien stehe.<sup>1</sup>

3. Am 1. Dezember 2022 hätten die Parteien einen angepassten Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: angepasster ABV) geschlossen. Mit den vorgenommenen Änderungen wollten die Parteien (i) die Sperrfrist zur Veräusserung der Aktien (Lock-up Period) verlängern, (ii) eine interne Umstrukturierung der [G] Gruppe vornehmen und [...]. Die Anpassung des ABV habe keine Änderung in der Aktionärsstruktur von [G] zur Folge. Diese bleibe auf dem Stand von 2018 unverändert.

#### **A.1 Änderungen in Bezug auf den Verwaltungsrat der [G] Holding**

4. Der angepasste ABV führe auf Stufe Verwaltungsrat der [G] Holding zu Änderungen im Hinblick auf dessen Zuständigkeiten und die sogenannten «Important Board Matter», welche die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit erfordern würden. Der angepasste ABV bringe auch einige Änderungen bei den Eskalations- und Deadlock Verfahren mit sich. Diese Änderungen verstärkten die bestehende gemeinsame Kontrolle über [G].

5. Der angepasste ABV sehe neue Kompetenzen für den Verwaltungsrat der [G] Holding vor. Erstens sei der Verwaltungsrat der [G] Holding zuständig, die Verwaltungsräte der neu zu gründenden [...] Holding und [...] Holding (die zwei neuen Subholdings, welche jeweils das [...] und [...] Business der Gruppe halten würden) zu ernennen und abzuwählen. Zudem sei infolge des Wachstums der [G] Gruppe die Wesentlichkeitsschwelle für bestimmte in die Kompetenz des Verwaltungsrats fallende Angelegenheiten erhöht worden.

6. Der angepasste ABV qualifiziere eine Reihe von Entscheidungen neu als Important Board Matter. Diese bedürften damit der Zustimmung von mindestens zwei von [A] ernannten Verwaltungsräten und zwei von der [B] ernannten Verwaltungsräten. Weiter werde festgelegt, dass es sich um Important Board Matter handle, wenn diese sich auf Gesellschaften der [G]-Gruppe beziehen würden.

7. An den Eskalations- und Deadlock-Regelungen gebe es nur geringfügige Änderungen. Der angepasste ABV beschränke den Einfluss der [B] nicht, sondern führe vielmehr dazu, dass die [A] Gruppe verpflichtet sei, das Eskalationsverfahren in zwei zusätzlichen Angelegenheiten zu durchlaufen, bevor sie in diesen Angelegenheiten ohne die Zustimmung der [B] eine endgültige Entscheidung treffen könne. Die Hauptänderung an den Deadlock-Regelungen betreffe die Möglichkeit, dass die Parteien – sofern während des Eskalationsverfahrens keine Einigung zwischen [A] und der [B] erzielt werden könne – persönlich zusammentreffen und besprechen könnten, ob sich das Deadlock Verfahren überwiegend oder ausschliesslich auf das [...] Business oder auf das [...] Business beziehe. Sollte sich das Management Committee nicht darüber einigen können, ob sich das Deadlock Verfahren und das Verkaufsverfahren auf das gesamte Gemeinschaftsunternehmen oder nur auf das [...] oder das [...] Business beziehen würden, so betreffe das Verkaufsverfahren das gesamte Gemeinschaftsunternehmen.

#### **A.2 Governance der neuen Holdings**

8. Die Parteien beabsichtigten, die [G] Gruppe so umzustrukturieren, dass (i) die [...] Subsidiaries unter der [...] Holding und (ii) die [...] Subsidiaries unter der [...] Holding zusammengefasst würden. Die Parteien beabsichtigten insbesondere, die [...] Holding [...] zu sein. Die Governance dieser neuen Holdings werde im angepassten ABV geregelt.

<sup>1</sup> Hierzu ist anzumerken, dass die Bestätigung, wonach die Änderung in der Aktionärsstruktur von [G] keine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt, nicht durch eine Verfügung der WEKO erfolgt ist. Vielmehr hat das Sekretariat diese Einschätzung im Rahmen einer Beratungsantwort abgegeben (vgl. RPW 2018/3, 505 ff., *Beratung Änderung Aktionärsstruktur*).

9. Hinsichtlich der Beteiligung der [G] Holding an der [...] Holding hätten die Parteien vereinbart, dass die [G] Holding zu jedem Zeitpunkt mindestens [...] Holding halten solle. Die Ernennung der von der [G] Holding nominierten Mitglieder des Verwaltungsrats der [...] Holding stelle ein Important Board Matter auf Stufe Verwaltungsrat der [G] Holding dar.

10. Die Mitglieder des Verwaltungsrats der [...] Holding würden vom Verwaltungsrat der [G] Holding bestimmt. Dabei handle es sich um ein Important Board Matter, dem mindestens zwei durch die [A] Gruppe bezeichnete Verwaltungsratsmitglieder und zwei durch die [B] Gruppe bezeichnete Verwaltungsratsmitglieder zustimmen müssten.

## B Fragestellung

11. Die Parteien sind der Ansicht, dass der angepasste ABV keine Änderung der gemeinsamen Kontrolle der Parteien über [G] mit sich bringe. Insbesondere werde die [B] weiterhin über ihre Vetorechte verfügen und ein langwieriges Eskalationsverfahren einleiten können, welches in einigen Fällen mit einer Put Option ausgestattet sei. Aus dem angepassten ABV ergebe sich, dass der [B] durch den angepassten ABV keine Vetorechte entzogen würden. Vielmehr erhalte die [B] zusätzliche Befugnisse, die den Stichtscheid von [A] bei bestimmten Angelegenheiten verglichen mit dem aktuellen ABV einschränken würden. Folglich bleibe der entscheidende Einfluss der [B] bestehen.

12. Die Europäische Kommission habe in ihrem Comfort Letter [...] bestätigt, dass die Änderung des Aktionärsbindungsvertrags mangels Kontrollwechsel keinen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss der EU-Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG) 139/2004 darstelle.<sup>2</sup>

13. Mit der Beratungsanfrage ersuchen die Parteien das Sekretariat um Bestätigung, dass die in der Beratungsanfrage beschriebene Änderung des ABV keine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

## C Beurteilung

14. Die [G]-Gruppe steht heute unter gemeinsamer Kontrolle von [A] und [B].<sup>3</sup> Es ist daher zu prüfen, ob die unterbreiteten Änderungen des ABV zu einer Änderung von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle über die [G]-Gruppe führen.

15. Eine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG läge dann vor, wenn durch die Änderungen des ABV von alleiniger Kontrolle [A] oder [B] über die [G]-Gruppe anstelle der bisherigen gemeinsamen Kontrolle auszugehen wäre.<sup>4</sup>

16. Aufgrund der bestehenden Beteiligungsverhältnisse von [A] und [B] bei [G] kann [A] gemäss aktuellem Aktionärsbindungsvertrag bei gewissen Angelegenheiten letztlich alleine entscheiden. Allerdings ist ein mehrstufiges Verfahren zur Erzielung einer einvernehmlichen Lösung implementiert, welches letztlich dazu führt, dass trotz ungleicher Beteiligungsverhältnisse gemeinsame Kontrolle von [A] und [B] über die [G]-Gruppe vorliegt.<sup>5</sup>

17. Durch die mit der vorliegenden Beratungsanfrage unterbreiteten Änderungen des ABV werden die Einflussmöglichkeiten der [B] nicht verringert. Im Gegenteil werden gemäss Beratungsanfrage der [B] zusätzliche Befugnisse eingeräumt, die den Stichtscheid von [A] bei bestimmten Angelegenheiten verglichen mit dem aktuellen ABV einschränken. Auch wenn [A] bei gewissen Angelegenheiten nach wie vor letztlich alleine entscheiden kann, werden die Mit-Kontrollrechte der [B] somit ausgebaut. Es ist daher nach wie vor von gemeinsamer Kontrolle von [A] und [B] über die [G]-Gruppe auszugehen.

## D Fazit

18. Die in der Beratungsanfrage beschriebene Änderung des ABV stellt keine Kontrolländerung bzw. keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Das Vorhaben unterliegt daher nicht der Meldepflicht.

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> Vgl. [...]; RPW 2018/3, 505 ff., *Beratung Änderung Aktionärsstruktur*.

<sup>4</sup> Vgl. MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 3 N 412; SINEM SÜSLÜ, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 3 N 252 f.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2018/3, 506 f. Rz 19 ff., *Beratung Änderung Aktionärsstruktur*.

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

## 1. Sachverhalt

### 1.1. Einleitung

1. Die Unternehmensgruppe (nachfolgend: Unternehmensgruppe U), der die Holding X angehöre, sei eine ausländische Unternehmensgruppe und beschäftige [...] Personen in verschiedenen Ländern innerhalb und ausserhalb Europas.<sup>1</sup>

2. Bis vor wenigen Jahren habe die Unternehmensgruppe U ganz oder teilweise unter der Kontrolle und Leitung der natürlichen Person A mit Wohnsitz in der Europäischen Union gestanden.<sup>2</sup>

### 1.2. Aktuelle Struktur der Unternehmensgruppe

3. Heute würden die zur Unternehmensgruppe U gehörenden Gesellschaften über verschiedene Stiftungen gehalten.<sup>3</sup>

4. Die Stiftung A [...] halte 100 % der Anteile an der Holding X.<sup>4</sup> Die Holding X wiederum halte operative Gruppengesellschaften in verschiedenen Ländern innerhalb und ausserhalb Europas und nehme die Gruppenleitung dieser Gesellschaften wahr.<sup>5</sup> Stifterin der Stiftung A sei die natürliche Person A.<sup>6</sup>

5. Die Stiftung B [...] halte die Holding Y.<sup>7</sup> Die Holding Y halte als Obergesellschaft die Gruppengesellschaften der Unternehmensgruppe U [...].<sup>8</sup> Stifterin der Stiftung A sei die natürliche Person A.<sup>9</sup>

6. Die Stiftungsräte der Stiftungen A und B seien vollkommen oder zumindest überwiegend identisch.<sup>10</sup>

7. Die Holding X und die Holding Y würden über personell identisch besetzte Verwaltungsräte verfügen.<sup>11</sup> Verwaltungsratspräsidentin der Holding X – und damit konsequenterweise auch der Holding Y – sei die natürliche Person A.<sup>12</sup>

8. Ein Familienrat verfüge über Vetorechte bei diversen strategischen Unternehmensentscheidungen, [...].<sup>13</sup> Das Vetorecht könne entweder durch den Verwaltungsrat oder durch die Gesellschaftsversammlung der Holding X und der Holding Y überstimmt werden.<sup>14</sup>

9. Die Unternehmensgruppe U stelle einen Konzern unter einheitlicher Leitung dar.<sup>15</sup> Die strategischen Entscheidungen der Unternehmensgruppe U würden im Konzern gemeinsam getroffen.<sup>16</sup>

### 1.3. Geplante Struktur der Unternehmensgruppe

10. Geplant sei eine Umstrukturierung der Unternehmensgruppe U.<sup>17</sup> Die Umstrukturierung solle nichts an den bestehenden Kontrollstrukturen auf Ebene der operativen Gesellschaften ändern und zu keiner kartellrechtlich relevanten Strukturveränderung führen.<sup>18</sup> Insbeson-

dere soll weiterhin ein Konzern unter einheitlicher Leitung bzw. eine wirtschaftliche Einheit im kartellrechtlichen Sinne vorliegen.<sup>19</sup>

11. Im Einzelnen soll eine neue Holding Z [...] geschaffen werden, die verschiedene Beteiligungen der Holding X übernehmen und in Zukunft halten soll, womit zwei Holdingstrukturen entstehen würden.<sup>20</sup>

12. Die Holding Z solle gehalten werden von jeweils (a) der Stiftung A, (b) der Stiftung B, (c) einer neu zu gründenden Stiftung C [...] oder (d) einer anderen bestehenden Stiftung.<sup>21</sup>

13. Es sei sodann denkbar, dass die [...] der zwei vorgenannten Holdingstrukturen (Rz 11) in Zukunft in einer neu zu errichtenden [Q] AG [...] konzentriert würden.<sup>22</sup> Die [Q] AG würde [...] entweder von der Stiftung A oder gegebenenfalls von der Stiftung C gehalten.<sup>23</sup>

14. Zwischen der Holding X, der Holding Y, der Holding Z und gegebenenfalls der [Q] AG soll ein Gleichordnungsvertrag bestehen.<sup>24</sup>

15. Damit auch in Zukunft die strategischen Entscheidungen im Konzern gemeinsam getroffen würden, sei folgende Struktur vorgesehen:

<sup>1</sup> Beratungsanfrage, Rz 1 und 7.

<sup>2</sup> Beratungsanfrage, Rz 2.

<sup>3</sup> Beratungsanfrage, Rz 11.

<sup>4</sup> Beratungsanfrage, Rz 3.

<sup>5</sup> Beratungsanfrage, Rz 3 und 7.

<sup>6</sup> Beratungsanfrage, Rz 2.

<sup>7</sup> Beratungsanfrage, Rz 3. [...], ob mit «halten» «kontrollieren (können)» gemeint ist. Das Sekretariat geht aufgrund der in der Beratungsanfrage getroffenen Annahmen davon aus, dass die Begriffe in der Beratungsanfrage synonym verstanden wurden.

<sup>8</sup> Beratungsanfrage, Rz 3.

<sup>9</sup> Beratungsanfrage, Rz 3.

<sup>10</sup> Beratungsanfrage, Rz 9; Telefonnotiz des Sekretariats vom 28. Februar 2023.

<sup>11</sup> Beratungsanfrage, Rz 7 [...].

<sup>12</sup> Beratungsanfrage, Rz 7 [...].

<sup>13</sup> Beratungsanfrage, Rz 7 [...]. Das Sekretariat geht nachstehend davon aus, dass es sich um einen Familienrat der Familie der natürlichen Person A handelt, [...].

<sup>14</sup> Beratungsanfrage, Rz 7 [...].

<sup>15</sup> Beratungsanfrage, Rz 11 [...].

<sup>16</sup> Beratungsanfrage, Rz 7 [...].

<sup>17</sup> Beratungsanfrage, Rz 4.

<sup>18</sup> Beratungsanfrage, Rz 10.

<sup>19</sup> Beratungsanfrage, Rz 11.

<sup>20</sup> Beratungsanfrage, Rz 4. [...].

<sup>21</sup> Beratungsanfrage, Rz 4, 5 (Rz 12 erwähnt dahingegen nur noch die Stiftungen A, B und C).

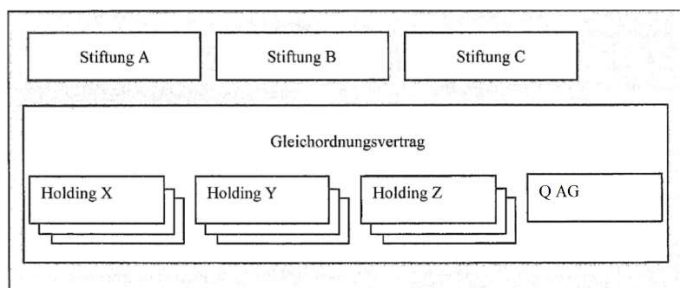
<sup>22</sup> Beratungsanfrage, Rz 5.

<sup>23</sup> Beratungsanfrage, Rz 5.

<sup>24</sup> Beratungsanfrage, Rz 6, 8. Dadurch soll ein GleichordnungsKonzern nach deutschem Recht geschaffen werden [...] (vgl. Beratungsanfrage, Rz 18).

- *Vollständig oder überwiegend identisch besetzte Stiftungsräte.* Die bestehenden Stiftungen (Stiftung A; Stiftung B; andere bestehende Stiftungen) und gegebenenfalls die neu zu gründende Stiftung (Stiftung C) sollen über vollkommen oder überwiegend identische Stiftungsräte verfügen.<sup>25</sup> Die Stiftungen «werden» bzw. «müssen» dem Gleichordnungsvertrag und damit der einheitlichen Leitung und Gleichordnung der Holding X, der Holding Y, der Holding Z und gegebenenfalls der [Q] AG zustimmen.<sup>26</sup>
  - *Identischer Verwaltungsrat.* Die Holding X, die Holding Y, die Holding Z und gegebenenfalls die [Q] AG sollen gemäss Gleichordnungsvertrag über identisch besetzte Verwaltungsräte [...] verfügen. Die natürliche Person A soll jeweils Präsidentin des Verwaltungsrats [...] sein und nur auf eigenen Wunsch abberufen werden können.<sup>27</sup>
  - *Koordinationsausschuss.* Ein Koordinationsausschuss, der aus Personen [...] der Holding X, der Holding Y, der Holding Z und gegebenenfalls der [Q] AG bestehen soll, soll eine Koordinierung aller Bereiche und eine einheitliche Leitung dieser Gesellschaften sicherstellen.<sup>28</sup>
  - *Familienrat.* Es soll weiterhin ein Familienrat mit den vorerwähnten Vetorechten und Überstimmungsmöglichkeiten (Rz 8) bestehen, die sich auf die Holding X, die Holding Y, die Holding Z und gegebenenfalls die [Q] AG beziehen sollen.<sup>29</sup>
  - *Äusseres Erscheinungsbild.* Gemäss Gleichordnungsvertrag soll das äussere Erscheinungsbild so sein, dass es sich um ein einheitliches Unternehmen mit gemeinsamer Strategie, gemeinsamer Produktpolitik und gemeinsamem Marktauftritt handelt.<sup>30</sup>
16. In der Beratungsanfrage wird die vorgesehene Struktur der Unternehmensgruppe U nach geplanter Umstrukturierung grafisch wie folgt dargestellt:<sup>31</sup>

Abbildung 1: Struktur der Unternehmensgruppe U nach der geplanten Umstrukturierung.



Quelle: Beratungsanfrage; Anonymisierung durch das Sekretariat.

## 2. Frage

17. Kann das Sekretariat bestätigen, «dass es sich bei der geplanten internen Umstrukturierung nicht um einen Kontrollwechsel im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG handelt und entsprechend auch nach der Reorganisation von einer einheitlichen wirtschaftlichen Einheit im Sinne des Schweizer Kartellrechts (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG) ausgegangen werden kann»?<sup>32</sup>

## 3. Beurteilung

18. Zu prüfen ist nachstehend, (1) ob die Unternehmensgruppe U nach der Umstrukturierung eine wirtschaftliche Einheit, mithin ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG, darstellt (Rz 19 ff.) und (2) ob die geplante Umstrukturierung einen Kontrollwechsel gemäss Art. 4 Abs. 3 KG darstellt (Rz 27 ff.).

### 3.1. Unternehmen (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG)

19. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

<sup>25</sup> Beratungsanfrage, Rz 9.

<sup>26</sup> Beratungsanfrage, Rz 15.

<sup>27</sup> Beratungsanfrage, Rz 7.

<sup>28</sup> Beratungsanfrage, Rz 7.

<sup>29</sup> Beratungsanfrage, Rz 7.

<sup>30</sup> Beratungsanfrage, Rz 7.

<sup>31</sup> Beratungsanfrage, Rz 8.

20. Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.<sup>33</sup>

21. Von Bedeutung ist dies namentlich in Konzernverhältnissen. Die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften sind mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Vielmehr gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes als Unternehmen.<sup>34</sup> Diese Betrachtung stimmt mit derjenigen des Obligationenrechts<sup>35</sup> überein, auf dessen Konzernbegriff für die Beurteilung der Autonomie bzw. der Möglichkeit der Kontrolle grundsätzlich abgestellt werden kann: Nach den Rechnungslegungsvorschriften von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie alternativ: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abuberufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Insofern beschränkt sich das geltende Obligationenrecht auf das sogenannte Kontrollprinzip, d. h., es verzichtet auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips.<sup>36</sup> Auch gemäss Rechtsprechung und Praxis zum Kartellgesetz ist entsprechend dem Kontrollprinzip die blosser Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.<sup>37</sup> Das Kontrollprinzip wird daher für die nachfolgende Prüfung zugrundegelegt.

22. Die Unternehmensgruppe U umfasst gemäss Darstellung in der Beratungsanfrage im Wesentlichen die Stufen (1) Stiftungen, (2) Holdinggesellschaften (und gegebenenfalls [Q AG]) und (3) operative Gesellschaften.

23. Hinsichtlich der Stufe Stiftungen wird ausgeführt, dass diese über vollkommen oder überwiegend identisch besetzte Stiftungsräte verfügen sollen (Rz 15). Dass eine Stiftung an der Spitze eines Konzerns und damit eines Unternehmens gemäss Kartellgesetz stehen kann, ist gemäss Praxis der WEKO anerkannt.<sup>38</sup> Das Sekretariat hat auch schon mehrere nebeneinander bestehende Stiftungen als Teil des gleichen Unternehmens behandelt, weil sie über identisch besetzte Stiftungsräte verfügten, wobei zudem die Aktivitäten der einen Stiftung durch das Personal der anderen sichergestellt wurden.<sup>39</sup> Vorliegend ist allerdings bereits nicht gewährleistet, dass die Stiftungen über einen identisch besetzten Stiftungsrat verfügen werden (zumal auch die Variante eines nur *überwiegend* identisch besetzten Stiftungsrats möglich ist). Ob dies einen Unterschied macht, kann das Sekretariat auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht abschliessend beurteilen. Unbekannt sind sodann insbesondere auch die für die jeweiligen Stiftungsräte massgebenden Statuten (Stiftungsurkunden). Weichen sie in entscheidenden Punkten voneinander ab, könnte dies gegen das Bestehen eines (einzigsten) Unternehmens sprechen. Falls die Stifterin – die natürliche Person A – sich selbst oder ihrer Familie mittels der Statuten beson-

dere Rechte betreffend die Besetzung der Stiftungsräte vorgesehen hat, würde sich sodann die Frage stellen, ob nicht die Familie der natürlichen Person A (oder ein Teil davon) beherrschenden Einfluss ausüben kann.<sup>40</sup> Damit bleibt auf der Grundlage der Beratungsanfrage angesichts der Ausgestaltung der Stufe Stiftungen unklar, ob die Stiftungen einen einheitlichen beherrschenden Einfluss ausüben können und ob die Stufe Stiftungen [...] die höchste Kontrollebene der Unternehmensgruppe U darstellt.

24. Auch hinsichtlich der Stufe der Holdinggesellschaften (und gegebenenfalls [der Q AG]) ist auf der Grundlage der Beratungsanfrage unklar, inwiefern nach der Umstrukturierung eine einheitliche Kontrollmöglichkeit besteht. Zwar sollen diverse Mechanismen – etwa die Zustimmung zur Gleichordnung durch die kontrollierenden Stiftungen, identische Verwaltungsräte, ein Koordinationsausschuss und ein gemeinsamer äusserer Auftritt (Rz 15) – für eine einheitliche Kontrollmöglichkeit sorgen. Allerdings verfügt ein Familienrat, dessen Zusammensetzung und Funktionsweise dem Sekretariat nicht bekannt sind, über Vetorechte in Bezug auf diverse strategische Entscheidungen der Holdinggesellschaften, was zu einer Kontrollmöglichkeit führen könnte. [...] Die Kontrollverhältnisse – insbesondere die Frage, ob das Szenario einer Überstimmung des Vetos des Familienrates eine realistische Möglichkeit darstellt – lassen sich damit nicht abschliessend beurteilen.

25. Zusammengefasst bleibt für das Sekretariat unklar, ob eine einheitliche Kontrollmöglichkeit über die Unternehmensgruppe U besteht und welche Person/en diese gegebenenfalls ausüben. Das Sekretariat kann deshalb nicht bestätigen, dass die Unternehmensgruppe U nach der Umstrukturierung eine «einheitliche wirtschaftliche Einheit» bilden wird. Es ist fraglich, ob das Sekretariat – ausser bei sehr einfachen Verhältnissen – eine solche

<sup>32</sup> Beratungsanfrage, Rz 19.

<sup>33</sup> BVGer, B-5130/2019 vom 9. August 2021, E. 7.2, *Schlub AG et al. gegen Wettbewerbskommission WEKO*.

<sup>34</sup> BGer, 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 48, *SIX Group*; BVGer, B-2050/2007 vom 24.2.2010 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; RPW 2020/2, 535 Rz 578, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*. Vgl. auch RETO HEIZMANN/MICHAEL MEYER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR), Art. 2 N 31, 33; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR), Art. 2 N 113, 119; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, 2013, Rz 335 und 341.

<sup>35</sup> Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2021/1, 176 Rz 184, *Eishockey im Pay-TV*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 34), Art. 2 N 112.

<sup>37</sup> BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*; RPW 2021/1, 176 Rz 184 m.w.H., *Eishockey im Pay-TV*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 34), Art. 2 N 116; krit. DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (Fn 34), Art. 2 N 32.

<sup>38</sup> RPW 2021/2, 496 Rz 2 ff., 498 Rz 23 f., *Aventinus/Heidi Media*.

<sup>39</sup> RPW 1997/3, 331, *Fusion de deux caisses-maladie*.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2000/1, 12–15, *Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens*.



Bestätigung überhaupt abgeben kann. Zumindest bei komplexen Gruppenstrukturen dürfte die Klärung der Frage einer einheitlichen Kontrollmöglichkeit aufwändige multidisziplinäre und jurisdiktionsübergreifende Abklärungen erfordern, die den Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG grundsätzlich sprengen dürften.

26. Die nachfolgenden Ausführungen zum Kontrollwechsel ergehen daher gestützt auf die vorliegend nicht überprüfbare Annahme der Beratungsanfrage, wonach die Unternehmensgruppe U als Ganzes den Unternehmensbegriff erfüllt.<sup>41</sup>

### 3.2. Kontrollwechsel (Art. 4 Abs. 3 KG)

27. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss insbesondere jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere *bisher unabhängige Unternehmen* oder Teile von solchen erlangen. Erforderlich ist, dass zwischen (1) Unternehmen, die (2) voneinander unabhängig sind, (3) eine dauerhafte Strukturveränderung (Kontrollerwerb) stattfindet.<sup>42</sup> Erfasst werden auch gewisse Änderungen der Art der Kontrolle.<sup>43</sup>

28. Bei Konzernen erfüllt der Konzern als Ganzes den Begriff des Unternehmens (Rz 21). Konzerninterne Umstrukturierungen können deshalb keine wirtschaftlich selbständigen – d. h. voneinander unabhängigen – Unternehmen betreffen und erfüllen den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Art. 4 Abs. 3 KG nicht (Konzernprivileg).<sup>44</sup> Findet anlässlich einer konzerninternen Umstrukturierung auf der obersten Kontrollebene kein Kontrollwechsel statt, greift das Konzernprivileg und es liegt kein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG vor.<sup>45</sup>

29. Vorliegend sollen die zur Unternehmensgruppe U gehörenden Gesellschaften sowohl vor als auch nach der Umstrukturierung über verschiedene Stiftungen gehalten werden.<sup>46</sup> Ferner soll sich durch die Umstrukturierung nichts an der einheitlichen Leitung der Unternehmensgruppe U ändern.<sup>47</sup>

30. Wenn die Unternehmensgruppe U sowohl vor als auch nach der Umstrukturierung unter einheitlicher Leitung steht und sich hinsichtlich der einheitlichen Leitung durch die Umstrukturierung nichts ändert, liegt ein konzerninterner Sachverhalt vor, der keinen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG darstellt.

### 3.3. Fazit

31. Das Sekretariat verfügt gestützt auf die Beratungsanfrage nicht über hinreichende Informationen, um bestätigen zu können, dass in Bezug auf die konsolidierte Unternehmensgruppe U nach der geplanten Umstrukturierung eine einheitliche Kontrollmöglichkeit bestehen und die Unternehmensgruppe U ein einziges Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen wird.

32. Wenn die Unternehmensgruppe U sowohl vor als auch nach der Umstrukturierung unter einheitlicher Leitung steht und sich hinsichtlich der einheitlichen Leitung durch die Umstrukturierung nichts ändert, liegt ein konzerninterner Sachverhalt vor, der keinen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG darstellt.

<sup>41</sup> Beratungsanfrage, Rz 10.

<sup>42</sup> BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 34), Art. 4 Abs. 3 N 2.

<sup>43</sup> BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 34), Art. 4 Abs. 3 N 404 ff. m. w. H.

<sup>44</sup> BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 48, *SIX Group*; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (Fn 34), Art. 2 N 33; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 34), Art. 2 N 113, 119; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 34), Art. 4 Abs. 3 N 57.

<sup>45</sup> Vgl. DIKE KG-SÜSLÜ (Fn 34), Art. 4 Abs. 3 N 32 m.w.H.

<sup>46</sup> Beratungsanfrage, Rz 11.

<sup>47</sup> Beratungsanfrage, Rz 11; Telefonnotiz des Sekretariats vom 28. Februar 2023.

|       |  |
|-------|--|
| B 1.4 | <b>3. Beratung zur Preissetzung von Dienstleistungen</b> |
|-------|--|

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

### I. Sachverhalt

[...] plane eine neue Versanddienstleistung unter dem Namen [...] einzuführen. Die Dienstleistung soll aus einer [...] von [...] und optional wählbaren Zusatzleistungen bestehen. Es soll allen Kunden mit einem [...]volumen von mindestens 10'000 [...] je [...] offenstehen, sofern sie die Kriterien [...] einhalten können.

Als Zusatzleistungen sollen die nachfolgenden Leistungen zur Verfügung stehen:

- [...]
- [...]
- [...]

- [...]
  - [...]
- [...].

Die Entwicklungen von Onlineshops hätten auch auf das [...]verhalten [...] Auswirkungen. [...].

Die Dienstleistung [...] soll für [...] zu einem Preis von CHF [...] exkl. MwSt pro Exemplar und für [...] zu einem Preis von CHF [...] exkl. MwSt pro Exemplar angeboten werden. Hierbei soll es sich nach Angaben des um Beratung ersuchenden Unternehmens um kostenbasierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge handeln.

[...]

Auf die errechneten Staffelpreise würden die nachfolgenden Reduktionen gewährt:

| [...]            | Staffelpreisreduktion je [...] |
|------------------|--------------------------------|
| Ab 10'000 [...]  | CHF [...]                      |
| Ab 25'000 [...]  | CHF [...]                      |
| Ab 50'000 [...]  | CHF [...]                      |
| Ab 75'000 [...]  | CHF [...]                      |
| Ab 100'000 [...] | CHF [...]                      |
| Ab 250'000 [...] | CHF [...]                      |
| Ab 500'000 [...] | CHF [...]                      |

Tabelle 1: Staffelpreisreduktionen

Zuschläge zum [...]preis bildeten [...] und die kostenorientierten Preise für die oben beschriebenen Zusatzleistungen. Das um Beratung ersuchende Unternehmen gibt an, dass jede Zusatzleistung durch den Kunden zu einem bestimmbar Preis gewählt werden kann, wobei die Dienstleistungen auch unabhängig vom [...]produkt erhältlich seien, sofern der Kunde die Mindestmengen und die notwendigen Dienstleistungen zur Vorbereitung [...] erfülle.

[...]

Vor einer möglichen definitiven Einführung der Dienstleistung [...] plane das anfragende Unternehmen diese einem Markttest zu unterziehen. [...] habe für die Durchführung des Tests [...] Testkunden ausgewählt und mit diesen befristete Verträge abgeschlossen. [...].

[...]

In diesem Zusammenhang stellt das anfragende Unternehmen die nachfolgenden Beratungsfragen:

Beratungsfrage 1:

*Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass [...] das neue [...]produkt im Rahmen eines Tests mit einer begrenzten Anzahl teilnehmender Kunden während [...] Monaten testen darf, [...]?*

Beratungsfrage 2:

*Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass [...] berechtigt ist, für [...] von Kunden kostenorientierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und [...] Staffelpreise zu verlangen?*

Beratungsfrage 3:

*Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass es – solange die Preise kostenbasiert sind – möglich ist, eine tiefere Marge pro Stück als für vergleichbare existierende Produkte festzulegen?*

Beratungsfrage 4:

*Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die [...] Staffelpreise des neuen [...]produkts zulässig sind?*

Beratungsfrage 5:

*Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die Ausgestaltung des neuen [...]produkts nichtdiskriminierend und genügend transparent ist?*

## II. Beurteilung

Nachfolgend werden zuerst die Beratungsfragen zwei bis fünf beantwortet und aufbauend hierauf die Beratungsfrage eins.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

Zur Beantwortung der vorliegenden Beratungsanfrage geht das Sekretariat von der Annahme aus, dass [...] auf dem Markt, in dem [...] die Dienstleistung [...] anbieten möchte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Als mögliches kartellrechtswidriges Verhalten kommt die Wettbewerbsbehinderung anderer Unternehmen, insbesondere von Wettbewerbern, in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs in Frage. Hierauf scheinen insbesondere die Beratungsfragen 2 und 3 abzuzielen. Zudem könnte eine Benachteiligung der Marktgegenseite vorliegen, worauf die Beratungsfrage 5 abzuzielen scheint.

Antwort auf Beratungsfrage 2 – kostenorientierte Preise

Das Kartellgesetz bezweckt volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Ausgehend von dem in der Ökonomie beschriebenen Szenario der perfekten Konkurrenz resultiert durch Wettbewerb ein Gleichgewicht, bei welchem der Preis für ein Produkt dessen Grenzkosten entspricht. Die Grenzkosten werden als die Änderung der Totalkosten bei einer marginalen Erhöhung des Outputs definiert. Zur Bestimmung des Marktangebots beim Einsatz unterschiedlicher Technologien bzw. Kostenstrukturen können Firmen bezüglich ihrer Durchschnittskosten in aufsteigender Reihenfolge angeordnet werden. Der Gewinn einer Firma ergibt sich aus der Differenz von Marktpreis und ihrer Durchschnittskosten multipliziert mit der Absatzmenge zu diesem Preis.

Unter der Prämisse, dass bei wirksamem Wettbewerb angebotsseitig andere Marktteilnehmer danach streben ein im Markt bestehendes und durch sie noch nicht ausgeschöpftes Gewinnpotenzial dadurch zu nutzen, werden sie entweder neu in den Markt eintreten oder versuchen ihre Produktionsmenge auszuweiten. Dies führt in der Regel dazu, dass Marktpreise resultieren, die sich

(zumindest mittel- bis langfristig) nahe den Produktionskosten bewegen.

Vorliegend möchte [...] für ihre Dienstleistung [...] kostenorientierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und [...] Staffelpreise verlangen. Es ist daher zu beurteilen, ob als Basis für die Preisfestsetzung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen die für die Erstellung der Leistung notwendigen Kosten herangezogen werden können, ob es zulässig ist, hierauf eine angemessene Gewinnmarge zu erheben und ob [...]rabatte, die auf der Anzahl versandter Einheiten berechnet werden, zur Anwendung kommen können. Im Fokus stehen hierbei aufgrund der Tätigkeiten des Wettbewerbers [...] die Frage, ob die daraus resultierenden Preise aufgrund ihrer Höhe zu einer unzulässigen Behinderung [...] führen können. Es wird für die Zwecke der vorliegenden Beratungsanfrage nicht davon ausgegangen, dass es aufgrund der nicht näher umschriebenen «angemessenen Gewinnmarge» zu überhöhten Preisen kommt, weshalb ein allfälliges solches Kartellrechtsproblem vorliegend nicht behandelt wird.

Grundsätzlich führt die Senkung von Preisen zu einer höheren Konsumentenwohlfaht. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass eine Senkung von Preisen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu einer Behinderung von Wettbewerbern führen kann, soweit diese dadurch ihre Kosten nicht mehr zu decken vermögen.

Einem marktbeherrschenden Unternehmen kommt eine besondere Verantwortung<sup>1</sup> dahingehend zu, dass es seine Handlungen kontinuierlich dahingehend zu überprüfen und zu überwachen hat, dass es keine verbotenen Handlungen vornimmt. Hierbei ist durch ein marktbeherrschendes Unternehmen insbesondere zu beachten, dass durch seine Verhaltensweise keine gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen resultiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG).

Die neu geplante Dienstleistung [...] steht damit in Wettbewerb zu den Angeboten des Wettbewerbers [...]. Die Gesuchstellerin weist ebenfalls darauf hin, dass die geplante Marge bei der neu einzuführenden Dienstleistung tiefer sei als für vergleichbare andere Produkte [...], das Preissystem sei aber immer noch kostenorientiert.

Vergleicht man die Basispreise für die Dienstleistung [...] mit denjenigen, welche auf der Webseite von [...] publiziert sind, stellen sich diese wie folgt dar:

[...]

Aus den öffentlich zugänglichen Informationen lassen sich keine Angaben über mögliche Rabatte [...] ableiten. Betrachtet man die drei [...] eingereichten Verträge, so ergibt sich folgendes Bild:

[...]

<sup>1</sup> Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.1; 146 II 217, E. 4.1; Urteil des BGER 2C\_113/2017 E. 6.1; Urteil des BVerfG B-8386, S. 60 und 72.

Diese Preisvergleiche können darauf hindeuten, dass die von [...] individuell vereinbarten Preise in den Verträgen unterhalb der [...] angebotenen Preise liegen können und damit eine Unterbietung im Preis vorliegen könnte.

Da die Gesuchstellerin selbst ausführt, dass die Preisberechnung bei der neuen Dienstleistung [...] von derjenigen der anderen Produkte [...] abweicht und damit eine geringe geplante Marge aufweist, handelt es sich hierbei nicht um eine allgemeine Preissenkung [...], sondern allenfalls um eine gezielte Preissenkung, die auf die Unterbietung der Preise des [...] in diesem Bereich ausgerichtet ist.

Die besondere Schwierigkeit bei der Beurteilung missbräuchlicher Praktiken marktbeherrschender Unternehmen liegt in der vordergründigen Ambivalenz der meisten Verhaltensweisen. So kann eine Preisunterbietung Ausdruck von Wettbewerbsverhalten oder aber einer missbräuchlichen Verdrängungsstrategie sein.<sup>2</sup> Zum Nachweis einer unzulässigen Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG - im Unterschied zur Preisunterbietung als Ausdruck von Leistungswettbewerb - ist eine Gesamtwürdigung der Umstände im konkreten Fall nötig. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen über eine gewisse Zeitdauer selektiv gegenüber Kunden von bestimmten Wettbewerbern seine Produkte zu sachlich nicht gerechtfertigten Niedrigpreisen anbietet, liegt der Schluss nahe, dass es diese abwerben will. Sichtbar wird eine derartige Strategie etwa darin, dass gleichzeitig gegenüber bisherigen Abnehmern des Marktbeherrschers weiterhin die alten, wesentlich höheren Preise gelten. Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, dass die Kampfpreise unter den Selbstkosten liegen.<sup>3</sup> Dennoch ist zu beachten, dass Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile ist und Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrössern daher nicht *per se* als unzulässig zu qualifizieren sind.<sup>4</sup>

Da aufgrund der Angaben nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von [...] angebotenen Preise unterhalb derjenigen des Wettbewerbers [...] liegen und es sich nicht um eine allgemeine, sondern allenfalls um eine gezielte Preissenkung handelt. Daher kann eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG nicht von vorne herein ausgeschlossen werden. Zudem ist zu beachten, ob ausreichende sachliche Gründe vorliegen, um zu vermeiden, dass eine unterschiedliche Preissetzung bei vergleichbaren Produkten gegebenenfalls zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt.

Auf die Beratungsfrage 2 hin kann das Sekretariat bestätigen, dass [...] grundsätzlich [...] hinsichtlich der Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge an den Kosten orientieren kann, soweit die Kostenorientierung nicht zu einer Verwirklichung eines Kartellrechtsverstosses im Sinne von Art. 7 KG führt.

### **Antwort auf Beratungsfrage 3 – unterschiedliche Marge bei vergleichbaren Produkten**

Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG kann eine unzulässige Verhaltensweise durch ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegen, wenn Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert wer-

den. Eine Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führt, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG liegt gemäss Praxis der WEKO in der Regel dann vor, wenn ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen angewendet werden.<sup>5</sup>

[...] möchte unter dem Namen [...] eine Dienstleistung anbieten, welche eine [...] Marge pro Stück als für vergleichbare existierende Produkte aufweist. Hierbei wird für die Zwecke der vorliegenden Beratung davon ausgegangen, dass es sich bei den vergleichbaren existierenden Produkten um solche handelt, welche [...] selbst anbietet.

Zwar kann aus der Vergleichbarkeit von Produkten und Dienstleistungen nicht in jedem Fall darauf geschlossen werden, dass gleichartige Lagen vorliegen. Dies kann aber auch nicht von vorne herein ausgeschlossen werden.

Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass durch die Benachteiligung der einen Gruppe stets auch eine Begünstigung einer anderen Gruppe von Handelspartnern bewirkt wird, wodurch sich deren Interesse für Angebote von (aktuellen und potenziellen) Wettbewerbern gezielt ausschalten lassen, was zusätzlich zu einer Behinderung des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe des marktbeherrschenden Unternehmens führen kann.<sup>6</sup>

Daher können aus Sicht des Sekretariats Konstellationen entstehen, bei welchen es trotz kostenorientierter Preise zu einer unzulässigen Verhaltensweise im Sinne von Art 7 KG kommen kann, wenn für ein Produkt oder eine Dienstleistung eine tiefere Marge pro Stück als für vergleichbare existierende Produkte des marktbeherrschenden Unternehmens festgelegt wird.

### **Antwort auf Beratungsanfrage 4 – Zulässigkeit der [...] Staffelpreise**

Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung der [...] beschriebenen [...] Staffelpreise ist aufgrund des geschilderten Sachverhalts nicht möglich. Gemäss den obigen Ausführungen wurden aber durch das Sekretariat mögliche kartellrechtliche Probleme aufgezeigt, welche zu berücksichtigen sind.

<sup>2</sup> BBI 1995 I 468 ff., S. 519.

<sup>3</sup> BBI 1995 I 468 ff., S. 574.

<sup>4</sup> BBI 1995 I 468 ff., S. 569.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2020/2, 572 Rz 844, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2020/2, 573 Rz 846, *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

### **Antwort auf Beratungsfrage 5 – Transparenz und nichtdiskriminierender Charakter der neuen Dienstleistung [...]**

Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung der von [...] beschriebenen Dienstleistung [...] ist im Rahmen einer Beratungsanfrage und aufgrund der vorliegend gelieferten Informationen nicht möglich. Gemäss den obigen Ausführungen wurden aber durch das Sekretariat mögliche kartellrechtliche Probleme hinsichtlich eines allenfalls diskriminierenden Charakters der neuen Dienstleistung [...] aufgezeigt, welche zu berücksichtigen sind.

Betreffend die Transparenz der neuen Dienstleistung [...] kann angemerkt werden, dass aufgrund [...], die preislichen Konsequenzen einer Inanspruchnahme abgeschätzt werden können. Daher ist bei einer isolierten Betrachtung der Transparenz zum jetzigen Zeitpunkt kein Kartellrechtsverstoss im Sinne von Art. 7 KG ersichtlich.

[...]. Daher kann aufgrund der zur Verfügung gestellten Informationen nicht abschliessend geklärt werden, ob es aufgrund einer möglicherweise fehlenden Transparenz allenfalls in Kombination mit anderen Sachverhaltselementen zu einem Kartellrechtsverstoss kommen kann.

### **Antwort auf Beratungsfrage 1 – testweise Einführung der Dienstleistung [...]**

Gemäss jüngst bestätigter Praxis der Gerichte ist allgemein anerkannt, dass ein eigentlich wettbewerbswidriges Verhalten bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall als zulässig erachtet werden kann.<sup>7</sup> Voraussetzung hierfür sind das Vorliegen eines ausreichenden Sachgrunds und die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Sachliche Rechtfertigungsgründe können aber nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen immer im Verhältnis zur Verhaltensweise, die sachlich gerechtfertigt sein soll, analysiert werden.

Mit den geplanten Tests soll die Machbarkeit und die Akzeptanz der neuen Dienstleistung [...] analysiert werden. Der Test dient also dazu auf der einen Seite Produktionsverfahren bzw. Verfahren zur Bereitstellung neuer Dienstleistungen zu verbessern. Gleichzeitig werden durch Testverfahren Ressourcen rationeller genutzt, als wenn neue Produkte oder Dienstleistungen direkt im Markt eingeführt werden und diese danach aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen wieder eingestellt werden müssen. Zudem könnte der Verzicht auf Markttests dazu führen, dass ein Unternehmen mit einem Produkt oder einer Dienstleistung nicht in den Markt eintritt und auf diese Weise wirksamer Wettbewerb nicht belebt wird, obwohl dies möglich wäre.

Das von [...] geplante Testverfahren kann aufgrund der oben genannten Ausführungen zu einem Kartellrechtsverstoss führen. Falls bereits vor Beginn des Testverfahrens klar ist, dass die Ausgestaltung der Dienstleistung [...] gegen das Kartellgesetz verstösst, stellt ein Test keinen sachlichen Grund zur Rechtfertigung eines solchen Kartellgesetzesverstosses dar. Ist ein Verhalten hingegen kartellrechtlich zulässig, so stellt auch die testweise Anwendung eines solchen Verhaltens keinen Kartellrechtsverstoss dar.

Auch wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen alle Vorkehrungen getroffen hat, um zu vermeiden, dass sich durch sein Verhalten ein Kartellrechtsverstoss manifestiert, kann die testweise Einführung eines solchen Verhaltens (zusammen mit den durch das marktbeherrschende Unternehmen vorgenommenen Vorkehrungen zur Vermeidung von Kartellrechtsverstössen) zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen. Hat es alle Vorkehrungen getroffen, kann die testweise Einführung im Grundsatz als sachliche Rechtfertigung herangezogen werden oder es ist denkbar, dass die Wettbewerbsbehörden den Verstoss nicht aufgreifen oder sanktionieren.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die testweise Einführung der Dienstleistung [...] nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, wenn dem marktbeherrschenden Unternehmen bereits vor dem Test klar sein muss bzw. klar ist, dass sein Verhalten zu einem Kartellrechtsverstoss führen würde bzw. führen könnte und sich ein solcher dann manifestiert. Vor diesem Hintergrund hat das anfragende Unternehmen unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sekretariats zu den Beratungsfragen zwei bis fünf zu ermitteln, ob sich durch die testweise Einführung der Dienstleistung [...] ein Kartellrechtsverstoss manifestieren kann.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-161/2021 vom 30. September 2021, Rz 323.

|       |  |
|-------|--|
| B 1.4 | <b>4. Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants</b> |
|-------|--|

**1. Etat de fait**

1. X. SA serait une société anonyme active dans le domaine des pièces de rechange dans le secteur automobile avec pour but la fourniture de pièces de rechange automobiles d'origine aux prestataires de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'agissent pas au sein du réseau de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles (p.ex. garages, carrosseries; ci-après: réparateurs indépendants<sup>1</sup>). [...].

2. X. SA serait contactée par des réparateurs indépendants qui passeraient commande auprès d'elle pour l'acquisition de pièces de rechange d'origine auprès de distributeurs agréés. Chaque pièce commandée auprès de X. SA serait assignée à un véhicule déterminé et identifiable. X. SA se chargerait ensuite de rechercher la référence des pièces et véhicules concernés et effectuerait les commandes auprès des distributeurs agréés. Les pièces ainsi commandées seraient alors facturées individuellement à X. SA par les distributeurs agréés. X. SA refacturerait ensuite ces pièces aux réparateurs indépendants à un tarif incluant sa marge.

3. X. SA aurait prévu de demander aux réparateurs indépendants de signer une convention cadre prévoyant les modalités de la relation contractuelle entre X. SA et les réparateurs indépendants (ci-après: convention cadre). [...].

4. En cas de retours pour des raisons relatives à la garantie, d'erreurs de commande ou de livraison, les pièces seraient retournées au distributeur agréé par l'intermédiaire de X. SA et non directement par les réparateurs indépendants.

**2. Questions**

5. X. SA a posé au Secrétariat en substance les questions suivantes:

- X. SA peut-elle être considérée comme ayant qualité de représentante de réparateurs indépendants et, si tel n'est pas le cas, quelles modifications X. SA doit-elle apporter à son modèle d'affaires pour pouvoir être considérée comme représentante des réparateurs indépendants et se prévaloir à ce titre d'un droit d'accès aux pièces de rechange originales auprès des distributeurs agréés ?
- Si X. SA peut être considérée comme ayant qualité de représentante de réparateurs indépendants, les distributeurs agréés sont-ils tenus de fournir X. SA pour les réparateurs indépendants ?

**3. Évaluation****3.1. Champ d'application**

6. La loi sur les cartels 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). Est soumise à cette loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart).

7. X. SA, les fournisseurs de pièces de rechange, les distributeurs agréés et les réparateurs indépendants peuvent en principe répondre à la notion d'entreprise. Les comportements décrits peuvent en principe avoir des effets en Suisse. La loi sur les cartels s'appliquerait le cas échéant.

**3.2. Dispositions réservées**

8. Aucune disposition réservée (art. 3 LCart) n'est apparente.

**3.3. Qualité de représentante**

9. Le droit suisse des cartels ne contient pas de dispositions prévoyant les conditions que doivent respecter les personnes (représentantes) agissant pour le compte d'une autre personne (représentée), soit en leur propre nom, soit au nom de la représentée, et la manière dont elles doivent être traitées en vertu du droit des cartels<sup>2</sup>.

10. Dans le domaine automobile, la Note explicative CommAuto connaît la notion d'intermédiaire qui désigne « les personnes et les entreprises qui acquièrent un véhicule automobile neuf au nom et pour le compte d'un consommateur déterminé sans faire partie du système de distribution en question »<sup>3</sup>. Le fournisseur de véhicules automobiles peut exiger de ses distributeurs agréés que l'intermédiaire mandaté soit en possession d'un contrat de mandat conclu avec l'utilisateur final<sup>4</sup>. La notion d'intermédiaire n'est pas davantage définie et il ne ressort pas de la Note explicative CommAuto ou d'autres dispositions du droit de la concurrence si elle s'applique également à l'acquisition de pièces de rechange<sup>5</sup>. Au vu de ce qui suit, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

<sup>1</sup> Art. 6 al. 1 Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile, décision de la Commission de la concurrence du 29 juin 2015 (état au 9 septembre 2019) (Communication automobile, CommAuto).

<sup>2</sup> DPC 2020/2 633 N 65, *AdBlue*.

<sup>3</sup> Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile du 29 juin 2015 (état au 9 septembre 2019) (Note explicative CommAuto), par. 18.

<sup>4</sup> Par. 19 Note explicative CommAuto.

<sup>5</sup> Par. 18 Note explicative CommAuto précise qu'un intermédiaire mandaté doit être distingué d'un « distributeur indépendant, qui achète un véhicule automobile neuf pour le revendre et n'opère pas pour le compte d'un consommateur déterminé » ainsi que de « l'agent, qui trouve des clients pour un ou plusieurs distributeurs ». Ces considérations ne définissent pas non plus les conditions d'application de la notion d'intermédiaire.

11. Dans le droit de la concurrence de l'Union européenne, la question du traitement de personnes agissant pour le compte d'autres personnes est abordée dans le cadre des contrats d'agence<sup>6</sup>. La Commission européenne (ci-après: Commission) a élaboré dans ses Lignes directrices sur les restrictions verticales (ci-après: Lignes directrices) une série de critères d'examen pour la qualité d'agent<sup>7</sup>. En droit suisse de la concurrence, la COMCO s'est basée sur ces critères dans l'enquête *AdBlue* et dans l'avis *Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz* en relation avec la question de savoir si un agent avait été valablement désigné au regard des règles du droit de la concurrence et ne devait donc pas être traité comme une entreprise indépendante<sup>8</sup>. Dans le cadre du présent conseil, où la question se pose de savoir si une représentante (X. SA) bénéficie de la position juridique des représentés (réparateurs indépendants) et ne doit donc pas être traitée comme une entreprise indépendante, il convient de se référer à ces critères.

12. Selon les Lignes directrices, un agent est une personne morale ou physique qui a le pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant, en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services du commettant<sup>9</sup>. Selon la compréhension du Secrétariat, la représentation des réparateurs indépendants par X. SA, telle que prévue dans la demande de conseil, peut répondre à cette définition. En effet, selon la compréhension du Secrétariat, il est prévu que X. SA conclue des contrats pour le compte de réparateurs indépendants avec des distributeurs agréés.

13. Les Lignes directrices se prononcent ensuite sur la question de savoir si les conditions de la représentation sont remplies de manière à ce que le représentant – en l'occurrence X. SA – ne doit plus être considéré comme une entreprise indépendante, mais comme une entité agissant pour le compte d'une autre personne – en l'occurrence les réparateurs indépendants. Selon les Lignes directrices, l'agent n'agit plus en tant qu'opérateur économique indépendant lorsqu'il « ne supporte aucun risque financier ou commercial important en rapport avec les contrats qu'il conclut ou négocie au nom du commettant »<sup>10</sup>. Pour ce qui est des risques financiers et commerciaux, les Lignes directrices mentionnent les risques propres à chaque contrat, les risques liés aux investissements propres au marché et les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits<sup>11</sup>. Selon les Lignes directrices, l'importance de ces risques doit généralement être appréciée sur la base de la rémunération perçue par l'agent pour la fourniture des services d'agence, p.ex. sa commission, et non sur la base des recettes générées par la vente des biens ou services couverts par le contrat d'agence<sup>12</sup>. La Commission considère qu'un contrat d'agence est donné (et ainsi que l'indépendance économique de l'agent est à nier) lorsque les critères suivants sont remplis:

- l'agent n'acquiert pas la propriété des biens achetés ou vendus en vertu du contrat d'agence; le fait que l'agent puisse temporairement, pour une très brève période, acquérir la propriété des biens contractuels pendant qu'il les vend pour le compte du commettant

n'empêche pas l'existence d'un contrat d'agence, pour autant que l'agent n'assume aucun des coûts ou des risques liés au transfert de propriété;

- l'agent ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens;
- l'agent ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks;
- l'agent n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf s'il a commis une faute;
- l'agent n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des clients ou d'autres tiers pour les pertes ou dommages résultant de la fourniture des biens ou des services contractuels, sauf si l'agent a commis une faute;
- l'agent n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes;
- l'agent ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux, la formation du personnel ou la publicité;
- l'agent ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant dans le cadre de la relation d'agence (p.ex., la livraison des biens), sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier<sup>13</sup>.

14. Si l'agent est responsable d'un ou de plusieurs des risques ou des coûts mentionnés, l'accord entre le représentant et le représenté ne peut pas être considéré comme un contrat d'agence<sup>14</sup>. La question des risques doit être examinée au cas par cas<sup>15</sup>.

15. Sur la base de ces critères, X. SA peut être considérée comme une représentante des réparateurs indépendants au regard du droit de la concurrence si elle ne supporte aucun risque financier ou commercial important, à l'instar des risques décrits ci-dessus, en rapport

<sup>6</sup> Le concept d'agent du droit européen existe en droit suisse notamment sous la forme de l'agent au sens des articles 418a ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Code des obligations, CO; RS 220) et du commissionnaire au sens des articles 425 ss. CO; cf. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (édit.), 2ème éd. 2021, art. 4 al. 1 N 365.

<sup>7</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 248 du 30.06.2022, pp. 11 s., N 29 ss.

<sup>8</sup> DPC 2020/2, 633 N 65–68, *AdBlue*; DPC 2017/4, 701–703 N 47–58, *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. V. ég. Communication de la COMCO du 12 décembre 2022 concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert), FF 2022 3231, c. VI et VII; CommAuto, c. V.

<sup>9</sup> DPC 2020/2, 633 N 66, *AdBlue*; Lignes directrices, N 29.

<sup>10</sup> Lignes directrices, N 30.

<sup>11</sup> Lignes directrices, N 31.

<sup>12</sup> Lignes directrices, N 32.

<sup>13</sup> Lignes directrices, N 33, où se trouvent des explications supplémentaires concernant chaque point. Cf. ég. DPC 2017/4, 702 N 49, *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*.

<sup>14</sup> DPC 2020/2, 633 N 68, *AdBlue*; Lignes directrices, N 33.

<sup>15</sup> DPC 2020/2, 633 N 68, 70, *AdBlue*; Lignes directrices, N 34.

avec les contrats qu'elle conclut ou négocie pour le compte des réparateurs indépendants avec les distributeurs agréés. Il n'est pas possible pour le Secrétariat de procéder à une évaluation définitive de la position juridique de X. SA et de formuler des propositions de modifications de son modèle d'affaires sur la base d'une convention cadre et sans connaître les détails d'une relation commerciale spécifique. Dans le cadre d'un examen au cas par cas, il s'imposerait notamment d'étudier les deux points qui suivent.

16. Premièrement, de ce que comprend le Secrétariat, le transfert de propriété des pièces de rechange est opéré entre les distributeurs agréés et X. SA (et ensuite de X. SA aux réparateurs indépendants) alors qu'il n'existe aucune transaction directe entre les distributeurs agréés et les réparateurs indépendants (N 2, 4). Cette brève acquisition de propriété n'est pas problématique si les risques et les coûts liés au transfert de la propriété demeurent du côté des réparateurs indépendants (N 13, 1<sup>er</sup> tiret). [...]. Le Secrétariat comprend ainsi que les risques sur les pièces commandées seraient assumés par X. SA jusqu'à la livraison au lieu d'activité des réparateurs indépendants.

17. Secondement, de ce que comprend le Secrétariat, X. SA pourrait assumer la responsabilité vis-à-vis des distributeurs agréés en cas de non-exécution du contrat par les réparateurs indépendants et ceci indépendamment d'une éventuelle faute commise par X. SA (N 13, 5<sup>e</sup> tiret). [...] <sup>16</sup> [...].

18. Ainsi, sans avoir pu trancher de manière définitive la question de savoir si X. SA peut être qualifiée de représentante des réparateurs indépendants, le Secrétariat estime que les régimes de transfert de propriété et de non-exécution du contrat par les réparateurs indépendants, en particulier, pourraient – selon les dispositions contractuelles prévues entre X. SA et les réparateurs indépendants – s'opposer à une telle conclusion. <sup>17</sup>

### 3.4. Accès aux pièces de rechange automobiles

19. X. SA déduit de la Communication automobile un droit d'accès des réparateurs indépendants et de leurs représentants aux pièces de rechange vendues par les distributeurs agréés.

20. En l'absence d'une pratique illicite d'une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif, pour laquelle il n'existe pas d'indices sur la base de la demande de conseil, le droit suisse des cartels ne prévoit pas d'obligation générale pour les distributeurs agréés de fournir des pièces de rechange aux réparateurs indépendants ou à leurs représentants. Cependant, l'art. 16 let. f CommAuto prévoit que la restriction pour les membres d'un réseau de distribution sélectif de vendre des pièces de rechange aux réparateurs indépendants qui ont besoin de ces pièces pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles est considérée comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence. Cette disposition doit être lue dans le contexte d'autres dispositions du droit de la concurrence. Son application présuppose surtout l'existence d'un accord en matière de concurrence, dans le cas présent p.ex. un accord entre un fournisseur de pièces de rechange et un distributeur agréé de pièces de rechange restreignant la

vente de pièces de rechange par ce dernier aux réparateurs indépendants.

21. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord en matière de concurrence se définit par une coopération consciente et délibérée ainsi que par l'objet ou l'effet d'une restriction de concurrence entre des entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents <sup>18</sup>.

22. Selon l'art. 5 al. 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, ainsi que les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites. L'art. 5 al. 4 LCart prévoit que les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace. L'art. 14 al. 1 CommAuto prévoit que sont considérés comme qualitativement graves les accords non visés par l'art. 5 al. 4 LCart et ayant pour objet les restrictions figurant aux articles 15 à 19 CommAuto, et, partant l'art. 16 let. f CommAuto concernant les restrictions de ventes de pièces de rechange aux réparateurs indépendants également (N 20). Selon la Note explicative CommAuto, afin de les utiliser pour des réparations et travaux d'entretien, les réparateurs indépendants peuvent se fournir auprès de distributeurs agréés en pièces de rechange originales qui ne sont vendues que par le biais du fournisseur de véhicules automobiles ou des membres de son réseau de distribution (*captive parts*). <sup>19</sup>

23. Il en résulte que la CommAuto prévoit que la restriction pour les membres d'un réseau de distribution sélectif de vendre des pièces de rechange aux réparateurs indépendants qui ont besoin de ces pièces pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles peut constituer un accord *qualitativement grave*. Or, encore faut-il que l'existence d'un accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart) ainsi que l'illicéité de cet accord (art. 5 LCart) soient établies. L'existence d'un accord en matière de concurrence ne saurait être examinée de manière abstraite et nécessite une analyse au cas par cas.

<sup>16</sup> [...].

<sup>17</sup> Le Secrétariat précise également que le terme de « marge », utilisée par X. SA dans sa demande de conseil (N 2), implique en principe une revente (cf. Le Robert, <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/marge>> [17.04.2023]; Duden, <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Marge>> [17.04.2023]). Alors qu'une expression inexacte n'est en principe pas décisive, en l'occurrence, où selon la compréhension du Secrétariat X. SA doit agir au nom et pour le compte des réparateurs indépendants, il paraît plus correct de parler, p.ex., d'une rémunération ou d'une provision.

<sup>18</sup> ATF 147 II 72, 77 c. 3.1 f., *Pfizer*.

<sup>19</sup> Par. 38 Note explicative CommAuto.



Concernant l'illicéité d'un éventuel accord, il faut en principe tenir compte de critères tant *qualitatifs* que *quantitatifs* et la pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble<sup>20</sup>. Un accord qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif<sup>21</sup>. Un allègement de la preuve de l'illicéité existe si le refus de livrer des pièces de rechange découle d'une attribution de territoires et que les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (protection territoriale absolue; art. 5 al. 4 LCart)<sup>22</sup>. Pour cette constellation, le Tribunal fédéral a retenu dans l'affaire *Gaba* que de tels accords affectent en règle générale de manière notable la concurrence<sup>23</sup>. Finalement, il conviendrait de vérifier s'il existe une justification pour des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) s'opposant à l'illicéité.

24. Dans la mesure où le refus d'un distributeur agréé de fournir des pièces de rechange à des réparateurs indépendants qui ont besoin de ces pièces pour la réparation et l'entretien de véhicules automobiles constituerait un accord illicite (N 20–23), le Secrétariat ne voit pas de raison de ne pas appliquer les conséquences légales des art. 4 s. LCart et de la CommAuto également au représentant valablement désigné d'un réparateur indépendant (N 9 ss). Or, il résulte aussi de ce qui précède que, dans la mesure où le refus de fournir des pièces de rechange repose sur une décision unilatérale d'un distributeur agréé et qu'il n'y a donc pas d'accord en matière de concurrence, les règles des art. 4 s. LCart et de la CommAuto ne sont pas pertinentes (que les réparateurs indépendants agissent de manière indépendante ou qu'ils soient représentés).

25. Dans le droit européen, dont s'inspirent la CommAuto<sup>24</sup> et la CommVert<sup>25</sup>, il existe une disposition similaire à l'article 16 let. f CommAuto. Ainsi, selon les art. 4 et 5 let. a RECSA<sup>26</sup>, la restriction de la vente de pièces de rechange pour véhicules automobiles par les membres d'un système de distribution sélective à des réparateurs indépendants qui utilisent ces pièces pour la réparation et l'entretien d'un véhicule automobile ne bénéficie pas de l'exemption générale par rapport à l'application de l'art. 101 par. 1 TFUE<sup>27</sup> dont bénéficient les accords verticaux relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des pièces de rechange de véhicules automobiles. La Commission considère qu'une telle restriction pourrait avoir pour effet d'évincer les réparateurs indépendants du marché des services de réparation et d'entretien ce qui pourrait empêcher, restreindre ou fausser la concurrence<sup>28</sup>.

26. Concernant la question de savoir si la même règle s'appliquerait aussi aux réparateurs indépendants qui ont recours à des intermédiaires d'achat, la Commission a pris position dans un document intitulé *Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile* du 27 août 2012. Elle a clarifié qu'un fournisseur de véhicules ne pouvait généralement pas empêcher un distributeur agréé de pièces de rechange de vendre des pièces à des réparateurs indépendants qui ont recours à des distributeurs de pièces de rechange indépendants en tant qu'intermédiaires d'achat<sup>29</sup>. Selon la Commission, « si un fournisseur de véhicules interdisait à ses

distributeurs d'effectuer des ventes à des intermédiaires, ces accords de distribution seraient vraisemblablement en infraction par rapport aux règles de concurrence de l'UE »<sup>30</sup>. Elle précise que « [s]i un distributeur agréé de pièces détachées devait décider unilatéralement de ne pas en vendre aux réparateurs indépendants qui ont recours à des intermédiaires, cette situation ne contreviendrait pas aux règles de concurrence de l'UE »<sup>31</sup>. Le Secrétariat part du principe que cette réponse suppose, comme en Suisse, une représentation valable du réparateur indépendant, de sorte que la position du Secrétariat est en ligne avec l'approche de la Commission (N 24).

#### 4. Conclusion

27. X. SA peut être considérée comme une représentante valablement désignée des réparateurs indépendants au regard du droit de la concurrence si elle a été investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte des réparateurs indépendants, soit en son nom propre, soit au nom des réparateurs indépendants en vue de l'achat de biens ou de services par les réparateurs indépendants et qu'elle ne supporte aucun risque financier ou commercial important en rapport avec les contrats qu'elle conclut ou négocie pour le compte des réparateurs indépendants avec les distributeurs agréés. La question de savoir si elle supporte de tels risques peut être examinée sur la base des critères énoncés dans le présent conseil concernant surtout le transfert de propriété, la prise en charge des coûts, le stockage, la responsabilité en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution du contrat, les exigences en matière d'investissement et les obligations accessoires. Alors qu'il n'est pas possible pour le Secrétariat de procéder à une évaluation définitive de la position juridique de X. SA sur la base de la demande de conseil, dans le

<sup>20</sup> Art. 14 let. b CommVert.

<sup>21</sup> Art. 14 let. b CommVert.

<sup>22</sup> Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 12 décembre 2022 (Note explicative CommVert), par. 10 ss.

<sup>23</sup> ATF 143 II 297 c. 5.2.5, *Gaba*.

<sup>24</sup> CommAuto, c. II.

<sup>25</sup> CommVert, c. VI.

<sup>26</sup> Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO L 129 du 28.5.2010, p. 52–57 (ci-après: RECSA).

<sup>27</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13.12.2007 (Traité de Lisbonne), JO C 115 du 9.5.2008, p. 47 (ci-après: TFUE).

<sup>28</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, JO C 138 du 18.5.2010, p. 16, par. 22.

<sup>29</sup> Commission européenne, Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile, 27.8.2012, Question 12.

<sup>30</sup> Commission européenne, Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile, 27.8.2012, Question 12.

<sup>31</sup> Commission européenne, Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile, 27.8.2012, Question 12.

---

cadre d'un examen au cas par cas, il s'imposerait notamment d'étudier les régimes de transfert de propriété et de non-exécution du contrat par les réparateurs indépendants.

28. En l'absence d'une pratique illicite d'une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif, pour laquelle il n'existe pas d'indices sur la base de la demande de conseil, le droit suisse des cartels ne prévoit pas d'obligation générale pour les distributeurs agréés de fournir des pièces de rechange aux réparateurs indépendants ou à leurs représentants. Cepen-

dant, le refus d'un distributeur agréé de fournir des pièces de rechange aux réparateurs indépendants ou à leurs représentants peut constituer un accord illicite affectant de manière notable la concurrence (art. 4 al. 1 et art. 5 al. 1 LCart en relation avec l'art. 16 let. f ComAuto) ou un accord illicite supprimant une concurrence efficace (protection territoriale absolue; art. 4 al. 1 et art. 5 al. 1 et al. 4 LCart) si l'existence d'un tel accord en matière de concurrence est établie et qu'aucune justification par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) ne s'oppose à l'illicéité.

## B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b><br>Concentrations d'entreprises<br>Concentrazioni di imprese |
| B 2.3 | <b>1. Crédit Agricole L&amp;F/Compagnie Financière Michelin/Watèa</b>                               |

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*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 8. März 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 9. März 2023*

1. Am 22. Februar 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Crédit Agricole Leasing & Factoring, mit Sitz in Montrouge (FRA) (nachfolgend: CA L&F), und der Compagnie Financière Michelin, mit Sitz in Clermont-Ferrand (FRA) (nachfolgend: CF Michelin, zusammen mit CA L&F nachfolgend: die Parteien), (nachfolgend: Meldung) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung von 30 % des Aktienkapitals von Watèa durch CA L&F. Es ist vorgesehen, dass CA L&F und CF Michelin nach dem Vollzug des Vorhabens Watèa im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU gemeinsam kontrollieren werden. Für CF Michelin soll das Zusammenschlussvorhaben zu einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle führen.

2. **CA L&F** ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Crédit Agricole SA (nachfolgend: CA SA), dem Zentralinstitut der Group Crédit Agricole (nachfolgend: GCA). Die GCA, ein französischer Konzern, bietet eine breite Palette von Banken- und Versicherungsdienstleistungen an, darunter Vermögensverwaltung, Retail Banking, spezialisierte Finanzdienstleistungen und die Betreuung von Grosskunden. CA L&F bietet in Frankreich und Europa Leasing- und Factoring-Dienstleistungen an. Dabei unterstützt sie Unternehmen jeder Grösse bei ihren Ausrüstungs- und Immobilieninvestitionsprojekten sowie bei der Finanzierung und Verwaltung ihrer Forderungen.

3. **CF Michelin** wird von der Compagnie Générale des Etablissements Michelin (nachfolgend: CGEM) kontrolliert, zu welcher als Muttergesellschaft der Gruppe alle

mit Michelin verbundenen Unternehmen direkt oder indirekt gehören (CGEM zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Michelin). Michelin, ein französischer Konzern, ist in erster Linie im Reifensektor (Reifenherstellung und Reifenhandel) tätig. Daneben erstreckt sich das Tätigkeitsfeld namentlich auf reisebezogene Produkte und Dienstleistungen, die Verwaltung von Michelin Markenlizenzen, Tätigkeiten auf den Märkten für Förderbänder und wasserstoffbetriebener Mobilität sowie auf die Herstellung von Ketten für landwirtschaftliche, industrielle und Motorsportausrüstung. Schliesslich ist Michelin im Bereich der Flottenmanagementdienste und -lösungen tätig.

4. **Watèa** ist eine vereinfachte Aktiengesellschaft (société par actions simplifiée) nach französischem Recht, die im Juli 2021 gegründet wurde und deren Aktien zu 100 % von CF Michelin gehalten werden. Watèa ist im Bereich Flottenleasing und Flottenmanagement tätig, wobei sie ihre Dienstleistungen insbesondere für Flotten von elektronischen Nutzfahrzeugen anbietet.

5. Gemäss Meldung ist das Zusammenschlussvorhaben Teil der Zielsetzung von GCA, zum Marktführer für grüne Mobilität in Europa zu werden und steht insbesondere in Einklang mit der Verpflichtung von GCA, sich für das Klima und den Übergang zu einer kohlenstoffarmen Wirtschaft einzusetzen. Es sei die Fortsetzung der Partnerschaft zwischen GCA und Michelin, die bereits bei der Gründung von Watèa durch Michelin begonnen habe. Das Zusammenschlussvorhaben soll die effiziente Mobilitätslösung von Watèa und das Finanzierungsangebot von CA L&F zusammenbringen und als Ergebnis Unternehmen bei der Umstellung zu einer emissionsfreien Mobilität namentlich von Nutzfahrzeugen unterstützen.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

6. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Wechsel der alleinigen Kontrolle durch CF Michelin zu gemeinsamer Kontrolle durch CF Michelin und CA L&F über Watèa. Gemäss Investitionsprotokoll vom 1. Dezember 2022<sup>3</sup> und Angebotsschreiben vom 30. Juni 2022<sup>4</sup> beabsichtigen CF Michelin und CA L&F, dass CA L&F auf dem Weg einer Kapitalerhöhung 30 % an Watèa erwirbt. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden CF Michelin 70 % und CA L&F 30 % am Kapital und an den Stimmrechten von Watèa halten.

7. Watèa als französische vereinfachte Aktiengesellschaft [...]. Damit erlangen CF Michelin und CA L&F mit dem Zusammenschlussvorhaben gemeinsame Kontrolle über Watèa.

8. Watèa ist ein bestehendes und eigenständiges Unternehmen, welches im Bereich Flottenleasing und Flottenmanagement tätig ist. Es verfügt über ein eigenes Managementteam, welches sich dem Tagesgeschäft widmet, und hat Zugang zu ausreichenden Ressourcen, namentlich Finanzen, Personal und Vermögenswerten, um auf Dauer unabhängig zu operieren. Gemäss Meldung wird Watèa auch nach dem Zusammenschlussvor-

haben eine eigene Geschäftsaktivität unterhalten und seine Tätigkeiten nicht ausschliesslich ihrer Muttergesellschaften zur Verfügung stellen. Somit handelt es sich bei Watèa um ein Vollfunktionsunternehmen.

9. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass CF Michelin und CA L&F mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU über Watèa erwerben.

10. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 21. Februar 2023 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.<sup>5</sup>

11. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO gemeldet werden, wenn die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erreicht werden. Da die Abschlüsse des Jahres 2022 noch nicht vorliegen, beruht die Meldung auf den Zahlen des Geschäftsjahrs 2021. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen

| Beteiligtes Unternehmen | Weltweiter Umsatz in Mio. CHF <sup>6</sup> | Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF |
|-------------------------|--|----------------------------------|
| GCA                     | [...]                                      | [...]                            |
| Michelin                | [...]                                      | [...]                            |
| Watèa                   | [...] <sup>7</sup>                         | [...]                            |
| <b>Total</b>            | [...]                                      | [...]                            |

Quelle: Angaben der Parteien.

12. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Bereich Automobil-Leasing. Watèa ist auf dem Gebiet von Flottenleasing und Flottenmanagementdienstleistungen tätig, wobei diese derzeit keine Aktivitäten in der Schweiz hat. Michelin hat ausser ihrer Tätigkeit durch Watèa in Europa und der Schweiz keine Aktivitäten im Bereich der Leasingdienstleistungen. GCA bietet Flottenmanagementdienste bei ca. [90-100] % ihrer bestehenden operationellen Leasingverträgen an. [...].

13. Innerhalb des Leasingsektors ging die WEKO in ihrer bisherigen Praxis jeweils von einem nationalen Markt für Automobil-Leasing aus.<sup>8</sup> Der Markt für Automobil-Leasing sei vom Mobilien- sowie dem Immobilien-Leasing abzugrenzen und umfasse das Leasing von Fahrzeugen sowohl an Privatkunden als auch an Unternehmen, wobei Einzel- oder Flottenleasing möglich sei. Innerhalb des Flottenleasings fänden sich die Geschäftstätigkeiten Leasing und Flottenmanagement. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis offengelassen, ob eine Segmentierung in Flottenleasing (Operational Leasing) in Betracht gezogen werden soll.<sup>9</sup> Für die vorliegende Meldung geht die WEKO in Fortführung der bisherigen Praxis von einem Markt für Automobil-Leasing aus und lässt ebenfalls offen, ob das Automobil-Leasing weiter segmentiert werden soll, da der Zusammenschluss un-

abhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

14. Was die räumliche Marktabgrenzung betrifft, so hat die WEKO bisher die Auffassung vertreten, dass die geographische Dimension des Automobil-Leasings national ist. Daran ist auch bei vorliegender Prüfung festzuhalten.

<sup>3</sup> Watèa-Investitionsprotokoll vom 1. Dezember 2022, Beilage 6 der Meldung (nachfolgend: Investitionsprotokoll).

<sup>4</sup> Angebotsschreiben von CA L&F vom 30. Juni 2022, Beilage 7 der Meldung (nachfolgend: Angebotsschreiben).

<sup>5</sup> Vgl. EU-KOMM, Case COMP/M.11053, *Group Credit Agricole/Michelin/WATEA*.

<sup>6</sup> Die Umrechnung von EUR in CHF erfolgt mit dem von der SNB veröffentlichten durchschnittlichen Jahresumrechnungskurs von 2021: EUR 1.00 entspricht CHF 1.0810 (Devisenkurse – Jahr | Datenportal der SNB).

<sup>7</sup> [...]

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2020/2, 650 Rz 19, *AXA/Predica/ELL*; RPW 2017/4, 575 Rz 18, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos*; RPW 2015/1, 88 f. Rz 12, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.*; RPW 2015/1, 127 Rz 29 f., *Swisscom AG/Sixt SE*.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2015/1, 127 Rz 29 f., *Swisscom AG/Sixt SE*.

15. Gemäss Angaben der Parteien hat Watèa keine Aktivität in der Schweiz. Damit kommt es durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteilsaddition. Den Marktanteil von GCA auf dem Markt für Automobil-Leasing in der Schweiz wird gemäss Meldung auf weniger als [0-10] % geschätzt.<sup>10</sup> Die Parteien versichern, dass auch das kürzlich von der WEKO genehmigte Gemeinschaftsunternehmen LeaseCo von GCA und Stellantis<sup>11</sup> nichts an den genannten Marktanteilen ändern werde, da [...]. Die plausibel geschätzten Marktanteile liegen damit deutlich unter den Schwellenwerten von 20 % bzw. 30 %. Somit liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

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

---

<sup>10</sup> [...]

<sup>11</sup> Zur Publikation in RPW vorgesehen: 41-1007: *CA Consumer Finance/Stellantis/FCA Bank Free2MoveLease*, Stellungnahme der WEKO vom 10.12.2022.

---

B 2.3

**2. TX/Clear Channel**

*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 28. Februar 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Februar 2023*

**A Sachverhalt**

1. Am 1. Februar 2023 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX), das Schweizer Geschäft der Clear-Channel-Gruppe (nachfolgend: CC Schweiz) zu erwerben.

**A.1 Zusammenschlussparteien****A.1.1 TX-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)**

2. TX sei die Muttergesellschaft des Medienunternehmens TX-Gruppe, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Die TX-Gruppe gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe u.a. digitale Newsportale, vermittele/vermarkte Werbung und sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Sie gliedere sich in die Segmente TX Markets (digitale Marktplätze)<sup>1</sup>, Goldbach (Werbevermittlung/-vermarktung), 20 Minuten (Pendlermedien), Tamedia (Zeitungen und Zeitschriften) sowie Group & Ventures (weitere Beteiligungen, wie z. B. Doodle oder Zattoo, sowie zentrale Dienste). Die TX-Gruppe sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.<sup>2</sup>

3. Seit der Übernahme der Neo Advertising AG (nachfolgend: Neo Advertising) sei die TX-Gruppe in geringem Umfang auch im Bereich Plakat- bzw. Aussenwerbung (heute als Out-of-Home-Werbung bezeichnet; nachfolgend: OOH-Werbung) tätig. OOH-Werbung umfasse Strassenplakate und -screens, Werbung in Verkaufsstellen (Point-of-Sale-Werbung; POS-Werbung) oder an besonderen Orten, wie z. B. in Konferenzzentren oder Einkaufszentren (Point-of-Interest-Werbung; POI-Werbung), sowie Werbung an Verkehrsmitteln, in Flughäfen oder Bahnhöfen.<sup>3</sup>

4. Früher seien Unternehmen, die OOH-Werbung anbieten, meist als «Plakatgesellschaften» bezeichnet worden. Da die OOH-Werbung heute neben den klassischen Strassenplakaten verschiedene weitere, insbesondere auch digitale Formen umfasse (wie z. B. Screens), werde in der Meldung – wie in der Branche üblich – der Begriff «OOH-Unternehmen» verwendet. Neo Advertising sei ein solches OOH-Unternehmen.<sup>4</sup>

5. TX beabsichtige, CC Schweiz indirekt über die Goldbach Group AG (nachfolgend: Goldbach) zu erwerben.

Goldbach sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von TX. Sie sei die Muttergesellschaft der Goldbach-Gruppe, die primär im Bereich der Vermittlung/Vermarktung von Werbung in elektronischen Medien (TV, Radio, Online) und in Print-Medien tätig sei. Neben dem Vermittlungs-/Vermarktungsgeschäft biete die Goldbach-Gruppe in geringem Umfang auch Beratungsdienstleistungen für Werbetreibende an. Teil der Goldbach-Gruppe sei heute auch Neo Advertising.<sup>5</sup>

6. Die Goldbach-Gruppe verfüge (mit Ausnahme von Neo Advertising) über kein eigenes OOH-Werbeinventar. In Deutschland betreibe die Goldbach-Gruppe über ihre Tochtergesellschaft Jaduda GmbH, Deutschland, die Plattform Splicky. Splicky sei eine auf die automatische Abwicklung von digitaler Werbung spezialisierte sog. Demand-Side-Plattform (DSP). Eine DSP ermögliche den Werbetreibenden, ihre Werbung effizient zu gestalten und am dafür geeigneten Ort automatisiert auszuspielen. Die DSP fungiere für die Werbetreibenden (und ihre Medienagenturen) als Schnittstelle zu den sog. Supply-Side-Plattformen (SSP), die das Werbeinventar verschiedener Anbieter bündeln und buchbar machten. Indem auf der einen Seite DSPs möglichst viele Werbetreibende anschliessen und auf der anderen Seite SSPs den Zugang zu möglichst vielen Inventaranbietern ermöglichen würden, erhöhten sie die Chancen, dass ein Werbetreibender für eine bestimmte Kampagne das dafür geeignete Inventar buchen könne und dass das Inventar eines Anbieters häufig gebucht werde.<sup>6</sup>

7. DSPs eigneten sich grundsätzlich für alle digitalen Werbeformen, da diese automatisiert gebucht und ausgespielt werden könnten. Dazu gehörten in erster Linie Online-Display- und Online-Bewegt看-Werbung, und vermehrt auch digitale OOH-Werbung. So könne z. B. über Splicky neben Online-Werbung auch digitale OOH-Werbung (nachfolgend: DOOH) abgewickelt werden.<sup>7</sup>

8. Eine DSP wie Splicky erbringe ihre Dienstleistung gegenüber dem Werbetreibenden und werde von diesem dafür entschädigt (i.d.R. durch eine Tech-Fee). Die DSP sei kein Vermittler/Vermarkter von Werbeinventar, was sich darin zeige, dass die Preise für die Werbung nicht von der DSP, sondern vom Inhaber des Werbeinventars gesetzt würden. Splicky sei daher keine Anbieterin von OOH-Werbung, sondern ermögliche lediglich die effiziente Abwicklung digitaler Werbung.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Hierbei handle es sich [...].

<sup>2</sup> Vgl. Meldung, Rz 3.

<sup>3</sup> Vgl. Meldung, Rz 4.

<sup>4</sup> Vgl. Meldung, Rz 5.

<sup>5</sup> Vgl. Meldung, Rz 7.

<sup>6</sup> Vgl. Meldung, Rz 8.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung, Rz 9.

<sup>8</sup> Vgl. Meldung, Rz 10.

### A.1.2 Clear Channel Schweiz (kontrolliertes Unternehmen)

9. CC Schweiz umfasse das Schweizer Geschäft der international tätigen Clear-Channel-Gruppe. CC Schweiz sei als OOH-Unternehmen tätig. Die Kunden von CC Schweiz seien einerseits die Werbetreibenden (bzw. deren Medienagenturen), welche OOH-Werbung buchen, und andererseits die Inhaber von Standorten für OOH-Werbung, die CC Schweiz mit der Vermarktung dieser Standorte beauftragen würden.<sup>9</sup>

10. Innerhalb von CC Schweiz komme der Clear Channel Holding AG die Funktion einer Holdinggesellschaft zu. Operativ tätig sei die Clear Channel Schweiz AG, die unter alleiniger Kontrolle der Clear Channel Holding AG stehe.<sup>10</sup>

11. Daneben stünden weitere Gesellschaften unter alleiniger Kontrolle der Clear Channel Holding AG. Sie seien Teil von CC Schweiz, seien aber nicht operativ tätig. Sie seien lediglich [...]. Es handle sich dabei um folgende Gesellschaften:<sup>11</sup>

- Clear Channel AWI AG
- Clear Channel CAC AG
- Clear Channel GmbH
- Clear Channel Infotrak AG
- Clear Channel Interpubli AG
- Clear Channel OFEX AG
- Clear Channel Plakatron AG

12. Mit der Clear Channel AIDA GmbH gehöre heute noch eine weitere Gesellschaft zu CC Schweiz. Diese Gesellschaft werde aber vor der Übernahme durch TX aus CC Schweiz ausgegliedert und sei deshalb nicht Teil der vorliegenden Transaktion. TX lasse sich lediglich für die Schweiz Rechte an der Software «AIDA» einräumen, damit der Betrieb von CC Schweiz nach Vollzug der Transaktion wie bisher weitergeführt werden könne. AIDA sei die Software, welche CC Schweiz zur Vermarktung der OOH-Werbung (Buchung von OOH-Werbung, Verwaltung des OOH-Werbeinventars) nutze.<sup>12</sup>

### A.1.3 Clear Channel International (Veräusserer)

13. Clear Channel International sei ein international tätiger Konzern, dessen Muttergesellschaft die Clear Channel Outdoor Holdings, Inc. mit Sitz in New York/USA sei. Clear Channel International sei als OOH-Unternehmen in diversen europäischen Ländern und in Übersee tätig. Veräusserer von CC Schweiz sei die in London ansässige Konzerngesellschaft Clear Channel International Limited, die 100% der Aktien der Clear Channel Holding AG halte.<sup>13</sup>

### A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

14. TX beabsichtige, indirekt über ihre Tochtergesellschaft Goldbach alle Aktien der Clear Channel Holding AG von der Clear Channel International Limited und damit die alleinige Kontrolle über CC Schweiz zu erwerben. Die Parteien hätten zu diesem Zweck einen Aktienkaufvertrag geschlossen.<sup>14</sup>

### A.3 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens

15. Clear Channel International habe sich entschieden, sich aus dem Schweizer Markt zurückzuziehen und CC Schweiz an einen Dritten zu verkaufen. TX wolle die Gelegenheit nutzen, um mit der Übernahme von CC Schweiz die bis heute bescheidene Geschäftstätigkeit im OOH-Bereich auszubauen. TX wolle den Werbetreibenden künftig dank einem grösseren Inventar ein attraktiveres und dank Synergien auch kompetitiveres Angebot unterbreiten können. Es sei geplant, CC Schweiz und Neo Advertising zusammenzuführen, womit Doppelspurigkeit im Bereich des Managements, der Verwaltung, des Verkaufs und vor allem der Bewirtschaftung der Plakatflächen (Ersetzen der Plakate, Reinigung und Unterhalt der Plakatflächen und Screens etc.) eliminiert und die Effizienz gesteigert werden könne. Klare Marktführerin im OOH-Markt in der Schweiz sei heute APG SGA SA (nachfolgend: APG). TX wolle dieser starken Stellung etwas entgegensetzen und den Werbetreibenden kompetitive Angebote machen können.<sup>15</sup>

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

16. 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

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). Das Kartellgesetz 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 der Konzern als Ganzes.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Meldung, Rz 15.

<sup>10</sup> Vgl. Meldung, Rz 16.

<sup>11</sup> Vgl. Meldung, Rz 17.

<sup>12</sup> Vgl. Meldung, Rz 18.

<sup>13</sup> Vgl. Meldung, Rz 23 f.

<sup>14</sup> Vgl. Meldung, Rz 27 f.

<sup>15</sup> Vgl. Meldung, Rz 29 ff.

<sup>16</sup> Vgl. RETO HEINZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 2 N 30 ff.; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*

18. Bei TX handelt es sich um die Muttergesellschaft der TX-Gruppe. Die TX-Gruppe ist gemäss Meldung ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien. Somit tritt die TX-Gruppe in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Die TX-Gruppe ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

19. CC Schweiz ist gemäss Meldung ein OOH-Unternehmen, welches einerseits Werbetreibenden bzw. deren Medienagenturen und andererseits Inhabern von Standorten für OOH-Werbung ihre Dienstleistungen anbietet. Somit tritt CC Schweiz als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Bei CC Schweiz handelt es sich um Konzerngesellschaften der Clear-Channel-International-Gruppe. Es handelt sich bei CC Schweiz somit um einen Teil einer grösseren wirtschaftlichen Einheit, d. h. des Unternehmens Clear-Channel-International-Gruppe.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. 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.

21. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>17</sup>

22. Die TX-Gruppe beabsichtigt gemäss Meldung indirekt über die Tochtergesellschaft Goldbach alle Aktien

der Clear Channel Holding AG und damit die alleinige Kontrolle über CC Schweiz zu erwerben (vgl. vorne Rz 14). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss i. S. v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

23. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

24. Entsprechend dem zuvor in Randziffern 17 ff. Ausgeführten ist einerseits die TX-Gruppe als kontrollierendes Unternehmen als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten. Andererseits ist CC Schweiz als zu kontrollierender Unternehmensteil der Clear-Channel-International-Gruppe als beteiligtes Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Meldepflicht

25. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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).

26. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2021 folgende Umsätze in Tabelle 1 an.

|          | TX-Gruppe | CC Schweiz |
|----------|-----------|------------|
| Schweiz  | < 957     | [< 100]    |
| Weltweit | 957       | [< 100]    |

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2021 gemäss Meldung (in Mio. Franken)<sup>18</sup>

27. Somit werden aufgrund der von der Meldung aufgeführten Umsätze die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht.

28. TX macht geltend, es liege auch keine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs 4 KG vor. Im Entscheid Le Temps habe die WEKO lediglich festgestellt, dass durch den damaligen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Le Temps SA auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz begründet worden sei und dass die bestehende marktbeherrschende Stellung der Groupe Edipresse auf dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verstärkt worden sei. Durch den Verkauf der Beteiligung an der Le Temps SA durch TX seien die von der WEKO damals gemachten Feststellungen im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4

KG nur noch insofern relevant, als diese sich explizit auf Edipresse bezogen hätten. Gemäss dem damaligen Entscheid habe sich die Feststellung der Marktbeherrschung ausschliesslich auf die Lesermärkte bezogen.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2022/2, 335 Rz 63, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 22, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 438 Rz 31, Liberty Global/Sunrise; RPW 2021/2, 498 Rz 27, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 505 Rz 28, TX Group/Immowelt Schweiz; RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, SBB Cargo; RPW 2018/4, 871 Rz 40, AZ Medien/NZZ; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland.

<sup>18</sup> Vgl. Meldung, Rz 34 und 36.

<sup>19</sup> Vgl. Meldung, Rz 39.



29. CC Schweiz sei nicht in Lesermärkten tätig. Die Märkte für OOH-Werbung seien zum Lesermarkt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne auch nicht benachbart, vor- oder nachgelagert. Gemäss Meldung sei die Meldepflicht durch die WEKO von Amtes wegen in jedem Zusammenschlussverfahren vorfrageweise zu prüfen.<sup>20</sup>

30. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäss Bundesgericht die vorläufige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens unter anderem der summarischen Beurteilung der Meldepflicht dient.<sup>21</sup> Die Frage der Meldepflicht geht dem Verfahren der vorläufigen Prüfung nicht voraus, vielmehr ist sie Teil desselben.

31. Weiter ist festzuhalten, dass der in der Meldung vorgenommenen Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht gefolgt werden kann. In ihrer ständigen, vom Bundesverwaltungsgericht gestützten<sup>22</sup> Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.<sup>23</sup> Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammenschlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens extensiv auszulegen.<sup>24</sup> Für einen Zusammenschluss besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nach Bundesverwaltungsgericht, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen.<sup>25</sup>

32. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem «marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne» (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>26</sup> Da die Edipresse-Gruppe Teil der TX-Gruppe ist, zeitigt die nach wie vor geltende Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vom 1. Dezember 1997 auch Wirkung für TX. Damit ist die erste Voraussetzung für eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG der rechtskräftigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt.

33. Als zweite Voraussetzung ist damit zu prüfen, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und CC Schweiz Märkte betrifft, welche in einem Nahverhältnis zum beherrschten Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne stehen.

34. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der Frage des Bestehens einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu prüfen, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussverfahren zwischen TX und CC Schweiz betroffenen Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Ob solche Wettbewerbseffekte effektiv bestehen, ist demgegenüber eine zu behandelnde Frage der materiellen Prüfung.<sup>27</sup>

35. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leserschaft.<sup>28</sup> Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung bildet insbesondere die an die Leserschaft gerichtete Print-Firmenwerbung. Dabei ist zu beachten,

dass Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft sind, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden kann. Eine Tageszeitung ist für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweist. Somit ist der Markt für Printwerbung in der französischsprachigen Schweiz bzw. in den Regionen Genf und Lausanne untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.<sup>29</sup>

36. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print- sowie Online-Werbung je eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den einzelnen Werbeträgern möglich sind, noch nicht vollständig austauschbar sind. Allerdings stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.<sup>30</sup> Dementsprechend können auch vorliegend Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten im Bereich der Plakat- bzw. Aussen- oder OOH-Werbung in den Regionen Genf und Lausanne bzw. in der Schweiz nicht von vornherein ausgeschlossen werden.<sup>31</sup> Es besteht folglich ein Nahverhältnis zwischen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten und dem beherrschten Markt. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

<sup>20</sup> Vgl. Meldung, Rz 40 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 4.2.2, A AG/WEKO; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.46, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>22</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2022/2, 338 Rz 90, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 30, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 506 Rz 33, TX Group/Immowelt Schweiz; RPW 2018/4, S. 717, Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2006/4, 622, Meldepflicht der Emmi AG.

<sup>24</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>25</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.30, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014, E. 2, The Swatch Group AG/WEKO.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, Le Temps.

<sup>27</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41 und E. 2.46 f., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; RPW 2022/2, 339 Rz 98, [A]/[B]; RPW 2022/1, 80, Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH/Logistic Center Villingen GmbH; RPW 2021/3, 680 Rz 11, Swisssenetics/New Generation Genetics; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2019/2, 542 Rz 14, Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag; RPW 2019/1, 180 Rz 28, Tamedia/Zattoo International.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 99, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 29, Tamedia/Zattoo International; in diese Sinne auch RPW 1998/1, 44 f. Rz 30, Le Temps.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 99, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 29, Tamedia/Zattoo International; RPW 2017/3, 507 Rz 28, Tamedia AG/Neo Advertising AG.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2022/2, 339 Rz 100, [A]/[B]; RPW 2019/1, 180 Rz 30, Tamedia/Zattoo International; RPW 2017/3, 507 Rz 29, Tamedia AG/Neo Advertising AG; RPW 2016/1, 311 Rz 135 f., Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG.

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2017/3, 507 Rz 29, Tamedia AG/Neo Advertising AG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

37. 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).

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

#### B.3.1 Relevante Märkte

39. 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).

40. 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).

41. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.<sup>32</sup> Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>33</sup>

#### B.3.1.1 Marktabgrenzung im Bereich der Out-of-Home-Werbung

42. Im Bereich der OOH-Werbung schalten OOH-Unternehmen Werbung von Werbetreibenden auf dazu geeigneten Flächen. Die Inhaber dieser Flächen sind Private und Gemeinden.<sup>34</sup> Es ist grundsätzlich von einem zweiseitigen Markt auszugehen, bei welchen die OOH-Unternehmen einerseits die Werbetreibenden und andererseits die Gemeinwesen und Private als Werbeinventareigner (Flächen) mit Vermittlungs- und Vermarktungsdienstleistung bedienen. Es ist damit denkbar, diese Märkte explizit als zweiseitige Märkte aufzufassen und dabei auch mögliche Netzwerkeffekte zu adressieren. Für die Zwecke der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden, wie in der bisherigen Praxis der WEKO, beide Seiten als separate Märkte abgegrenzt.<sup>35</sup>

### B.3.1.2 Märkte für OOH-Werbung<sup>36</sup>

#### B.3.1.2.1 Sachliche Marktabgrenzung Märkte für OOH-Werbung

43. Auf den Märkten für OOH-Werbung stehen sich die Werbetreibenden als Nachfrager und die OOH-Unternehmen als Anbieter gegenüber.<sup>37</sup>

44. Als OOH-Werbung wird generell alles verstanden, was die Bevölkerung als Werbeaussage unentgeltlich sehen kann, wenn sie sich auf öffentlichem oder privatem Grund bewegt und was unter den Begriff der wechselnden Fremdwerbung fällt. Mit anderen Worten können als OOH-Werbung jene Werbeformen bezeichnet werden, die den sich im öffentlichen Bereich bewegendenden Menschen ohne besondere Zutrittsbarriere zugänglich und im Vorübergehen oder Vorbeifahren kurz wahrzunehmen sind. Als Fussgänger, Autofahrer, Einkäufer oder Benutzer öffentlicher Verkehrsmittel hat die Bevölkerung ständigen Kontakt mit den Werbebotschaften der Aussenwerbung.<sup>38</sup> Diese Ansicht wird von den Zusammenschlussparteien geteilt.<sup>39</sup>

45. In ihrer früheren Praxis hat die WEKO im Bereich OOH-Werbung zwischen Plakatwerbung einerseits und Werbung auf der Aussenseite von Verkehrs- bzw. Transportmitteln andererseits unterschieden.<sup>40</sup> Danach war insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei der Verkehrsmittelwerbung um einen Werbeträger handle, der sich in Bewegung und nicht an einem fixen Standort befinde und sich die Werbebotschaft nicht so einfach und schnell austauschen bzw. ändern lasse wie dies grundsätzlich bei Plakaten der Fall sei.<sup>41</sup>

46. In ihrer jüngeren Praxis hat die WEKO die Frage aufgeworfen, ob die Plakatwerbung zusammen mit der Verkehrsmittelwerbung einen einheitlichen Markt für Aussenwerbung bildet. Werbung in Innenräumen von Verkehrs- bzw. Transportmitteln seien demgegenüber allenfalls einem separaten Markt zuzurechnen. Dies deshalb, weil diese Werbung nicht von jedermann unentgeltlich angesehen werden könne, sondern vielmehr nur von jenen konsumiert werde, die ein entsprechendes Entgelt für die Benützung des Transportmittels entrichten.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2022/2, 340 Rz 114, [A]/[B]; RPW 2021/3, 659 Rz 39, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 499 Rz 41, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 507 Rz 42, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2020/2, 635 Rz 84, *AdBlue*; RPW 2020/1, 207 Rz 858, *KTB-Werke*.

<sup>33</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 205, [A]/[B].

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 206, [A]/[B].

<sup>36</sup> In früheren Fällen auch als Märkte für Plakat- bzw. Aussenwerbung bezeichnet (vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 228, [A]/[B]).

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 229, [A]/[B].

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 207, [A]/[B].

<sup>39</sup> Vgl. Meldung, Rz 48.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 209, [A]/[B]; RPW 2017/3, 508 Rz 42 f., *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 209, [A]/[B]; RPW 2017/3, 509 Rz 49, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2017/3, 509 Rz 49, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

47. Zuletzt hat die WEKO einen Markt für OOH-Werbung (bzw. Aussenwerbung) erfasst und diesen sowohl mit als auch ohne Verkehrsmittelwerbung (inner- und ausserhalb von Verkehrs- bzw. Transportmitteln) betrachtet. Eine definitive Marktabgrenzung hat die WEKO jedoch offengelassen.<sup>43</sup>

48. Gemäss Meldung sei davon auszugehen, dass auch Werbung aussen an Verkehrsmitteln grundsätzlich zum OOH-Markt gehöre, da diese von jedermann gesehen werden könne. Die Parteien hätten Zweifel, ob eine separate Marktabgrenzung für Werbung innerhalb von Verkehrs- bzw. Transportmitteln sachgerecht sei, da die Zutrittsbarriere (Kauf eines Tramtickets) sehr tief sei. Zudem führe die Marktabgrenzung zum eigenartigen Ergebnis, dass Plakate, die der Pendler sehe, während er auf das Tram warte, wenn er aussteige oder wenn er während der Fahrt zum Tram rausschaue, zum relevanten Markt gehörten, während die Plakate, die er während der Fahrt im Tram drin sehe, einem anderen Markt zugeordnet würden. Um zu zeigen, dass der Zusammenschluss aber auch beim Ausschluss dieser Verkehrsmittelwerbung unbedenklich sei, stelle die Meldung die Marktanteile mit und ohne Verkehrsmittelwerbung dar.<sup>44</sup>

49. Herkömmliche Plakate bestehen im Allgemeinen aus bedruckten Papierbögen, die in mehreren Standard- und Spezialformaten zur Verfügung stehen. Aufgrund fortschreitender Innovationen und neuer technologischer Entwicklungen haben sich in letzter Zeit stets neue, digitale Formen der Plakatwerbung entwickelt. Bei der digitalen Plakatwerbung wird die Werbebotschaft über einen Bildschirm (sogenannte ePanels, eBoards, Screens) übermittelt. Im Unterschied zur analogen Plakatwerbung ermöglicht die digitale Plakatwerbung nicht nur die Darstellung von stehenden, sondern auch von bewegten Bildern («Spots»). Bei der digitalen Plakatwerbung fehlt jedoch – im Gegensatz zu einem TV-Spot – der Audioanteil. Zudem wird digitale Plakatwerbung lediglich «en passant» wahrgenommen, weshalb diese Art von Werbung nicht geeignet ist, komplexere Werbebotschaften zu verbreiten.<sup>45</sup>

50. DOOH-Werbung hat gegenüber herkömmlichen Plakataushängen auch noch weitere Vorteile. So können die Bilder bei der digitalen Plakatwerbung auch aufgrund von automatisierten Buchungsmöglichkeiten schneller und billiger gewechselt werden. Zudem fallen Produktions- und Montagekosten weg.<sup>46</sup> DOOH kann zudem im Rahmen von Programmatic Advertising verwendet werden. Dabei können Werbebotschaften synchron auch über andere Werbekanäle (bspw. Mobile), in Abhängigkeit des Ortes des Werbeempfängers oder auch in Abhängigkeit des Wetters durch Anreicherung von Wetterdaten übertragen werden. Weiter können Kampagnen laufend bzw. «live» optimiert werden, da DOOH auch ein stetiges Kampagnenreporting durch konsolidierte Auspielungsdaten zulassen. DOOH und Programmatic Advertising eröffnen damit zusätzlich Möglichkeiten zur zielgruppenspezifischeren Aussteuerung von Werbebotschaften.<sup>47</sup> Dabei weist das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung Online-Werbung gar darauf hin, dass Bild- und Gesichtserkennung es erlauben würden, die Personen in Reichweite des Bildschirms zumindest nach Faktoren wie Geschlecht und Alter zu segmentieren, wenn nicht sogar zu individualisieren. Die eindeuti-

gen Kennungen, die bestimmte Funktechniken in Smartphones der Vorübergehenden aussenden, könnten zusätzlich herangezogen werden. Dies sei keine Science-Fiction, die technische Machbarkeit sei absehbar, das kommerzielle Interesse an dem Einsatz entsprechender Techniken ebenso. Grenzen würden allenfalls die gesetzlichen Regelungen (wohl insb. im Datenschutzrecht) setzen.<sup>48</sup>

51. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO bei der Marktabgrenzung nicht zwischen analoger und digitaler OOH-Werbung unterschieden.<sup>49</sup> Sie hat indes darauf hingewiesen, dass sich bei einer zielgruppengenaueeren Auslieferung von Screen-Werbung eine separate Marktabgrenzung rechtfertigen könnte.<sup>50</sup>

52. Gemäss Meldung sei auch im vorliegenden Fall nicht zwischen analoger OOH- und DOOH-Werbung zu unterscheiden, da diesbezüglich aus Sicht der Werbetreibenden eine weitgehende Austauschbarkeit bestehe. Auch die Tatsache, dass seit einigen Jahren kontinuierlich klassische Plakatwände durch digitale Screens ersetzt würden, spreche dafür, dass analoge und digitale OOH-Werbung zum gleichen sachlich relevanten Markt gehörten.<sup>51</sup> Auch sei vorliegend keine separate Abgrenzung für zielgruppenspezifische OOH-Werbung vorzunehmen. Eine solche auf den einzelnen Passanten individualisierte Auslieferung von DOOH-Werbung sei heute kaum möglich und werde im Markt nicht angeboten. Möglich sei lediglich eine auf eine bestimmte Zielgruppe ausgerichtete Auslieferung aufgrund des Standorts der OOH-Werbung. So könne beispielsweise auf einem Screen in einem Bahnhof Werbung ausgeliefert werden, die sich spezifisch an Pendler richte. Oder auf einem Screen in einem Tankstellenshop könne Werbung ausgeliefert werden, die sich spezifisch an Autofahrer richte. Diese Möglichkeiten biete die klassische (analoge) Plakatwerbung aber genauso.<sup>52</sup>

53. Es bestehen keine Hinweise, welche Zweifel an den Angaben der Meldung betreffend zielgruppenspezifische DOOH-Werbung aufkommen lassen würden. Entsprechend kann zum Zwecke des vorliegenden Verfahrens auf die Abgrenzung eines separaten Markts für zielgruppenspezifische DOOH-Werbung verzichtet werden.

<sup>43</sup> Vgl. RPW 2022/2, 351 Rz 210, [A]/[B].

<sup>44</sup> Vgl. Meldung, Rz 49.

<sup>45</sup> Vgl. RPW 2022/2, 352 Rz 212, [A]/[B]; RPW 2017/3, 508 Rz 45, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2022/2, 352 Rz 213, [A]/[B]; RPW 2017/3, 508 Rz 46, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2022/2, 352 Rz 214, [A]/[B].

<sup>48</sup> Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Online-Werbung – Diskussionsbericht, 2022, S. 31 Rz 22.

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2022/2, 352 Rz 215, [A]/[B]; RPW 2017/3, 508 Rz 46, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 221, [A]/[B].

<sup>51</sup> Vgl. Meldung, Rz 50.

<sup>52</sup> Vgl. Meldung, Rz 51.

54. Nicht angezeigt erscheint schliesslich eine Unterteilung des Marktes nach Standorten der Werbeträger (bspw. nach öffentlichem oder privatem Grund, nach Fussgängerzone, Einkaufszentrum, Bahnhof oder Flughafen).<sup>53</sup>

55. Zusammenfassend ist daher für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens sachlich ein Markt für OOH-Werbung abzugrenzen, welcher sowohl analoge als auch digitale OOH-Werbung erfasst. Bei der Beurteilung der Marktstellung ist zu prüfen, ob dabei das Ergebnis mit oder ohne Berücksichtigung Verkehrsmittelwerbung (inner- und ausserhalb von Verkehrs- bzw. Transportmitteln) anders ausfällt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann die definitive Marktabgrenzung offengelassen werden.

#### **B.3.1.2.2. Räumliche Marktabgrenzung Märkte für OOH-Werbung**

56. Entsprechend früheren Feststellungen der WEKO fragen Werbetreibende OOH-Werbung entweder lokal, regional oder national nach. Praxisgemäss kommen daher grundsätzlich separate regionale/lokale und nationale Märkte in Frage.<sup>54</sup> Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass nach früheren Feststellungen der WEKO im Bereich der Plakat- bzw. Aussenwerbung eine Vielzahl von Plakat- bzw. Aussenwerbegesellschaften existieren, welche nicht über ein schweizweites flächendeckendes Plakatstellennetz verfügen.<sup>55</sup>

57. Gemäss Meldung seien alle wichtigen Anbieter im Bereich OOH-Werbung (wie z. B. APG, Clear Channel, Livesystems und auch Neo Advertising) in der gesamten Schweiz tätig. Dies spreche dafür, von einem nationalen Markt für OOH-Werbung auszugehen.<sup>56</sup> Angesichts der WEKO-Praxis und um zu zeigen, dass der vorliegende Zusammenschluss selbst bei engst möglicher Marktabgrenzung unproblematisch sei, würden in der Meldung neben einem nationalen Markt auch regionale Märkte (nach Sprachregionen und Grossräumen) abgegrenzt.<sup>57</sup>

58. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind somit neben einem nationalen Markt auch sprachregionale und regionale Märkte betreffend die Grossräume Genf/Lausanne, Zürich, Bern, Basel, Ostschweiz und Tessin abzugrenzen.<sup>58</sup> Soweit sich diesbezüglich jedoch keine massgebenden Unterschiede bei der Beurteilung der Marktstellung ergeben, kann die definitive Marktabgrenzung offengelassen werden.

#### **B.3.1.2.3. Übersicht relevante Märkte für OOH-Werbung**

59. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergeben sich zusammengefasst folgende relevante Märkte für OOH-Werbung:

- schweizweiter Markt für OOH-Werbung,
- Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz,
- Markt für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz,
- Markt für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne,

- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Bern,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Basel,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Tessin.

#### **B.3.1.3 Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung**

##### **B.3.1.3.1. Sachliche Marktabgrenzung Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung**

60. Auf den Märkten für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung stehen sich die OOH-Unternehmen als Anbieter und die Inhaber von Standorten für OOH-Werbung als Nachfrager gegenüber.<sup>59</sup>

61. Die Erwägungen zur sachlichen Marktabgrenzung auf der Seite der Werbetreibenden (vgl. vorne Rz 44 ff.) gelten analog auch für die Absatzkanäle.<sup>60</sup>

##### **B.3.1.3.2. Räumliche Marktabgrenzung Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung**

62. Auch hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung der Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung kann analog auf die entsprechenden Erwägungen zu den Märkten für OOH-Werbung (vgl. vorne Rz 56 ff.) verwiesen werden.

63. Die Zusammenschlussparteien vertreten auch bezüglich Absatzkanäle die Auffassung, dass einzig ein nationaler Markt abzugrenzen sei. Angesichts der WEKO-Praxis und um zu zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben selbst bei engst möglicher Marktabgrenzung unproblematisch sei, würden in der Meldung jedoch zusätzlich regionale Märkte (nach Sprachregionen und Grossräumen) abgegrenzt.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 222 f., [A]/[B]; RPW 2017/3, 509 Rz 47 f., Tamedia AG/Neo Advertising AG; vgl. auch Meldung, Rz 53.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 226, [A]/[B]; RPW 2017/3, 509 Rz 51, Tamedia AG/Neo Advertising AG.

<sup>55</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 226, [A]/[B].

<sup>56</sup> Vgl. Meldung, Rz 54.

<sup>57</sup> Vgl. Meldung, Rz 56.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 227 und 363 Tabelle 5, [A]/[B].

<sup>59</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 230, [A]/[B]; vgl. Meldung, Rz 58.

<sup>60</sup> Vgl. RPW 2022/2, 353 Rz 231 f., [A]/[B]; RPW 2017/3, 509 Rz 53 ff., Tamedia AG/Neo Advertising AG; vgl. Meldung, Rz 58 f.

<sup>61</sup> Vgl. Meldung, Rz 60 f.

### B.3.1.3.3. Übersicht relevante Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung

64. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergeben sich zusammengefasst folgende relevante Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung:

- schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Bern,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Tessin.

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

#### B.3.2.1 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

65. 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.

66. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten («two-sided markets» oder «multi-sided business») aufgrund der Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann. Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.<sup>62</sup>

67. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Markt-

beherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>63</sup>

68. Ein Zusammenschluss kann sodann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu koordiniertem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die aus einem Zusammenschluss resultierenden Effekte, die zu einer solchen Anreizkonstellation führen können, werden auch als «koordinierte Effekte» bezeichnet. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung in ihrer Praxis wiederholt behandelt.<sup>64</sup>

69. Zentral bei der Analyse von koordinierten Effekten im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben ist, ob und inwiefern sich das Zusammenschlussvorhaben auf die Anreizbedingungen zu koordiniertem Verhalten auswirkt. Entscheidend ist hierbei, wie sich die Wettbewerbssituation verändert (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) und ob diese zur Möglichkeit führt, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. So muss sich die Wettbewerbssituation so verändern, dass das bzw. die marktbeherrschenden Unternehmen wirksamen Wettbewerb dadurch beseitigen können, dass beispielsweise vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb gedrängt werden oder verhindert wird, dass sich solche weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen.<sup>65</sup>

70. Um die Wahrscheinlichkeit von koordiniertem Verhalten auf den einzelnen Märkten abschätzen zu können, muss aufgrund der Interdependenzen neben der Analyse einzelner Effekte auf den betroffenen Märkten auch eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden. Zur Etablierung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es eines Zusammenwirkens der im Markt bzw. den Märkten agierenden Akteuren, welche gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können. Eine Koordination fällt bei einer Einzelmarktbeherrschung naturgemäss weg, da nur ein einzelner Akteur den Markt beherrscht und keine Koordination mit weiteren Akteuren stattfinden muss. Da allerdings bei einer kollektiven Marktbeherrschung im Vergleich zur Einzel-

<sup>62</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 251 f., [A]/[B]; RPW 2021/3, 665 Rz 75 ff., TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 500 Rz 45 ff., Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 510 f. Rz 64 ff., TX Group/Immowelt Schweiz.

<sup>63</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 253, [A]/[B]; RPW 2021/3, 666 Rz 79, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 500 Rz 49, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 511 Rz 68, TX Group/Immowelt Schweiz.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2022/2, 401 ff. Rz 529 ff., [A]/[B], m.w.Hinw.

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2022/2, 403 Rz 538, [A]/[B].

marktbeherrschung zusätzlich die mögliche Koordination zwischen den daran beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden muss, werden an die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung erhöhte Anforderungen gestellt.<sup>66</sup>

71. Nach Praxis der WEKO sind zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung folgende Kriterien heranzuziehen:<sup>67</sup>

- Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration;
- Symmetrien;
- Marktwachstum und Innovationen;
- Markttransparenz;
- Multimarktbeziehungen;
- Stellung der Marktgegenseite;
- Potenzielle Konkurrenz.

72. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann. In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>68</sup>

73. Tabelle 2 enthält die in der Meldung angegebenen Marktanteile der TX-Gruppe und von CC Schweiz zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»<sup>69</sup>).

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2022/2, 403 Rz 540, [A]/[B].

<sup>67</sup> Vgl. RPW 2018/4, 895 Rz 167, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 121 ff. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 ff. Rz 148 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/4, 751 ff. Rz 62 ff., *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 ff. Rz 158 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 528 ff. Rz 224 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 ff. Rz 247 ff., *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 ff. Rz 252 ff., *Heinen/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 ff. Rz 455 ff., *Migros/Denner*.

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2022/2, 356 Rz 254, [A]/[B]; RPW 2021/3, 666 Rz 81, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 501 Rz 51, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 70, *TX Group/Immowelt Schweiz*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

<sup>69</sup> Meldung, Rz 67 ff.

| Relevanter Markt   |  | TX-Gruppe        | CC Schweiz       | Gemeinsamer Marktanteil | Betroffener Markt |
|--|--|------------------|------------------|-------------------------|-------------------|
| Märkte für OOH-Werbung   | schweizweiter Markt für OOH-Werbung (inkl. Verkehrsmittelwerbung)  | [0-10] %         | [10-20] %        | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>schweizweiter Markt für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>   | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)  | [0-10] %         | [20-30] %        | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                                 | <i>[0-10] %</i>  | <i>[20-30] %</i> | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                         | [10-20] %        | [0-10] %         | [10-20] %               | nein              |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                  | <i>[10-20] %</i> | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i>        | <i>nein</i>       |
|  | Markt für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                         | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                  | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[10-20] %</i>        | <i>nein</i>       |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                                   | [10-20] %        | [0-10] %         | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                            | <i>[10-20] %</i> | <i>[0-10] %</i>  | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (inkl. Verkehrsmittelwerbung)  | [0-10] %         | [20-30] %        | [30-40] %               | ja                |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                                   | <i>[0-10] %</i>  | <i>[20-30] %</i> | <i>[30-40] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Bern (inkl. Verkehrsmittelwerbung)  | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Bern (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                                     | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[10-20] %</i>        | <i>nein</i>       |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Basel (inkl. Verkehrsmittelwerbung)   | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Basel (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                                    | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[10-20] %</i>        | <i>nein</i>       |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                                      | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |
|  | <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                               | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[10-20] %</i>        | <i>nein</i>       |
|  | Markt für OOH-Werbung im Grossraum Tessin (inkl. Verkehrsmittelwerbung)  | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |
| <i>Markt für OOH-Werbung im Grossraum Tessin (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i> | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[10-20] %</i> | <i>nein</i>             |                   |
| Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung  | schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                               | [0-10] %         | [10-20] %        | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                        | <i>[0-10] %</i>  | <i>[10-20] %</i> | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                       | [0-10] %         | [20-30] %        | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i>                | <i>[0-10] %</i>  | <i>[20-30] %</i> | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)        | [10-20] %        | [0-10] %         | [20-30] %               | ja                |
|  | <i>Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)</i> | <i>[10-20] %</i> | <i>[0-10] %</i>  | <i>[20-30] %</i>        | <i>ja</i>         |
|  | Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)        | [0-10] %         | [10-20] %        | [10-20] %               | nein              |

|   |           |           |           |      |
|---|-----------|-----------|-----------|------|
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der italienischsprachigen Schweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung) | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (inkl. Verkehrsmittelwerbung)           | [10-20] % | [10-20] % | [20-30] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (exkl. Verkehrsmittelwerbung)           | [10-20] % | [10-20] % | [20-30] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                  | [0-10] %  | [20-30] % | [30-40] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)                  | [0-10] %  | [20-30] % | [30-40] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Bern (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                    | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Bern (exkl. Verkehrsmittelwerbung)                    | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                   | [0-10] %  | [10-20] % | [20-30] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel (exkl. Verkehrsmittelwerbung)                   | [0-10] %  | [10-20] % | [20-30] % | ja   |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz (inkl. Verkehrsmittelwerbung)              | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Ostschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)              | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Tessin (inkl. Verkehrsmittelwerbung)                  | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |
| Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Tessin (exkl. Verkehrsmittelwerbung)                  | [0-10] %  | [10-20] % | [10-20] % | nein |

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2021

74. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich wird, spielt es für die Frage der Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU keine Rolle, ob die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte mit oder ohne Berücksichtigung der Verkehrsmittelwerbung erfolgt. Entsprechend kann die definitive Marktabgrenzung offenbleiben (vgl. vorne Rz 55). Für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung wird nachfolgend indes auf die marginal höheren Werte «exklusive Verkehrsmittelwerbung» abgestellt.

75. Soweit die Märkte für OOH-Werbung und Märkte für Absatzkanäle für OOH-Werbung ohne Verkehrsmittelwerbung abgegrenzt würden (vgl. vorne Rz 48), wären konsequenterweise separate Märkte für Verkehrsmittel-Innenwerbung abzugrenzen. Gemäss Meldung wäre diesfalls jedoch festzustellen, dass CC Schweiz auf diesen Märkten nicht tätig sei. Die TX-Gruppe weise lediglich im Grossraum Basel Aktivitäten im Bereich der Verkehrsmittel-Innenwerbung auf. Der Marktanteil 2021 der TX-Gruppe liege dabei im Grossraum Basel bei rund [10-20] %. In allen anderen Grossräumen betrage der Marktanteil 2021 der TX-Gruppe 0 %. In der Deutschschweiz und in der gesamten Schweiz liege der Marktanteil 2021 der TX-Gruppe im tiefen einstelligen Prozentbereich. Damit lägen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.<sup>70</sup>

76. Gestützt auf die Angaben in der Meldung erreichen damit vorliegend folgende Märkte die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

- schweizweiter Markt für OOH-Werbung,
- Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz,

- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne,
- Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich,
- schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich,
- Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel.

<sup>70</sup> Meldung, Rz 87 f.



### B.3.2.2 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten

#### B.3.2.2.1. Schweizweiter Markt für OOH-Werbung

##### I. Aktueller Wettbewerb

77. Tabelle 3 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                 |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|-----------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | Gemeinsam | APG          | Livesystems | TP Publicité SA |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |

Tabelle 3: Marktanteile schweizweiter Markt für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>71</sup>

78. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer relativ geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [20-30] Prozentpunkten.

79. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Die Schwankungen dürften insbesondere auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie zurückzuführen sein.<sup>72</sup> So sind die Umsätze bei allen in der Meldung aufgeführten Marktteilnehmern im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 zurückgegangen, mit Ausnahme von Livesystems.

80. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem schweizweiten Markt für OOH-Werbung durch das Zusammenschlussvorhaben.

##### II. Kollektive Marktbeherrschung

81. Wie aus Tabelle 3 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich zu prüfen, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirklicher Wettbewerb beseitigt werden kann.<sup>73</sup>

##### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

82. Die Angaben gemäss Tabelle 3 zeigen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Situation mit zwei

Unternehmen mit hohen Marktanteilen führt. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 3 annäherungsweise errechneten HHI-Werte<sup>74</sup> einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 4). Gemäss EU-Horizontalleitlinien, welche hier hilfswise herangezogen werden können, stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1000 liegt. Das Gleiche gilt für Vorhaben, bei denen der HHI nach dem Zusammenschluss zwischen 1000 und 2000 und der Delta-Wert, d. h. die durch den Zusammenschluss bedingte Veränderung des HHI, unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2000 und der Delta-Wert unter 150 liegt, es sei denn, besondere liegen Umstände vor.<sup>75</sup> Im vorliegenden Fall liegt der HHI über 2000 und der Delta-Wert knapp unter 150. Die Frage, ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch als problematisch erscheinen liessen, kann indes offengelassen werden. Wie sich nachfolgend zeigt überwiegen so oder anders insgesamt die Indizien, welche gegen die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG sprechen.

<sup>71</sup> Vgl. Meldung, Beilage 28.

<sup>72</sup> Vgl. Medienmitteilung der Stiftung Werbestatistik Schweiz vom 12.5.2022, [werbestatistik.ch/de/downloads/publikation-2022-1/medienmitteilung-werbestatistik-2022.pdf](https://www.werbestatistik.ch/de/downloads/publikation-2022-1/medienmitteilung-werbestatistik-2022.pdf) (30.12.2022).

<sup>73</sup> Vgl. RPW 2022/2, 403 Rz 542, [A]/[B].

<sup>74</sup> Der Herfindahl-Hirschmann-Index (nachfolgend: HHI) ist eine Kennzahl zur Berechnung des Konzentrationsmasses einer Verteilung. Zur Berechnung des HHI werden die quadrierten prozentualen Anteile der einzelnen Elemente  $i$  der Verteilung summiert ( $HHI = \sum_{i=1}^N a_i^2$ ). Hierbei gilt, je höher der HHI, desto konzentrierter ist die Verteilung. Der HHI kann hierbei Werte zwischen  $10000/N \leq HHI \leq 10000$  annehmen.

<sup>75</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn68), Rz 19 f.

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3130 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3279 |
| $\Delta$ HHI                | 149  |

Tabelle 4: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI<sup>76</sup>

83. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich (knapp) nicht.

#### b. Symmetrien

84. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen. Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich wird Symmetrie als Faktor angesehen, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung tendenziell begünstigt.<sup>77</sup>

85. Tabelle 3 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen weniger als [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [20-30] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

86. TX ist ein Medienunternehmen mit verschiedenen Print- und Digital-Produkten. APG ist schwergewichtig im Bereich der OOH-Werbung tätig. Somit weisen APG und TX nur wenige symmetrische Tätigkeiten auf. TX verfügt über ein stark umfangreicheres Produktportfolio als APG.<sup>78</sup> Das Zusammenschlussvorhaben ändert daran prinzipiell nichts.

87. Gemäss Meldung unterscheidet sich auch die Anzahl der bewirtschafteten Werbeflächen stark. Während APG gemäss eigenen Angaben schweizweit rund 160 000 Werbeflächen bewirtschaftete, seien es heute bei CC Schweiz rund [...] und bei TX rund [...]. Damit verfüge APG über ein sehr viel breiteres Portfolio als TX und CC Schweiz zusammen.<sup>79</sup>

88. Ausserdem unterscheidet sich gemäss Meldung die räumliche Ausrichtung von TX und APG. Während TX schwergewichtig in grossen Ballungszentren, bei Tankstellen und auf Privatgrund tätig sei, fokussiere sich APG eher auf ländliche Gebiete, kleinere Städte, Skigebiete und Bahnhöfe.<sup>80</sup> Dies habe auch Auswirkungen auf den Prozess der Transformation hin zur DOOH-Werbung. Der Fokus von APG auf eher ländliche Gebiete und kleinere Städte und damit auf Werbeflächen, bei denen die Digitalisierung mit grösseren Herausforderungen verbunden sei, dürfte die Digitalisierung von APG eher verzögern; umgekehrt erleichtere der Fokus von TX auf Werbeflächen in den grossen Städten deren Digitalisierung in der Tendenz.<sup>81</sup> Diese Unterschiede in der geografischen Ausrichtung sprechen somit ebenfalls für eine gewisse Asymmetrie von TX und APG.

89. Aufgrund der unterschiedlichen Produkteportfolios dürften auch eher weniger Symmetrien in Bezug auf technologisches Know-How bestehen.

90. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung (und damit die Kollusion als gewinnmaximierende Strategie) durch APG und TX begünstigen.

#### c. Marktwachstum und Innovationen

91. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen beziehungsweise aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>82</sup>

92. Zudem ist in wachsenden Märkten Kollusion bei gleichbleibender Anzahl Marktteilnehmer einfacher aufrechtzuerhalten.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Die HHI-Werte wurden gestützt auf die Marktanteile der Unternehmen gemäss Beilage 28 der Meldung berechnet. Die dort nicht aufgeführten übrigen (kleinen) Marktteilnehmer (vgl. Beilage 23 der Meldung) wurden ignoriert. Damit stellen die berechneten HHI-Werte eine Untergrenze dar. Werden die übrigen Marktteilnehmer mitberücksichtigt, verändern sich die HHI-Werte indes nur geringfügig. Zudem ist die Veränderung des HHI (« $\Delta$ HHI») davon nicht betroffen, da sich einzig die Marktanteile der Zusammenschlussparteien verändern.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2022/2, 410 Rz 568, [A]/[B]; RPW 2018/4, 895 Rz 170, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 49 Rz 169, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2010/3, 538 Rz 274 f., France Télécom SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/1, 187 Rz 480, Migros/Denner; RPW 2008/3, 453 Rz 274, Heineken/Eichhof; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 68), Rz 48.

<sup>78</sup> Vgl. Meldung, Rz 191; <[www.apgsa.ch/de/ueber-uns/unternehmen/](http://www.apgsa.ch/de/ueber-uns/unternehmen/)> (2.2.2023).

<sup>79</sup> Vgl. Meldung, Rz 191.

<sup>80</sup> Vgl. Meldung, Rz 191.

<sup>81</sup> Vgl. Meldung, Rz 196.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2022/2, 418 Rz 639, [A]/[B]; RPW 2018/4, 896 Rz 177, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 498 Rz 179, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2010/3, 544 Rz 306, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/1, 189 Rz 498, Migros/Denner; RPW 2008/3, 455 Rz 287, Heineken/Eichhof; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 68), Rz 45.

<sup>83</sup> Vgl. RPW 2018/4, 896 Rz 178, AZ Medien/NZZ; MARC IVALDI /BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 26 f., <[www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)> (2.2.2023).

93. Tabelle 5 zeigt, wie sich der schweizweite Markt für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung) gemessen am Umsatz in den Jahren 2019 bis 2021 entwickelt hat. Vom Jahr 2019 zum Jahr 2020 ging das Gesamtmktvolumen um rund [10-20] % zurück. TX und CC Schweiz zusammen verloren in dieser Zeitspanne rund [0-10] Prozentpunkte an Marktanteil. Demgegenüber konnten die Konkurrenten APG und Livesystems in dieser Zeitspanne ihre Marktanteile trotz Umsatzrückgangs um rund [0-10] bzw. [0-10] Prozentpunkte ausbauen. Die Marktanteile von TP Publicité SA blieben praktisch unverändert.

94. Vom Jahr 2020 zum Jahr 2021 erhöhte sich das Gesamtmktvolumen um rund [0-10] %. TX und CC Schweiz zusammen konnten in dieser Zeitspanne ihren Marktanteil um rund [0-10] Prozentpunkte steigern, während APG rund [0-10] Prozentpunkte an Marktanteil verlor. Livesystems konnte ihren Marktanteil nochmals um rund [0-10] Prozentpunkte erhöhen. Die Marktanteile von TP Publicité SA blieben wiederum praktisch unverändert.

95. Tabelle 5 zeigt somit, dass zwischen den Wettbewerbern in den Jahren 2019 bis 2021 gewisse Marktanteilsverschiebungen stattgefunden haben.

| Jahr | Gesamtmarkt | TX und CC Schweiz |           | APG         |           | Livesystems |          | TP Publicité SA |          |
|------|-------------|-------------------|-----------|-------------|-----------|-------------|----------|-----------------|----------|
|      |             | [...]             | [20-30] % | [...]       | [50-60] % | [...]       | [0-10] % | [...]           | [0-10] % |
| 2021 | [...]       | [...]             | [20-30] % | [...]       | [50-60] % | [...]       | [0-10] % | [...]           | [0-10] % |
| Δ    | + [0-10] %  | + [10-20] %       | + [0-10]  | + [0-10] %  | - [0-10]  | + [20-30] % | + [0-10] | - [0-10] %      | - [0-10] |
| 2020 | [...]       | [...]             | [20-30] % | [...]       | [50-60] % | [...]       | [0-10] % | [...]           | [0-10] % |
| Δ    | - [10-20] % | - [20-30] %       | - [0-10]  | - [10-20] % | + [0-10]  | - [10-20] % | + [0-10] | - [20-30] %     | - [0-10] |
| 2019 | [...]       | [...]             | [20-30] % | [...]       | [50-60] % | [...]       | [0-10] % | [...]           | [0-10] % |

Tabelle 5: Entwicklung Gesamtmarkt und Marktanteile (in tsd. Fr.)<sup>84</sup>

96. Gemäss Meldung seien die OOH-Märkte im Jahr 2021 trotz eines vorübergehenden Rückgangs des Marktvolumens infolge der COVID-19-Pandemie bereits wieder gewachsen. Damit setze sich der seit Jahren bestehende Trend des wachsenden Marktes fort, und auch für die Zukunft sei mit weiterem Wachstum zu rechnen. Dieses Marktwachstum werde - gerade im stark wachsenden Bereich der DOOH-Werbung - auch künftig neue Anbieter anlocken, was eine Kollusion zwischen TX und APG verunmöglichen werde. Zudem dürfe die laufende Transformation von analog zu digital insbesondere Livesystems erlauben, seine Marktstellung weiter auszubauen. Hinzu komme, dass sich der Markt im Umbruch befinde: Klassische analoge Plakatwerbung werde (zumindest teilweise) durch DOOH-Werbung abgelöst. Dieser Prozess habe vor einigen Jahren eingesetzt und sei nun in vollem Gang. Damit befinde sich der OOH-Bereich in einer Phase der grundlegenden Veränderung, in der verschiedene Anbieter die Transformation zu DOOH-Werbung sehr erfolgreich meisterten, während anderen Anbietern die Umstellung nicht ganz so einfach falle. Die einzelnen OOH-Unternehmen stünden in diesem Prozess der Transformation hin zur DOOH-Werbung keineswegs alle am gleichen Punkt. Die Unterschiede hängten auch mit den unterschiedlichen Portfolios der Unternehmen zusammen, weshalb auch künftig keine Angleichung zu erwarten sei (vgl. vorne Rz 88). Dies und die generell unterschiedlichen Geschwindigkeiten der Transformation bei den verschiedenen OOH-Unternehmen würden ein koordiniertes und stabiles Gleichgewicht verhindern.<sup>85</sup>

97. Die Meldung weist weiter darauf hin, dass mit der Umstellung von analog (Plakat) auf digital (Screen) der damit erzielbare Werbeumsatz regelmässig massiv gesteigert werden könne. CC Schweiz gehe davon aus, dass mit der Digitalisierung einer Werbefläche der Umsatz im Durchschnitt um den [...] gesteigert werden kön-

ne, wobei der Faktor für eine konkrete Fläche massgeblich von deren Standort abhängt und entsprechend stark schwanke. Angesichts der stark unterschiedlichen Flächenportfolios von APG einerseits und TX/CC Schweiz andererseits und der unterschiedlichen Geschwindigkeiten bei der Digitalisierung habe die fortschreitende Digitalisierung das Potential, die bestehenden Ungleichheiten zwischen den Unternehmen noch zu potenzieren. Entsprechend gross sei das Wachstumspotential für ein OOH-Unternehmen, das heute (noch) primär über analoge Flächen verfüge. Da das Verhältnis analog/digital bei den OOH-Unternehmen unterschiedlich sei, bestünden auch in Bezug auf diese Wachstumspotentiale grosse Unterschiede, was für zusätzliche Unsicherheit und Marktdynamik Sorge.<sup>86</sup> Es sei ausserdem mit weiteren Innovationsschüben, z. B. in Bezug auf Buchungs- und Abwicklungsmöglichkeiten zu rechnen, sowohl im analogen wie im digitalen Bereich. Das «digitale Potenzial» werde generell als gross eingeschätzt, da der überwiegende Teil der OOH-Werbung immer noch analog sei.<sup>87</sup>

98. Auch wenn die zu beobachtenden Marktanteilsverschiebungen der letzten drei Jahre zu einem grossen Teil auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie zurückzuführen sein dürften, kann auch aufgrund der Angaben in der Meldung nicht von einem grundsätzlich eher statischen Marktumfeld ausgegangen werden. Es ist von einem mit gewissen Unsicherheiten verbundenen Markt auszugehen. Dabei ist auch anzumerken, dass es

<sup>84</sup> Vgl. Meldung, Beilage 28.

<sup>85</sup> Vgl. Meldung, Rz 193 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Meldung, Rz 197 f.

<sup>87</sup> Vgl. Meldung, Rz 148 ff.

sich beim drittgrössten Marktteilnehmer Livesystems seit 1. Juli 2021 um eine Konzerngesellschaft der Schweizerischen Post handelt. Aufgrund der Verlautbarungen der Post ist davon auszugehen, dass diese bzw. Livesystems bestrebt ist ihr Marktengagement auszubauen.<sup>88</sup> Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass das Marktwachstum den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt.

#### d. Markttransparenz

99. Die Literatur erachtet eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.<sup>89</sup>

100. In der Meldung wird dazu ausgeführt, dass zwar einzelne OOH-Unternehmen Brutto-Preislisten (z. T. inkl. Standardrabatte) veröffentlichen würden. [...] Die letztlich bezahlten Netto-Preise würden von den OOH-Unternehmen mit den Werbetreibenden bzw. den Medienagenturen individuell verhandelt. [...] Bei TX liege diese Differenz bei über [...]. Diese Differenz kenne immer nur das jeweilige Unternehmen und sie sei den Konkurrenten nicht bekannt. Zudem handle es sich bei den genannten Werten nur um Durchschnittswerte. Die konkret ausgehandelten Preisnachlässe könnten davon abweichen. Da die Nettopreise individuell verhandelt würden, bestehe keine Markttransparenz.<sup>90</sup>

101. Gemäss Meldung verhindere zudem die Art und Weise, wie OOH-Unternehmen die Preise festsetzten, eine kollusive Preisabstimmung von vornherein: Die Preise würden nicht in Abhängigkeit von - ohnehin nicht bekannten - Nettopreisen der Wettbewerber bestimmt, sondern dynamisch nach vorhandener Kapazität mit dem Ziel die Profitabilität jeder einzelnen Fläche zu maximieren. Erwarte ein Unternehmen, dass eine Werbefläche (insb. Screens) zu einem bestimmten Zeitpunkt gut gebucht sei, [...]. Die Preisgestaltung sei mit derjenigen von Hotels vergleichbar: Lange im Voraus und in Erwartung grosser Nachfrage (d. h. hoher Belegung) würden höhere Preise verlangt, kurzfristig würden die nicht belegten Zimmer schliesslich zu deutlich günstigeren Preisen angeboten.<sup>91</sup>

102. Hinzu komme, dass verschiedene Anbieter (so z. B. TX/Neo Advertising) den Werbekunden die Flächen sogar kostenlos zur Verfügung stellen würden. Auf digitalen Flächen erhalte der Werbekunde sog. «Freespace», z. B. indem seine Werbung als «Füller» kostenlos zwischen bezahlter Werbung geschaltet werde. Bei den analogen Flächen werde «Freespace» z. B. dadurch gewährt, dass ein Plakat nach der bezahlten Periode kostenlos hängen bleibe (sog. «Durchhang»). An weniger frequentierten Lagen könnten die Flächen z. B. bei TX/ Neo Advertising pro Jahr bis zu [...] mit einem kostenlosen Durchhang belegt sein und selbst an stark frequentierten Lagen könnten Werbekunden während [...] in den Genuss eines kostenlosen Durchhangs kommen. Dies führe dazu, dass eine konkrete Fläche (analog und digital) den Werbekunden z. T. zum Preis [...] werde, während die Werbekunden zu einem anderen Zeitpunkt für die gleiche Fläche den vollen Bruttoreis oder sogar noch mehr bezahlten. Mehrheitlich würden die Werbekunden für diese Fläche einen individuell verhandelten Preis bezahlen, der stark schwanke

und irgendwo zwischen diesen Extremen liege. Der individuell verhandelte Preis und der gewährte «Freespace» hängten zudem nicht nur von der Lage und der Belegung der Werbefläche ab, sondern auch von der Buchungsart des Werbekunden (z. B. Buchung von individuell ausgewählten Flächen vs. Buchung von vorkonfigurierten Produkten, die eine Kombination von Fläche enthalten; repetitive vs. einmalige Buchung) und vom Umfang der vom Werbetreibenden gebuchten Kampagne. An einen anderen Werbekunden (der z. B. einen geringeren Kampagnenumfang bucht) oder zu einem anderen Zeitpunkt könne die gleiche Fläche zu einem vollkommen anderen Nettopreis verkauft werden.<sup>92</sup>

103. Diese dynamische Preisfestsetzung führe dazu, dass der Preis für eine bestimmte Plakatfläche je nach Saison und für einen bestimmten Screen auch je nach Wochentag (Werktag vs. Wochenende) und sogar je nach Tageszeit sehr unterschiedlich sein könne. [...] Diese Differenzen seien massiv. So unterscheide sich z. B. bei CC Schweiz der generierte Werbeumsatz mit dem gleichen Screen an einer guten Passantenlage zwischen dem «tiefsten» und dem «höchsten» Monat um einen [...] und zusätzlich variere dieser Umsatz auch noch im Tagesverlauf um einen [...]. Diese Faktoren seien keineswegs gleich für alle Werbeflächen, sondern variierten stark abhängig vom Standort der konkreten Werbefläche.<sup>93</sup>

104. Die Meldung führt weiter aus, auch die Art der gewährten Rabatte sei unterschiedlich; so könne APG aufgrund ihrer Marktposition und ihres riesigen und sehr heterogenen Portfolios komplexe Rabattsysteme für Kombinationen von Buchungen vorsehen, die anderen Anbietern nicht offenständen und die erheblich zur Intransparenz der Preise beitragen würden. Da die Nettopreise nicht öffentlich seien, nach unterschiedlichen Konzepten bestimmt und dynamisch je nach Verfügbarkeit der Werbeflächen im jeweiligen Portfolio eines OOH-Unternehmens verändert würden, fehle es vollumfänglich an der Markttransparenz zu Preisen. Eine Kollusion zur Preisgestaltung sei in diesem Markt ausgeschlossen: Bereits die Bruttoreise der einzelnen Werbeflächen unterschieden sich je nach Standort massiv. Bei rund 160 000 Werbeflächen von APG und rund [...] Werbeflächen von TX/CC Schweiz sei ein kollusives Verhalten zu all diesen Preisen *per se* undenkbar. Hinzu komme, dass der Preis für jede einzelnen Werbefläche

<sup>88</sup> Vgl. Medienmitteilung der Schweizerischen Post vom 1.7.2021 <[www.post.ch/de/ueber-uns/aktuell/2021/die-post-staerkt-ihr-angebot-durch-investitionen-und-akquisitionen](http://www.post.ch/de/ueber-uns/aktuell/2021/die-post-staerkt-ihr-angebot-durch-investitionen-und-akquisitionen)> (2.2.2023); vgl. auch Meldung, Rz 156.

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2018/4, 897 Rz 182, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 499 f. Rz 187, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 456 Rz 293, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, *Industrial Organization – Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2011, 361 f.; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE (Fn 83), 22 ff.; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 68), Rz 47 und 49 f.

<sup>90</sup> Vgl. Meldung, Rz 200 f.

<sup>91</sup> Vgl. Meldung, Rz 203.

<sup>92</sup> Vgl. Meldung, Rz 204 f.

<sup>93</sup> Vgl. Meldung, Rz 206 f.

über das Jahr (Saisons) erheblich schwanken und bei DOOH die Preise für die gleiche Werbefläche sogar noch abhängig vom Wochentag und der Tageszeit verschieden sein könnten.<sup>94</sup>

105. Im Rahmen der summarischen Sachverhaltsfeststellung in der vorläufigen Prüfung<sup>95</sup> sind keine Umstände ersichtlich, welche die Angaben in der Meldung als unzutreffend erscheinen liessen. Es ist mithin nicht von einer hohen Markttransparenz auszugehen, welche die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigen würde.

#### e. Multimarktbeziehungen

106. Multimarktbeziehungen können gemäss Literatur unter bestimmten Umständen (Asymmetrien auf den Drittmärkten) kollusives Verhalten begünstigen.<sup>96</sup>

107. Gemäss Meldung würden TX/CC Schweiz und APG nur gerade im Bereich der OOH-Werbung aufeinandertreffen. TX sei daneben aber in einer Vielzahl weiterer Märkte (Medien und Werbung) aktiv, auf denen keine Beziehungen zu APG bestehen würden.<sup>97</sup>

108. Tatsächlich kann höchstens bei CC Schweiz und APG von symmetrischen Tätigkeiten ausgegangen werden. Das Produktportfolio von TX ist stark umfangreicher als dasjenige von APG. TX und APG werden sich nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einzig auf den OOH-Märkten begegnen, was nur einen kleinen Teil der Tätigkeiten von TX ausmacht. Deshalb sind die Multimarktbeziehungen eher gering und werden durch den Zusammenschluss nicht verstärkt.

109. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass Multimarktbeziehungen den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigen.

#### f. Stellung der Marktgegenseite

110. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.<sup>98</sup>

111. Gemäss Meldung bestünde die Marktgegenseite der OOH-Unternehmen einerseits aus den Werbetreibenden, die - gerade im Bereich OOH - in aller Regel von einer professionellen Medienagentur beraten/vertreten würden. OOH-Werbung werde in erster Linie von grossen national oder international tätigen Konzernen genutzt. So gehörten in der Schweiz z. B. Migros, Coop und Swisscom aber auch die grossen internationalen Hersteller (wie z. B. BMW, Mercedes etc.) oder die Markenartikelhersteller (z. B. Coca-Cola, Beiersdorf etc.) zu den wichtigsten Werbetreibenden im Bereich der OOH-Werbung. Andererseits seien die Inhaber der Werbeflächen die Marktgegenseite der OOH-Unternehmen. Dabei handle es sich z. B. um Städte, die SBB, andere Verkehrsunternehmen, Betreiber von Einkaufszentren oder Flughäfen, Tankstellenketten sowie die grossen Immobiliengesellschaften, die über eine entsprechende

Zahl von OOH-Werbeflächen und damit über eine starke Marktstellung verfügten. Insbesondere die grösseren Städte, die SBB und Flughäfen verfügten über eine sehr starke Stellung, da ihre Flächen bei allen OOH-Unternehmen sehr begehrt seien. Zudem machten die Umsätze, welche die Inhaber der Werbeflächen mit der Überlassung dieser Flächen erwirtschaften würden, nur einen äusserst geringen Teil ihrer Gesamtumsätze aus (im tiefen einstelligen Prozentbereich geschätzt). Die Inhaber der Werbeflächen seien somit nicht auf die Überlassung letzterer angewiesen, was ihre Verhandlungsposition gegenüber den OOH-Unternehmen zusätzlich stärke. Auf beiden Seiten sei damit von einer starken Stellung der Marktgegenseite auszugehen.<sup>99</sup>

112. Auf der Seite der hier relevanten Marktgegenseite, der Werbetreibenden (vgl. vorne Rz 43), kann zwar prima facie nicht von einem hohen Konzentrationsgrad die Rede sein. Dennoch ist bei den in der Meldung genannten Werbetreibenden (vgl. vorne Rz 111) von durchaus finanzstarken Unternehmen auszugehen. Ob diese Finanzkraft ausreicht, TX und APG in Verhandlungen zu disziplinieren, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Insgesamt bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG stark begünstigt.

#### g. Potenzielle Konkurrenz

113. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>100</sup>

114. Gemäss Meldung seien die Kosten, um als OOH-Unternehmen in den Markt einzutreten, vergleichsweise gering, weil dafür keine teure Infrastruktur erworben werden müsse. Dies gelte insbesondere für regional tätige OOH-Unternehmen, die mit ein paar Plakatwänden oder Screens rasch und kostengünstig in den Markt

<sup>94</sup> Vgl. Meldung, Rz 208 ff.

<sup>95</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 4.2.1 f. und 5.1, A AG/WEKO.

<sup>96</sup> Vgl. RPW 2022/2, 417 Rz 630, [A]/[B]; RPW 2018/4, 897 Rz 186, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 500 Rz 191, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2008/1, 189 Rz 505, Migros/Denner; RPW 2008/3, 457 Rz 300, Heineken/Eichhof; RPW 2010/3, 550 Rz 342, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; MARCIVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE (Fn 83), 48 ff.

<sup>97</sup> Vgl. Meldung, Rz 222.

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2022/2, 422 Rz 670, [A]/[B]; RPW 2018/4, 897 Rz 189, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 500 Rz 196, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2008/1, 199 Rz 584, Migros/Denner; RPW 2008/3, 457 Rz 304, Heineken/Eichhof; RPW 2010/3, 552 Rz 358, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; MARCIVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE (Fn 83), 53; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 145; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 68), Rz 57 und 64 ff.

<sup>99</sup> Vgl. Meldung, Rz 219 ff.

<sup>100</sup> Vgl. RPW 2022/2, 423 Rz 688, [A]/[B]; RPW 2018/4, 898 Rz 193, AZ Medien/NZZ; RPW 2015/3, 501 Rz 203, Tamedia/ricardo.ch; RPW 2008/1, 205 Rz 650, Migros/Denner; RPW 2008/3, 458 Rz 311, Heineken/Eichhof; RPW 2010/3, 555 Rz 374, France Télécom SA/Sunrise Communications AG; MARCIVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE (Fn 83), 53; MASSIMO MOTTA (Fn 98), 143 f.; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 68), Rz 45, 56 f. und 69 ff.

eintreten könnten. Gerade im Bereich der zukunftssträchtigen DOOH-Werbung seien die Marktzutrittsschranken tief, da durch den Anschluss der Screens an eine SSP diese weitgehend automatisiert - auch ohne eigenes Verkaufsteam - vermarktet werden könnten.<sup>101</sup>

115. Nach Angaben in der Meldung sei das OOH-Unternehmen Livesystems vor rund fünf Jahren in den Markt eingetreten (Gründung gemäss Handelsregister im Jahr 2016) und habe sich in kurzer Zeit erfolgreich im Markt etabliert. Livesystems sei es innert kurzer Zeit gelungen, einen beachtlichen Marktanteil von [0-10] % (Gesamtschweiz) zu erlangen. Damit habe Livesystems die zur TX-Gruppe gehörende Neo Advertising nicht nur innert weniger Jahre überholt, sondern deutlich distanziert (Marktanteil Neo Advertising Gesamtschweiz [0-10] %). Selbst während der für OOH-Unternehmen sehr schwierigen Zeit der COVID-19-Pandemie habe Livesystems seinen Marktanteil weiter steigern können. Damit belege das Beispiel Livesystems, dass die Marktzutrittsschranken im OOH-Bereich relativ tief seien und ein Markteintritt rasch und erfolgreich realisiert werden könne. Dies decke sich auch mit der Einschätzung der WEKO, die in ihren Entscheiden festhalte, dass im Bereich der OOH-Werbung eine Vielzahl von weiteren OOH-Unternehmen tätig seien.<sup>102</sup>

116. Ähnlich sei, so die Meldung weiter, die Entwicklung von Horizon, dem OOH-Unternehmen der ESH Médias Gruppe, verlaufen, das in den letzten Jahren ein erhebliches Marktwachstum habe verzeichnen können. Seit 2018 vermarkte Horizon die Flächen in Monthey und von «Transport Martigny Region», seit 2021 die Flächen des Kantons Wallis und seit 2022 die Flächen der Stadt Sitten. Gelungen sei dies Horizon, indem das Unternehmen bei öffentlichen Ausschreibungen obsiegt habe. Damit sei Horizon auch ein Beleg dafür, dass öffentliche Ausschreibungen für tiefe Marktzutrittsschranken sorgen würden. Zudem zeige das Beispiel Horizon, dass ein Marktzutritt häufig lokal starte, sich dann auf die Region und evtl. sogar auf die ganze Schweiz ausweite. Zu erinnern sei in diesem Zusammenhang auch an Neo Advertising, die als kleiner Anbieter in der Region Genf begonnen habe und heute fast in der ganzen Schweiz tätig sei.<sup>103</sup>

117. Gemäss Meldung sei angesichts der tiefen Marktzutrittsschranken jederzeit mit weiteren Marktzutritten zu rechnen. Kürzlich habe Google angekündigt, in den Bereich der DOOH-Werbung einzusteigen. Angesichts der enormen Marktmacht von Google und der Erfahrungen aus der Online-Werbung sei davon auszugehen, dass Google sich sehr rasch auch in diesem Bereich etablieren werde. Zudem eröffne der Markteintritt von Google auch neue Perspektiven für kleine und mittlere OOH-Unternehmen, die sich an die Google-Plattform anbinden könnten und damit auch für Grosskunden einfach buchbar würden, ohne dass die OOH-Unternehmen dafür ein entsprechendes Verkaufsteam aufbauen müssten. Nach wie vor sei der grösste Teil der OOH-Flächen in der Schweiz analog und die Transformation zu digitalen Flächen werde in den kommenden Jahren voranschreiten. Dieser Trend senke die Marktzutrittsschranken deutlich, da die für analoge OOH-Werbung typischen Kosten (Logistik, Fahrzeuge, Personal für das

regelmässige Wechseln der Plakate) bei DOOH-Werbung entfallen würden.<sup>104</sup>

118. Weiter wird in der Meldung geltend gemacht, dass die öffentliche Hand (einschliesslich der Verkehrsunternehmen und Flughäfen) und die grösseren Immobiliengesellschaften ihre Flächen, die sich für OOH-Werbung eignen, periodisch im Rahmen von Ausschreibungen neu vergeben würden. Dies Sorge einerseits für tiefe Marktzutrittsschranken. Andererseits implizierten die periodischen Ausschreibungen aber auch, dass alle etablierten Wettbewerber ihre Marktstellung mit dem Gewinn einer grossen Ausschreibung deutlich ausbauen könnten (man denke z. B. an den Zuschlag mehrerer Lose in der Stadt Zürich oder des Flughafens Genf). Das Gleiche gelte aber auch in die umgekehrte Richtung: Ein OOH-Unternehmen, das aktuell über attraktive Flächen verfüge, müsse bei jeder Neu-Ausschreibung mit dem Verlust dieser Flächen rechnen, wenn es nicht erneut das beste Angebot einreiche. Die öffentlichen Ausschreibungen von Werbeflächen führten dazu, dass sich das Portfolio der einzelnen Anbieter laufend und stark verändere. So seien z. B. bei CC Schweiz allein zwischen 2016 und 2019 rund [20-30] % des Portfolios an Werbeflächen umgeschichtet worden. Auch die Verträge mit Eigentümern privaten Grunds würden regelmässig zur Erneuerung fällig. Bei CC Schweiz ständen z. B. [...]. Hinzu komme die grosse Zahl von Eigentümern von Flächen, mit denen die OOH-Unternehmen typischerweise Vertragsbeziehungen hätten und mit denen sie die Vertragskonditionen bei jeder Erneuerung individuell verhandeln oder in der Ausschreibung obsiegen müssten. Allein diese grosse Zahl verunmögliche eine Kollusion gegenüber den Anbietern von Werbeflächen. So verfüge z. B. bereits das kleine OOH-Unternehmen Neo Advertising über mehr als [...] Vertragspartner für die Nutzung von Flächen. Bei APG dürfte diese Zahl um ein Vielfaches höher liegen. Ein koordiniertes und stabiles Gleichgewicht zweier Anbieter, wie es für eine kollektive Marktbeherrschung unabdingbar wäre, sei bei dieser Konstellation ausgeschlossen. Vielmehr würden die regelmässigen Ausschreibungen auch die etablierten Anbieter immer wieder in den Wettbewerb zwingen.<sup>105</sup>

119. Aufgrund der vorhandenen Informationen lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob tiefe, kollusives Verhalten erschwerende Markteintrittsbarrieren bestehen. Zwar scheint es in der jüngeren Vergangenheit tatsächlich einige (wenige) erfolgreiche Markteintritte gegeben zu haben. Diese besagen indes noch nicht, dass die

<sup>101</sup> Vgl. Meldung, Rz 164 f.

<sup>102</sup> Vgl. Meldung, Rz 153 ff.

<sup>103</sup> Vgl. Meldung, Rz 157 f.

<sup>104</sup> Vgl. Meldung, Rz 160 ff.

<sup>105</sup> Vgl. Meldung, Rz 225 ff.

Marktzutrittsbarrieren gemessen an den erzielbaren Gewinnmargen tatsächlich tief sind. Sodann ist der Meldung nicht zu entnehmen, wie viele der relevanten Werbeflächen einer Ausschreibung unterliegen. So ist auch darauf hinzuweisen, dass die in der Meldung genannte öffentliche Hand nicht nur aus grossen Städten und Verkehrsunternehmen besteht, sondern auch kleinen und kleinsten Gemeinden. Bei Letzteren ist im Zweifel wohl eher nicht von aufwändigen Ausschreibungsverfahren auszugehen. Zudem ist festzustellen, dass die Meldung nebst Google keine konkreten Unternehmen nennt, welche für einen möglichen Markteintritt in Frage kämen. Bei Google handelt es sich um ein finanzstarkes, im digitalen Bereich bereits etabliertes Unternehmen. Dies lässt keinen Schluss zu, dass die Markteintrittsbarrieren tief wären. Weiter ist festzustellen, dass die in der Meldung vorgebrachten Wechsel aufgrund von Ausschreibungen grossmehrheitlich unter den drei grössten Marktteilnehmern APG, TX/CC Schweiz und Livesystems erfolgen.<sup>106</sup> Die Situation dürfte sich schliesslich in den verschiedenen regionalen Märkten unterschiedlich darstellen.

120. Insgesamt ist die potenzielle Konkurrenz als eher schwach zu qualifizieren. Folglich bestehen gewisse Hinweise, welche das Vorhandensein einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG tendenziell begünstigen.

### III. Zwischenergebnis

121. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem schweizweiten Markt für OOH-Werbung begründet oder verstärkt.

122. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt lediglich der Faktor der potenziellen Konkurrenz den Anreiz und die Möglichkeit einer solchen. Insgesamt überwiegen jedoch die Faktoren, welche nicht auf eine mögliche kollektive Marktbeherrschung schliessen lassen. TX und APG werden aufgrund des Zusammenschlussvorhabens nicht bedeutend symmetrischer. Eine allfällige Verringerung von Unterscheidungsmöglichkeiten im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter ist, wenn überhaupt, von untergeordneter Bedeutung. Unter diesen Umständen ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem schweizweiten Markt für OOH-Werbung begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.2. Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz

#### I. Aktueller Wettbewerb

123. Tabelle 6 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                  |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|------------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | VBZ TrafficMedia |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |

Tabelle 6: Marktanteile Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>107</sup>

124. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [20-30] Prozentpunkten.

125. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Zwar konnte TX ihren Marktanteil im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 steigern; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [50-60] % im Jahr 2019 auf [50-60] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Auch VBZ TrafficMedia konnte margin-

nal Marktanteile hinzugewinnen; von [0-10] % auf [0-10] %.

126. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz durch das Zusammenschlussvorhaben.

#### II. Kollektive Marktbeherrschung

127. Wie aus Tabelle 6 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund

<sup>106</sup> Vgl. Meldung, Beilagen 52 und 53.

<sup>107</sup> Vgl. Meldung, Beilage 29.

[50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

**a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration**

128. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 6 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 7). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI als grundsätzlich bedenkenlos ein. Ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch als problematisch erscheinen liessen, kann offengelassen werden (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3285 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3373 |
| $\Delta$ HHI                | 88   |

Tabelle 7: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

129. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich nicht.

**b. Symmetrien**

130. Tabelle 6 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen weniger als [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [20-30] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

131. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

132. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz

und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

**c. Marktwachstum und Innovationen**

133. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

**d. Markttransparenz**

134. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

**e. Multimarktbeziehungen**

135. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

**f. Stellung der Marktgegenseite**

136. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 110 ff. verwiesen werden.

**g. Potenzielle Konkurrenz**

137. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 113 ff. verwiesen werden.

**III. Zwischenergebnis**

138. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz begründet oder verstärkt.

139. In Bezug auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für OOH-Werbung in der Deutschschweiz begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

**B.3.2.2.3. Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne.**

**I Aktueller Wettbewerb**

140. Tabelle 8 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                 |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|-----------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | TP Publicité SA |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]           |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %        |

Tabelle 8: Marktanteile Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>108</sup>

141. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens

einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil



von rund [40-50] % und einem Vorsprung auf TX von rund [20-30] Prozentpunkten.

142. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass in den letzten drei Jahren eine leichte Verschiebung der Marktanteile stattgefunden hat. TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 an Marktanteil eingebüsst; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Demgegenüber konnten APG (von [40-50] % auf [40-50] %) und Livesystems (von [0-10] % auf [0-10] %) ihre Marktanteile steigern. Die Marktanteile der TP Publicité SA gingen leicht von [0-10] % auf [0-10] % zurück.

143. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

144. Wie aus Tabelle 8 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [40-50] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

145. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [60-70] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 8 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 9). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenkenlos ein (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 2588 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 2831 |
| $\Delta$ HHI                | 242  |

Tabelle 9: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

146. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich.

### b. Symmetrien

147. Tabelle 8 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen weniger als [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [20-30] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

148. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

149. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

150. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

151. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

### e. Multimarktbeziehungen

152. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

153. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 110 ff. verwiesen werden.

### g. Potenzielle Konkurrenz

154. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 113 ff. verwiesen werden.

## III. Zwischenergebnis

155. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne begründet oder verstärkt.

156. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt der Faktor der Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer solchen. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.2.4. Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich

#### I. Aktueller Wettbewerb

157. Tabelle 10 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

<sup>108</sup> Vgl. Meldung, Beilage 30.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                  |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|------------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | VBZ TrafficMedia |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [30-40] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]            |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [30-40] %  | [30-40] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %         |

Tabelle 10: Marktanteile Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>109</sup>

158. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [30-40] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [40-50] % und einem Vorsprung auf TX von rund [10-20] Prozentpunkten.

159. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Zwar konnte TX ihren Marktanteil im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 steigern; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [30-40] % auf [30-40] % zurück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [40-50] % im Jahr 2019 auf [40-50] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Auch VBZ TrafficMedia konnte marginal Marktanteile hinzugewinnen; von [0-10] % auf [0-10] %.

160. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

161. Wie aus Tabelle 10 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [40-50] % aufweisen und TX einen solchen von rund [30-40] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

162. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 10 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 11). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI als grundsätzlich bedenkenlos ein. Ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch als problematisch erscheinen liessen, kann offengelassen werden (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3013 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3112 |
| ΔHHI                        | 99   |

Tabelle 11: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

163. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich nicht.

### b. Symmetrien

164. Tabelle 10 zeigt, dass der Marktanteil von TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 ungefähr [...] des Marktanteils von APG entsprechen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [10-20] Prozentpunkten auf TX auf. Auch wenn die Verhältnisse auf diesem Markt damit etwas ausgeglichener ausfallen als in den anderen relevanten Märkten, erweisen sich auch hier die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

165. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

166. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

167. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

168. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

<sup>109</sup> Vgl. Meldung, Beilage 31.

### e. Multimarktbeziehungen

169. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

170. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 110 ff. verwiesen werden.

### g. Potenzielle Konkurrenz

171. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 113 ff. verwiesen werden.

### III. Zwischenergebnis

172. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich begründet oder verstärkt.

173. In Bezug auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für OOH-Werbung im Grossraum Zürich begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.2.5. Schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung

#### I. Aktueller Wettbewerb

174. Tabelle 12 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|----------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | Excom Media AG |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |

Tabelle 12: Marktanteile schweizweiter Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>110</sup>

175. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer relativ geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [30-40] Prozentpunkten.

176. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Der Marktanteil von TX hat sich im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 nicht verändert; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [50-60] % im Jahr 2019 auf [50-60] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Der Marktanteil der Excom Media AG hat sich marginal erhöht, verbleibt jedoch unter [0-10] %.

177. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem schweizweiten Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung durch das Zusammenschlussvorhaben.

### II. Kollektive Marktbeherrschung

178. Wie aus Tabelle 12 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an

den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

#### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

179. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 12 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 13). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenkenlos ein (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3305 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3462 |
| $\Delta$ HHI                | 157  |

Tabelle 13: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

<sup>110</sup> Vgl. Meldung, Beilage 38.

180. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich.

#### b. Symmetrien

181. Tabelle 13 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen weniger als [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [30-40] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

182. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

183. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

#### c. Marktwachstum und Innovationen

184. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

#### d. Markttransparenz

185. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

#### e. Multimarktbeziehungen

186. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

#### f. Stellung der Marktgegenseite

187. Auf der Seite der hier relevanten Marktgegenseite, der Inhaber von Standorten für OOH-Werbung (vgl. vorne Rz 60 f.), ist von einer eher starken Marktgegenseite auszugehen. So schreiben z. B. Städte, die SBB, Flughäfen oder grössere Immobiliengesellschaften ihre Werbeflächen periodisch neu aus. Damit werden die Anbieter

regelmässig in den Wettbewerb gegeneinander gezwungen (vgl. vorne Rz 110 ff.).

188. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Stellung der Marktgegenseite den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt.

#### g. Potenzielle Konkurrenz

189. Aufgrund der Angaben in der Meldung kann zwar darauf geschlossen werden, dass es auf Seite der Absatzkanäle zu regelmässigen Neuausschreibungen kommt (vgl. vorne Rz 118). Dies spräche in erster Linie jedoch lediglich für eine regelmässige Änderung der Marktanteile der aktuellen Marktteilnehmer und nicht zwingend für tiefe Markteintrittsbarrieren.

190. Es kann hier deshalb auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 113 ff. verwiesen werden.

#### III. Zwischenergebnis

191. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem schweizweiten Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung begründet oder verstärkt.

192. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt der Faktor der Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer solchen. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem schweizweiten Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.6. Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz

#### I. Aktueller Wettbewerb

193. Tabelle 14 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |              |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|--------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | FOR-MAT12 AG |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %     |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %     |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]        |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %     |

Tabelle 14: Marktanteile Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>111</sup>

<sup>111</sup> Vgl. Meldung, Beilage 39.

194. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [20-30] Prozentpunkten.

195. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Der Marktanteil von TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 zugenommen; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [50-60] % im Jahr 2019 auf [50-60] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Der Marktanteil der FORMAT 12 AG hat sich marginal erhöht, verbleibt jedoch unter [0-10] %.

196. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

197. Wie aus Tabelle 14 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

198. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 14 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 15). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI als grundsätzlich bedenkenlos ein. Ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch als problematisch erscheinen liessen, kann offengelassen werden (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3419 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3511 |
| $\Delta$ HHI                | 91   |

Tabelle 15: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

199. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich nicht.

### b. Symmetrien

200. Tabelle 14 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen weniger als [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [20-30] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

201. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

202. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

203. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

204. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

### e. Multimarktbeziehungen

205. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

206. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 187 f. verwiesen werden.

### g. Potenzielle Konkurrenz

207. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 189 f. verwiesen werden.

## III. Zwischenergebnis

208. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz begründet oder verstärkt.

209. In Bezug auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der Deutschschweiz begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.7. Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz

#### I. Aktueller Wettbewerb

210. Tabelle 16 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |            |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | Horizon SA |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [50-60] %    | [10-20] %   | [0-10] %   |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %   |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %   |

Tabelle 16: Marktanteile Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>112</sup>

211. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [30-40] Prozentpunkten.

212. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass in den letzten drei Jahren eine leichte Verschiebung der Marktanteile stattgefunden hat. TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 an Marktanteil eingebüsst; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Demgegenüber konnten APG (von [50-60] % auf [50-60] %) und Livesystems (von [0-10] % auf [10-20] %) ihre Marktanteile steigern. Die Marktanteile der Horizon SA blieben praktisch unverändert.

213. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

214. Wie aus Tabelle 16 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [10-20] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

215. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 16 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 17). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenkenlos ein (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3194 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3403 |
| ΔHHI                        | 209  |

Tabelle 17: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

216. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich.

### b. Symmetrien

217. Tabelle 16 zeigt, dass der Marktanteil von TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 etwas mehr als [...] des Marktanteils von APG entsprechen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [30-40] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

218. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

219. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

220. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

221. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

### e. Multimarktbeziehungen

222. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

223. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 187 f. verwiesen werden.

### g. Potenzielle Konkurrenz

224. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 189 f. verwiesen werden.

<sup>112</sup> Vgl. Meldung, Beilage 40.

### III. Zwischenergebnis

225. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz begründet oder verstärkt.

226. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt der Faktor der Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer solchen. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden.

Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung in der französischsprachigen Schweiz begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

#### B.3.2.2.8. Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne

##### I. Aktueller Wettbewerb

227. Tabelle 18 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |            |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | Horizon SA |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %   |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [0-10] %   | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %   |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]      |
|      | MA          | 100 %       | [10-20] %               | [10-20] %  | [20-30] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %   |

Tabelle 18: Marktanteile Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>113</sup>

228. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [20-30] Prozentpunkten.

229. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass in den letzten drei Jahren eine leichte Verschiebung der Marktanteile stattgefunden hat. TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 an Marktanteil eingebüsst; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Demgegenüber konnten APG (von [40-50] % auf [50-60] %) und Livesystems (von [0-10] % auf [0-10] %) ihre Marktanteile steigern. Die Marktanteile der Horizon SA blieben praktisch unverändert.

230. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne durch das Zusammenschlussvorhaben.

231. Wie aus Tabelle 18 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

##### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

232. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 18 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 19). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI nicht mehr als bedenkenlos ein (vgl. Rz 82).

233. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich.

##### b. Symmetrien

234. Tabelle 18 zeigt, dass TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 einen rund [...] so grossen Marktanteil wie APG aufweisen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [20-30] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

<sup>113</sup> Vgl. Meldung, Beilage 41.

235. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 2935 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3215 |
| $\Delta$ HHI                | 280  |

Tabelle 19: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

236. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

237. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

238. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

### e. Multimarktbeziehungen

239. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

240. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 187 f. verwiesen werden.

## h. Potenzielle Konkurrenz

241. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 189 f. verwiesen werden.

## III. Zwischenergebnis

242. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne begründet oder verstärkt.

243. In Bezug auf eine kollektive Marktbeherrschung durch TX und APG begünstigt der Faktor der Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer solchen. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Genf/Lausanne begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

### B.3.2.2.9. Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich

#### I. Aktueller Wettbewerb

244. Tabelle 20 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|----------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | Excom Media AG |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [30-40] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [30-40] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [30-40] %  | [30-40] % | [40-50] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |

Tabelle 20: Marktanteile Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>114</sup>

245. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [30-40] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [40-50] % und einem Vorsprung auf TX von rund [10-20] Prozentpunkten.

246. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Der Marktanteil von TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 zugenommen; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [30-40] % auf [30-40] % zu-

rück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [40-50] % im Jahr 2019 auf [40-50] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Der Marktanteil der Excom Media AG hat sich marginal erhöht, verbleibt jedoch unter [0-10] %.

<sup>114</sup> Vgl. Meldung, Beilage 42.



247. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

248. Wie aus Tabelle 20 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [40-50] % aufweisen und TX einen solchen von rund [30-40] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

249. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 20 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 21). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI als grundsätzlich bedenkenlos ein. Ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch als problematisch erscheinen liessen, kann offengelassen werden (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3218 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3323 |
| $\Delta$ HHI                | 105  |

Tabelle 21: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

250. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich nicht.

### b. Symmetrien

251. Tabelle 20 zeigt, dass der Marktanteil von TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 ungefähr [...] des Marktanteils von APG entsprechen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [10-20] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

252. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

253. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

254. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

255. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

### e. Multimarktbeziehungen

256. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

### f. Stellung der Marktgegenseite

257. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 187 f. verwiesen werden.

### g. Potenzielle Konkurrenz

258. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 189 f. verwiesen werden.

## III. Zwischenergebnis

259. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich begründet oder verstärkt.

260. In Bezug auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Zürich begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

## B.3.2.2.10. Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel

### I. Aktueller Wettbewerb

261. Tabelle 22 gibt eine Übersicht über die Umsätze und die gerundeten die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

|      |             | Gesamtmarkt | Zusammenschlussparteien |            |           | Wettbewerber |             |                |
|------|-------------|-------------|-------------------------|------------|-----------|--------------|-------------|----------------|
|      |             |             | TX-Gruppe               | CC Schweiz | gemeinsam | APG          | Livesystems | Excom Media AG |
| 2021 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2020 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [10-20] %  | [10-20] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |
| 2019 | in tsd. Fr. | [...]       | [...]                   | [...]      | [...]     | [...]        | [...]       | [...]          |
|      | MA          | 100 %       | [0-10] %                | [20-30] %  | [20-30] % | [50-60] %    | [0-10] %    | [0-10] %       |

Tabelle 22: Marktanteile Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel (exkl. Verkehrsmittelwerbung)<sup>115</sup>

262. Die TX-Gruppe wird gemessen am Umsatz im Jahr 2021 nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich vereinen, wobei es nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt. Grösster Wettbewerber bleibt APG mit einem Marktanteil von rund [50-60] % und einem Vorsprung auf TX von rund [30-40] Prozentpunkten.

263. Hinsichtlich der Marktanteilsentwicklung lässt sich feststellen, dass die Marktanteile in den letzten drei Jahren mehr oder weniger stabil geblieben sind. Der Marktanteil von TX hat im Jahr 2021 verglichen mit dem Jahr 2019 marginal zugenommen; zusammen mit CC Schweiz ging der Marktanteil jedoch von [20-30] % auf [20-30] % zurück. Ebenso fiel der Marktanteil von APG von [50-60] % im Jahr 2019 auf [50-60] % im Jahr 2021. Demgegenüber konnte Livesystems ihren Marktanteil von [0-10] % auf [0-10] % steigern. Der Marktanteil der Excom Media AG hat sich marginal erhöht, verbleibt jedoch unter [0-10] %.

264. Insgesamt bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel durch das Zusammenschlussvorhaben.

## II. Kollektive Marktbeherrschung

265. Wie aus Tabelle 22 ersichtlich ist, wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens APG gemessen an den Umsatzzahlen von 2021 einen Marktanteil von rund [50-60] % aufweisen und TX einen solchen von rund [20-30] %. Drittgrösster Wettbewerber wäre Livesystems mit rund [0-10] % Marktanteil.

### a. Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

266. Nach dem Zusammenschlussvorhaben verfügen APG und TX über einen kumulierten Marktanteil von rund [70-80] %. Dementsprechend bestätigen die aus den Angaben in Tabelle 22 annäherungsweise errechneten HHI-Werte einen hohen Konzentrationsgrad (vgl. Tabelle 23). Die EU-Horizontalleitlinien stufen diese HHI-Werte und das damit verbundene Delta-HHI als grundsätzlich bedenkenlos ein. Ob besondere Umstände vorliegen, welche das Zusammenschlussvorhaben dennoch

als problematisch erscheinen liessen, kann offengelassen werden (vgl. Rz 82).

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| HHI ex ante Zusammenschluss | 3578 |
| HHI ex post Zusammenschluss | 3611 |
| ΔHHI                        | 33   |

Tabelle 23: HHI-Werte vor und nach dem Zusammenschlussvorhaben und Delta-HHI

267. Somit begünstigen die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration, gemessen anhand des HHI sowie dessen Veränderung durch das Zusammenschlussvorhaben, den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX grundsätzlich nicht.

### b. Symmetrien

268. Tabelle 22 zeigt, dass der Marktanteil von TX nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemessen an den Werten aus dem Jahr 2021 etwas mehr als [...] des Marktanteils von APG entsprechen wird. APG weist hier einen Marktanteilsvorsprung von rund [30-40] Prozentpunkten auf TX auf. Damit erweisen sich die Marktanteile von APG und TX nicht als symmetrisch.

269. Im Übrigen kann auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 84 ff. verwiesen werden.

270. Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss zu Symmetrien führt oder bestehende Symmetrien verstärkt, welche den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen.

### c. Marktwachstum und Innovationen

271. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 91 ff. verwiesen werden.

### d. Markttransparenz

272. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 99 ff. verwiesen werden.

<sup>115</sup> Vgl. Meldung, Beilage 43.

*e. Multimarktbeziehungen*

273. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 106 ff. verwiesen werden.

*f. Stellung der Marktgegenseite*

274. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 187 f. verwiesen werden.

*g. Potenzielle Konkurrenz*

275. Es kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in den Randziffern 189 f. verwiesen werden.

## III. Zwischenergebnis

276. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel begründet oder verstärkt.

277. In Bezug auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung kann hier auf die vorangehenden Ausführungen in der Randziffer 122 verwiesen werden. Demnach ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG auf dem Markt für Absatzkanäle für OOH-Werbung im Grossraum Basel begründet oder eine bestehende kollektive Marktbeherrschung verstärkt.

**B.3.2.2.11. Gesamtwürdigung**

278. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu keiner massgeblichen Veränderung der Marktverhält-

nisse, welche eine Einzelmarktbeherrschung durch TX auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten begründet oder verstärkt. APG bleibt auch nach dem Zusammenschluss mit Abstand das umsatzstärkste Unternehmen in allen untersuchten Märkten.

279. In Bezug auf eine etwaige kollektive Marktbeherrschung durch APG und TX begünstigen in einzelnen betroffenen Märkten die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration den Anreiz und die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung durch APG und TX zumindest grundsätzlich. Zudem ist die potenzielle Konkurrenz als eher schwach zu qualifizieren, weshalb gewisse Hinweise bestehen, welche das Vorhandensein einer kollektiven Marktbeherrschung durch TX und APG tendenziell begünstigen. Die übrigen in Betracht gezogenen Faktoren (dabei insbesondere die in mehrfacher Hinsicht geringfügige Symmetrie von TX und APG) ergeben indes insgesamt keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder eine Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch TX und APG.

**B.3.3 Ergebnis**

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

B 2.3

### 3. Medbase/Hirslanden/Luzerner Kantonsspital/Groupe Mutuel/SWICA/Helsana – Bluespace Ventures AG

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Februar 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. Februar 2023*

1. Am 30. Januar 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigten die nachstehend beschriebenen Unternehmen, gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Bluespace Ventures AG (nachfolgend: **Bluespace**) zu übernehmen. Das bisherige Aktionariat der Bluespace soll um ein Unternehmen, die Luzerner Kantonsspital AG (nachfolgend: LUKS), erweitert werden. Die Gründung der Bluespace konnte infolge Beschlusses der WEKO vom 28. März 2022 vollzogen werden.<sup>1</sup> Zu den meldenden Unternehmen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU):

2. Die Medbase AG (nachfolgend: **Medbase**) gehört zur Migros-Gruppe<sup>2</sup> und erbringt Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Daneben hat Medbase die alleinige Kontrolle über die Apotheken der Topwell-Gruppe und ist gemeinsam mit Zur Rose Suisse AG an zwei Gemeinschaftsunternehmen beteiligt: MBZR Apotheken AG und ZRMB Marketplace AG. Medbase ist der WEKO u.a. aus den beiden letzteren Zusammenschlussverfahren bekannt.<sup>3</sup>

3. Die Hirslanden Venture Capital AG (nachfolgend: **Hirslanden**) gehört zur Hirslanden-Gruppe. Die Hirslanden-Gruppe ist die grösste private Spitalkette der Schweiz und ihrerseits eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Mediclinic International plc.<sup>4</sup>

4. Zur LUKS gehören die LUKS Spitalbetrieb AG, die **LUKS** Immobilien AG und die Luzerner Höhenklinik Montana AG. Die LUKS hat einen Leistungsauftrag des Kantons Luzern. Es bietet Leistungen der Akut- und Rehabilitationsmedizin (insbesondere klinische stationäre und ambulante Medizin, Prävention, Diagnostik, Therapie und Palliation) mit Spitalbetrieben in Luzern, Montana, Sursee und Wolhusen an.<sup>5</sup>

5. Die Groupe Mutuel Holding AG (nachfolgend: **Groupe Mutuel**) hält mehrere Gesellschaften, die in den verschiedenen Versicherungsbereichen Gesundheit, Leben, Vermögen und Unternehmen tätig sind. Sie gehört zu den fünf grössten Krankenversicherern der Schweiz und ist ausserdem im Bereich der Gesundheitsförderung, der Prävention und der Versicherungsvermittlung tätig.<sup>6</sup>

6. Die SWICA Holding AG (nachfolgend: **SWICA**) und mithin die SWICA-Gruppe ist in den Bereichen soziale Krankenversicherung, Unfallversicherungen und private Zusatzversicherungen tätig. Zudem ist SWICA in weiteren Bereichen wie bspw. der Versicherungsvermittlung aktiv.<sup>7</sup>

7. Die Helsana HealthInvest AG (nachfolgend: **Helsana**), indirekt eine Tochtergesellschaft der Helsana AG, ist eine Investmentgesellschaft im Gesundheitsbereich. Die operative Tätigkeit der Helsana Gruppe umfasst insbesondere die Bereiche Grundversicherung nach KVG, Zusatzversicherungen nach VVG und Unfallversicherungen nach UVG.<sup>8</sup>

8. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft das Gemeinschaftsunternehmen **Bluespace**. Dieses betreibt die Web-Wissensplattform «Compassana»<sup>9</sup>, welche sich gegenwärtig in einer Pilotphase befindet, die voraussichtlich im Frühjahr 2023 abgeschlossen werde. Ziel der Plattform sei es, Kunden durch die Interaktion von verschiedenen Plattformen ein digitales Gesundheitsökosystem zu bieten, welches sie in Gesundheitsfragen begleite und ihnen eine nahtlos verknüpfte Customer Journey ermögliche.<sup>10</sup> Gemäss der Meldung soll das Netzwerk der Plattform ambulante und stationäre Leistungserbringer, Gesundheitsfachpersonen, Versicherer, Technologie- und Logistikpartner sowie weitere Dienstleister umfassen. Die Plattform soll einen zentralen Speicherort für individuelle Gesundheitsdaten sowie objektive und qualifizierte Informationen zu Gesundheitsthemen anbieten. Ferner sollen den Patientinnen und Patienten umfassende digitale Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden, wobei Bluespace bzw. die Gesundheitsplattform Compassana in erster Linie als Vermittlerin von Dienstleistungen im Gesundheitsbereich auftreten werde. Der Leistungskatalog der Plattform werde, soweit gesetzlich zulässig, auf Basis der von

<sup>1</sup> RPW 2022/2, 453 ff., *Bluespace Ventures AG*.

<sup>2</sup> Medbase ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Migros Vita AG. Die Anteile der Migros Vita AG werden zu 100 % vom MGB und verschiedenen Migros-Genossenschaften gehalten. Für die Geschäftstätigkeiten der Migros Gruppe siehe auch <report.migros.ch/2020/>.

<sup>3</sup> RPW 2020/1, 251 ff., *Medbase/Zur Rose*; RPW 2019/4, 1209 ff., *Migros/Topwell*.

<sup>4</sup> <https://www.mediclinic.com/en/home.html>. Weitere Informationen zu Hirslanden finden sich unter <www.hirslanden.ch>.

<sup>5</sup> Weitere Angaben zur Geschäftstätigkeit vom LUKS finden sich unter <https://www.luks.ch/>.

<sup>6</sup> Weitere Angaben zur Geschäftstätigkeit von Groupe Mutuel finden sich unter <www.groupemutuel.ch>.

<sup>7</sup> Weitere Angaben zur Geschäftstätigkeit von SWICA finden sich unter <www.swica.ch>.

<sup>8</sup> Für weitere Angaben zur Geschäftstätigkeit der Helsana Gruppe siehe <www.helsana.ch/de/private.html> und <www.helsana.ch/de/helsana-gruppe/ueber-uns/corporate-governance.html>.

<sup>9</sup> Vgl. <https://www.compassana.ch/de>.

<sup>10</sup> Meldung, S. 160/195.

Kundinnen und Kunden mitgeteilten Daten und gemäss den Kundenbedürfnissen entlang des Patientenpfades mit medizinischen und medizinnahen digitalen Services ausgebaut und optimiert. In Abhängigkeit der Bedürfnisse soll die Plattform Patientenpfade für grund- und zuzusatzversicherte Kundinnen und Kunden unterschiedlich abbilden, respektive in Abhängigkeit des Patientenpfades unterschiedliche Dienstleistungen anbieten. Sodann würden zur effizienten Kommunikation zwischen den verschiedenen Akteuren des Gesundheitswesens untereinander und mit den Patientinnen und Patienten Schnittstellen geschaffen. Die Plattform soll zur zentralen Drehscheibe für den Austausch zwischen Kundinnen und Kunden sowie Fachpersonen<sup>11</sup> wie auch für die Kommunikation zwischen den Fachpersonen entwickelt werden.<sup>12</sup> Compassana sei als offenes Ökosystem konzipiert. Exklusivitäten seien keine vorgesehen. Im Ergebnis würden Patientinnen und Patienten bzw. Endkundinnen und Endkunden, Leistungserbringer und Krankenkassen zeitgleich bei mehreren digitalen Gesundheitsplattformen aktiv sein können.<sup>13</sup>

9. Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens ist die Begründung **gemeinsamer Kontrolle über ein vollfunktionales Gemeinschaftsunternehmen**, die Bluespace. Das Aktionariat der Bluespace als Betreiberin der Gesundheitsplattform Compassana soll sich aus drei Arten von Aktionären zusammensetzen: eine Gruppe Leistungserbringer (Medbase, Hirslanden und LUKS), eine Gruppe Krankenversicherer (Groupe Mutuel, SWICA, Helsana) und eine Gruppe Technologie- und Logistikpartner. Jede Aktionärsgruppe soll aus mindestens zwei und maximal drei Aktionären bestehen. Gemäss der Zielstruktur soll jede Gruppe mit je einem Drittel am Aktienkapital der Gesellschaft beteiligt sein.<sup>14</sup>

10. Nach der Gründung von Bluespace im Jahr 2020 und einer ersten und zweiten Aktionariatsvergrößerung<sup>15</sup> geht es im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um die Erweiterung des Aktionariats um die LUKS als drittes Mitglied der Aktionärsgruppe Leistungserbringer. Es ist beabsichtigt, dass nach der Erweiterung des Aktionariats alle Beteiligten 16 ⅔ % des Aktienkapitals halten.<sup>16</sup>

11. Wie bereits im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens betreffend die Gründung von Bluespace dargelegt, planen die Parteien, Bluespace weiterhin entsprechend der Zielstruktur gemeinsam zu kontrollieren. An den die gemeinsame Kontrolle begründenden Bestimmungen der Aktionärsbindungsvereinbarung ändert sich mit dem Beitritt der LUKS nichts. Folglich ist mit den Parteien auch mit der LUKS als zusätzlicher Partei von einer gemeinsamen Kontrolle über Bluespace im Sinne von Art. 1 Bst. b VKU auszugehen.

12. Die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen sind bei Bluespace nach wie vor erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).<sup>17</sup> Damit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

13. Gemäss den Angaben in der Meldung werden in casu mit den kumulierten Umsätzen bzw. Prämieinnahmen die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 KG überschritten.<sup>18</sup> Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

14. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf das Tätigkeitsgebiet der Bluespace. Gemäss den plausiblen Ausführungen und der entsprechenden Zusicherung der Zusammenschlussparteien werden die übrigen Märkte, in denen die beteiligten Unternehmen tätig sind, vom Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert.

15. Die Gesundheitsplattform Compassana bietet bzw. beabsichtigt, die folgenden (Vermittlungs-)Dienstleistungen zu erbringen:<sup>19</sup>

- Vermittlung von medizinischer Konsultation (Fachpersonen-Suche) und Terminbuchung;
- Vermittlung digitaler Gesundheitsangebote Dritter: Geplant sind ein Symptom Checker, eine physiotherapeutische Trainingsapplikation sowie Ernährungsberatung;
- Bereitstellung eines Speicherortes für medizinische Dokumente, persönliche Medikationsliste inkl. Up-/Download und Document Sharing;
- Anstelle des noch 2022 geplanten Gesundheitsmagazins sollen Patientinnen und Patienten bzw. Endkundinnen und Endkunden über Compassana neu Informationen zu ihrer Behandlung oder anderen für sie relevanten Gesundheitsthemen abrufen können. Diese Inhalte sollen primär durch Anbindung von Drittdienstleistern erstellt werden;
- Abbildung der alternativen Versicherungsmodelle: Bei Einverständnis der Patientin bzw. des Patienten könnten neu die individuellen Produkteinformationen der Kundinnen und Kunden angezeigt werden. [...]
- Bereitstellung relevanter Gesundheitsinformationen für Health Care Professionals zur Förderung der interdisziplinären Kooperation: Für Fachpersonen werde Compassana [...] Dies ermögliche ein vereinfachtes und sicheres Teilen von medizinischen Dokumenten, Daten und Terminen.

Nach der Lancierung soll die Plattform dank ihres modularen Aufbaus stetig erweitert und weiterentwickelt werden können.

<sup>11</sup> Fachpersonen seien ambulante und stationäre Leistungserbringer sowie Apotheken (Meldung, Fn 5).

<sup>12</sup> Meldung, Rz 45, 75.

<sup>13</sup> Meldung, Rz 77.

<sup>14</sup> [...].

<sup>15</sup> Vgl. Meldung, Rz 57 – 64; siehe auch RPW 2022/2, 454 Rz 11, *Bluespace Ventures AG*.

<sup>16</sup> Meldung, Rz 55, 64.

<sup>17</sup> Siehe bereits RPW 2022/2, 455 Rz 14, *Bluespace Ventures AG*.

<sup>18</sup> Meldung, III.

<sup>19</sup> Vgl. Meldung, Rz 78 – 90; so weitgehend bereits RPW 2022/2, 455 Rz 20, *Bluespace Ventures AG*.

16. Vorliegend beteiligt sich ein weiterer Leistungserbringer, die LUKS, an Bluespace. Damit ändert weder das Geschäftsmodell noch die Situation im Markt wesentlich. Folglich kann gestützt auf die Ausführungen in der Meldung und in Anlehnung an das im Jahr 2022 beurteilte Zusammenschlussvorhaben *Bluespace Ventures AG*<sup>20</sup> für die Zwecke vorliegender Beurteilung von einem **nationalen Markt für digitale Gesundheitsplattformen** sowie einem **nationalen Markt für digitale Speicherung und Bearbeitung von Gesundheitsdokumenten** ausgegangen werden. Die genauen Marktdefinitionen können auch vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von den Marktdefinitionen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

17. Die Plattform Compassana betreibt derzeit einen Piloten, in welchem einzelne der Vermittlungsdienstleistungen getestet werden. Der offizielle Public Launch von Compassana ist für [...] vorgesehen (vgl. Rz 8).<sup>21</sup> Allfällige Marktanteile wären in jedem Fall vernachlässigbar, da die Plattform derzeit noch lediglich in Form eines Piloten aktiv ist.

18. Die beteiligten Unternehmen sind im Gegensatz zu Bluespace nicht im Bereich digitale Gesundheitsplattformen zur Vermittlung von verschiedenen digitalen Gesundheitsangeboten/-dienstleistungen und damit nicht als Vermittler von Angeboten diverser Anbieter aktiv. Sie führen ihre jeweils eigenen digitalen Angebote sowie ihre übrigen Tätigkeiten separat und unabhängig voneinander weiter.<sup>22</sup> Ebensovwenig sind die beteiligten Unternehmen gemäss eigenen Angaben im Markt für digitale Speicherung und Bearbeitung von Gesundheitsdokumenten tätig. Folglich kommt es infolge des Zusammenschlussvorhabens zu keinen Marktanteilsadditionen auf den relevanten Märkten. Es liegen keine betroffenen Märkte mit Anteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

19. Gemäss den plausiblen Ausführungen in der Meldung (s.a. Rz 14) und der Zusicherung der Parteien gibt es zudem keinen betroffenen Markt (mit einem Marktanteil von 30% oder mehr von einem der beteiligten Unternehmen), der den Märkten, auf welchen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

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

<sup>20</sup> RPW 2022/2, 456 Rz 23 f. und 29 f., *Bluespace Ventures AG*; s.a. RPW 2021/3, 649 ff., *WELL*.

<sup>21</sup> Meldung, Rz 132.

<sup>22</sup> Meldung, Rz 115.

B 2.3

#### 4. PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*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 21. Februar 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 24. Februar 2023*

### A Sachverhalt

#### A.1 Das Zusammenschlussvorhaben

1. Am 23. Januar 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten (nachfolgend: Meldung). Danach beabsichtigen die PHOENIX Pharma Switzerland AG (nachfolgend: PHOENIX) und die Voigt Holding AG (nachfolgend: Voigt; Voigt zusammen mit PHOENIX: die Zusammenschlussparteien) ein Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) zu gründen, in das die schweizerischen Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien in den Bereichen Pre-Wholesale (nachfolgend: PWS) und Pharmagrosshandel eingebracht werden sollen (nachfolgend: das Zusammenschlussvorhaben).

#### A.2 Beteiligte Unternehmen

2. PHOENIX mit Sitz in Unterentfelden (AG) ist eine hundertprozentige, indirekt gehaltene Tochtergesellschaft der PHOENIX Pharma SE mit Sitz in Deutschland (die PHOENIX Pharma SE zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: PHOENIX-Gruppe). Die PHOENIX-Gruppe ist eine europaweit tätige, diversifizierte Gesundheitsdienstleisterin, deren Kerngeschäft der Pharmagrosshandel darstellt. Die PHOENIX-Gruppe ist in insgesamt 29 Ländern mit 224 Verteilzentren aktiv und beliefert von diesen Verteilzentren aus Apotheken, Drogerien, die Ärzteschaft und medizinische Einrichtungen (Spitäler, Pflegeheime, etc.) mit Arzneimitteln und Gesundheitsprodukten. Ausserdem betreibt die PHOENIX-Gruppe mit ihren Apothekenketten BENU, APOTEK 1, Rowlands Pharmacy, Help Net und Lloyds über 3200 eigene Apotheken in 17 europäischen Ländern. Schliesslich bietet die PHOENIX-Gruppe auch weitere spezialisierte Dienstleistungen für Pharmaunternehmen an. Die Amedis-UE AG (nachfolgend: Amedis) mit Sitz in Unterentfelden (AG) ist eine Gesellschaft der PHOENIX-Gruppe und aktiv im Bereich Pharmagrosshandel und in geringerem Umfang im Bereich PWS. Sie betreibt Verteilzentren in Unterentfelden (AG) und Puidoux (VD). Die Pharmacies BENU SA (nachfolgend: BENU) mit Sitz in Villars-sur-Glâne (FR) ist eine Gesellschaft der PHOENIX-Gruppe und führt rund 90 Apotheken der Marke BENU (nachfolgend: BENU-Apotheken) auf Detailhandelsstufe.

3. Voigt mit Sitz in Romanshorn (TG) ist die Konzernholdinggesellschaft der Voigt-Gruppe (Voigt zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Voigt-Gruppe). Die Voigt-Gruppe ist eine schweizweit tätige Healthcare-Dienstleisterin, die auf die Bereiche Pharmagrosshandel und PWS spezialisiert ist. Die Voigt AG (nachfolgend: VOI) mit Sitz in Romanshorn (TG) ist eine vollständig von Voigt gehaltene Tochtergesellschaft, die im Bereich Pharmagrosshandel tätig ist. Sie betreibt in Romanshorn (TG) die Administration und ein Logistik- und Verteilzentrum. Die Voigt Industrie Service AG (nachfolgend: VIS) mit Sitz in Romanshorn (TG) ist eine vollständig von Voigt gehaltene Tochtergesellschaft, die im Bereich PWS tätig ist. Ebenfalls Teil der Voigt-Gruppe ist die auf der Detailhandelsstufe tätige [...].

#### A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

4. Gemäss den Zusammenschlussparteien ist das Zusammenschlussvorhaben eine Reaktion auf den hohen Investitions- und Kostendruck im Gesundheitsmarkt, der Kosteneinsparungen durch Effizienzgewinne unerlässlich mache. Daneben erlaube das Zusammenschlussvorhaben eine Verbreiterung des Sortiments und Digitalisierungsprojekte, was sowohl für die direkten Kunden des Pharmagrosshandels – insbesondere Apotheken – als auch die Endkundinnen und Endkunden von Vorteil sei.<sup>3</sup>

#### A.4 Verfahren

5. Am 3. November 2022 legten die Zusammenschlussparteien dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) per E-Mail einen Meldungsentwurf betreffend das vorliegende Zusammenschlussvorhaben vor, der ein umfangreiches ökonomisches Gutachten der Swiss Economics SE AG<sup>4</sup> (nachfolgend: SE-Gutachten) umfasste.

6. Mit Schreiben vom 24. November 2022 liess das Sekretariat den Parteien Fragen zum Meldungsentwurf zukommen.

7. Am 1. Dezember 2022 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und den Parteivertretungen der Zusammenschlussparteien statt. Anlässlich des Treffens wurden die Fragen zum Meldungsentwurf sowie die Möglichkeit der Behandlung des Zusammenschlussverfahrens im Rahmen der vorläufigen Prüfung erörtert. Hierzu wurde insbesondere auf die Möglichkeit der Durchführung einer Marktbefragung zur Klärung der Wettbewerbsverhältnisse bereits vor dem Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> Meldung, Rz 2, 51–59.

<sup>4</sup> Swiss Economics SE AG, Zusammenschlussvorhaben PHOENIX/Voigt, Joint Venture: Ökonomisches Gutachten, Zürich 2022.

8. Am 14. Dezember 2022 reichten die Zusammenschlussparteien einen überarbeiteten Meldungsentwurf sowie eine überarbeitete Fassung des SE-Gutachtens ein. Der überarbeitete Meldungsentwurf adressierte auch die Fragen des Sekretariats vom 24. November 2022.

9. Am 19. Dezember 2022 fand eine Videokonferenz zwischen dem Sekretariat und den Parteivertretungen der Zusammenschlussparteien statt, anlässlich welcher nochmals die Möglichkeit der Durchführung einer Marktbefragung vor dem Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens besprochen wurde. Zudem wurde die Kostenverlegung für den damit zusammenhängenden ausserordentlichen Abklärungsaufwand thematisiert.

10. Mit E-Mail vom 22. Dezember 2022 erklärten die Zusammenschlussparteien ihr Einverständnis zur Durchführung einer Marktbefragung vor dem Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens sowie zur Tragung der Kosten nach Aufwand hinsichtlich der Arbeit des Sekretariats vor Meldung des Zusammenschlussvorhabens.

11. Am 9. Januar 2023 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an sechs Apothekenketten<sup>5</sup>, 14 Apothekengruppierungen<sup>6</sup> (die 14 Apothekengruppierungen zusammen mit den sechs Apothekenketten nachfolgend: befragte Apotheken), vier Pharmagrosshändlerinnen<sup>7</sup>, drei Apothekenverbände<sup>8</sup>, zwei Pharmaherstellerinnenverbände<sup>9</sup> sowie zwei potenziell im Pharmagrosshandel tätige Unternehmen<sup>10</sup>. Zwischen dem 11. Januar 2023 und dem 30. Januar 2023 gingen von allen befragten Unternehmen und Verbänden Stellungnahmen zu den Auskunftsbegehren vom 9. Januar 2023 ein.

12. Am 23. Januar 2023 reichten die Zusammenschlussparteien die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, deren Erhalt das Sekretariat mit Schreiben vom 24. Januar 2023 bestätigte.

13. Am 25. Januar 2023 versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren mit Folgefragen an den Migros-Genossenschafts-Bund.

14. Am 31. Januar 2023 versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren mit Folgefragen an die PharmaFocus AG.

15. Mit Schreiben vom 1. Februar 2023 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und liess den Zusammenschlussparteien Ergänzungsfragen zukommen. Ebenfalls am 1. Februar 2023 versandte das Sekretariat ein Auskunftsbegehren mit Folgefragen an die Galexis AG.

16. Am 6. Februar 2023 ging die Stellungnahme des Migros-Genossenschafts-Bunds zum Auskunftsbegehren mit Folgefragen ein.

17. Am 7. Februar 2023 gingen die Stellungnahmen der PharmaFocus AG und der Galexis AG zu den Auskunftsbegehren mit Folgefragen sowie die Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zu den Ergänzungsfragen ein.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

19. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl die PHOENIX-Gruppe (Rz 2) als auch die Voigt-Gruppe (Rz 3) sind als Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

##### B.1.2.1 Allgemeines

20. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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, als Unternehmenszusammenschluss. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

21. Vorliegend planen die Zusammenschlussparteien die Gründung eines GU in der Form einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. Dabei werden die Zusammenschlussparteien gegen die Ausgabe von Aktien am GU folgende Gesellschaften in das GU einbringen:<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Dr. Bähler Dropa AG, Medbase Apotheken AG, Pharmacie Populaire SA, Pill Group AG, PP Pharmacie Principale SA, Volksapotheke Schaffhausen AG. *Apothekenketten* unterstehen einer einheitlichen Oberleitung, welche in der Regel Rahmenverträge mit Pharmagrosshändlerinnen als Lieferantinnen verhandelt (vgl. Meldung, Rz 86).

<sup>6</sup> Coopérative Salveo, DirectCare AG, Farmacie Spazio Salute Sagl, Fortis Concept AG, Pamco Société de Participations S.A., Pharmacieplus SA, Pharmactiv AG, Verein Pharmapower Schweiz, PHARMASHOP SARL, Pharmavital AG, Rotpunkt-Pharma AG, Sedunopharm en liquidation, TopPharm Apotheken und Drogerien Genossenschaft, Verein MedicaPlus. *Apothekengruppierungen* unterstehen im Gegensatz zu Apothekenketten keiner einheitlichen Oberleitung. Apothekengruppierungen handeln für ihre Mitglieder in der Regel Rahmenverträge aus und verschaffen den einzelnen Apotheken durch eine Bündelung von Einkaufsvolumina attraktive Einkaufskonditionen bei mehreren Pharmagrosshändlerinnen. Weil sich Apothekengruppierungen und Einkaufsgemeinschaften aus Sicht der Pharmagrosshändlerinnen nicht wesentlich unterscheiden, werden sie nachfolgend unter ersterem Begriff zusammengefasst (vgl. Meldung, Rz 85 und 87).

<sup>7</sup> Galexis AG, PharmaFocus AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA, Zur Rose Suisse AG.

<sup>8</sup> IFAK Verein, Schweizerischer Apothekerverband (pharmaSuisse), Vereinigung der Gruppierungen unabhängiger Apotheken (VGUA).

<sup>9</sup> INTERPHARMA, Vereinigung Pharmafirmen in der Schweiz (vips).

<sup>10</sup> Coop Genossenschaft, Migros-Genossenschafts-Bund.

<sup>11</sup> Meldung, Rz 40 ff.



- PHOENIX wird Amedis und deren gesamte Geschäftstätigkeit in den Bereichen PWS und Pharmagrosshandel einbringen;<sup>12</sup>
- Voigt wird VIS und deren gesamte Geschäftstätigkeit im Bereich PWS sowie VOI und deren gesamte Geschäftstätigkeit im Bereich Pharmagrosshandel einbringen.<sup>13</sup>

Das neu gegründete GU wird nach Vollzug der Transaktion sämtliche Aktien von Amedis, VIS und VOI halten.<sup>14</sup>

### B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

22. Gemeinsame Kontrolle über ein GU besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des GU auszuüben.<sup>15</sup> Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie strategische geschäftspolitische Entscheidungen (insbesondere Entscheidungen über das Budget, den Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung) gemeinsam treffen müssen.<sup>16</sup> Dazu reicht es bereits aus, wenn die Unternehmen solche Entscheide jeweils nicht ohne die andere Zusammenschlussparteien treffen können, weil die Zustimmung beider Zusammenschlussparteien nötig ist (sog. negative Kontrolle).<sup>17</sup>

23. Vorliegend ist vorgesehen, dass die Aktien des GU zu je 50 % von PHOENIX und Voigt gehalten werden. [...] Sämtliche Entscheide der Generalversammlung des GU werden daher die Zustimmung beider Zusammenschlussparteien voraussetzen. Ferner [...] alle wichtigen Verwaltungsratsbeschlüsse des GU [...] bei solchen Beschlüssen beide Zusammenschlussparteien zustimmen müssen.<sup>18</sup> Die Zusammenschlussparteien erwerben so die gemeinsame Kontrolle über das GU (Art. 2 Abs. 2 VKU).

### B.1.2.3 Vollfunktionalität und Einfließen von Geschäftstätigkeiten

24. Gemäss Praxis der WEKO liegt der Vollfunktionscharakter eines GU unter folgenden Voraussetzungen vor:

- das GU tritt als Nachfrager oder Anbieter am Markt auf;
- das GU tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf und ist in der Lage, eine eigene Geschäftspolitik zu verfolgen (so dass es insbesondere mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernimmt);
- das GU ist auf Dauer angelegt, d. h., es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zumindest langfristig auszuüben;
- das GU verfügt über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte.<sup>19</sup>

25. Vorliegend soll das GU eigenständig in den Bereichen PWS und Pharmagrosshandel auf dem Markt tätig sein. Die Zusammenschlussparteien bringen die Gesamtheit ihrer bestehenden Geschäftstätigkeiten in diesen Bereichen gemäss Rz 21 in das GU ein. [...] Ausserdem soll das GU für unbeschränkte Zeit gegründet

werden und auf Dauer angelegt sein. Schliesslich werde das GU mit allen notwendigen betrieblichen und personellen Ressourcen ausgestattet sein, damit es sein Geschäft betreiben kann, und über ein eigenes Management verfügen, welches das Geschäft des GU führt und die unternehmerische Verantwortung trägt.<sup>20</sup> Damit erfüllt das geplante GU das Kriterium der Vollfunktionalität und es werden die Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen eingebracht (Art. 2 Abs. 2 VKU).

### B.1.2.4 Zusammenfassung

26. Im Ergebnis stellt das Zusammenschlussvorhaben damit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. 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 Zusammenschlussparteien auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Meldepflicht

28. 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 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG).

29. Als beteiligte Unternehmen im Sinne dieser Verordnung gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Bei einem Zusammenschlussvorhaben, bei welchem mittels eines GU ein Zielunternehmen erworben werden soll, sind insbesondere dann anstelle des GU dessen Mutterunternehmen beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU und Art. 9 Abs. 1 KG, wenn das GU speziell für den Erwerb des Zielunternehmens gegründet wird bzw. seine Geschäftstätigkeit noch nicht aufgenommen hat oder wenn

<sup>12</sup> Nicht eingebracht werden auf Seiten der PHOENIX-Gruppe insbesondere sämtliche Tätigkeiten ausserhalb der Schweiz und die Aktivitäten der BENU-Apotheken [...].

<sup>13</sup> Nicht eingebracht werden auf Seiten der Voigt-Gruppe insbesondere die [...].

<sup>14</sup> Zusammenschlussvereinbarung vom 4. Oktober 2022 zwischen Voigt und PHOENIX, Ziff. 3 und 4.

<sup>15</sup> RPW 2012/1, 148 Rz 32, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

<sup>16</sup> RPW 2012/1, 148 Rz 32, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

<sup>17</sup> RPW 2021/4, 916 Rz 9 Fn 3, Advent International Corporation/Eurazeo SE/protel hotelsoftware GmbH; RPW 2017/3, 471 Rz 31, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2012/1, 148 Rz 37, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

<sup>18</sup> Meldung, Rz 44 ff.; Zusammenschlussvereinbarung vom 4. Oktober 2022 zwischen Voigt und PHOENIX, Ziff. 3.1.4 und Anhang 3.1.4; Entwurf Aktionärsbindungsvertrag zwischen Voigt, PHOENIX und avosano AG, Ziff. 6.

<sup>19</sup> RPW 2017/3, 471 Rz 36, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS; RPW 2012/1, 149 Rz 38, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

<sup>20</sup> Meldung, Rz 48 ff.

die Muttergesellschaften die eigentlichen Akteure bei dem Vorhaben sind.<sup>21</sup>

30. Vorliegend beabsichtigen PHOENIX und Voigt, ein GU zu gründen, in das Amedis, VOI und VIS eingebracht werden sollen. Das GU soll für den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch PHOENIX und Voigt über Amedis, VOI und VIS gegründet werden. Das GU hat seine Geschäftstätigkeit noch nicht aufgenommen. Die

eigentlichen Akteure beim Zusammenschlussvorhaben sind PHOENIX und Voigt. Die PHOENIX-Gruppe und die Voigt-Gruppe sind somit die beteiligten Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU. Amedis, VOI und VIS gelten nicht als beteiligte Unternehmen.<sup>22</sup>

31. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die schweizweiten Umsätze der PHOENIX-Gruppe und der Voigt-Gruppe im Geschäftsjahr 2021:

Tabelle 1: Schweizweite Umsätze der PHOENIX-Gruppe und der Voigt-Gruppe im Jahr 2021.

| Unternehmen                     | Schweizweite Umsätze [Mio. Fr.] |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Phoenix-Gruppe                  | [≥ 100]                         |
| Voigt-Gruppe                    | [≥ 100]                         |
| Beteiligte Unternehmen zusammen | [≥ 500]                         |

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien.

32. Der Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass die PHOENIX-Gruppe und die Voigt-Gruppe im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen schweizweiten Umsatz von mindestens 100 Millionen Franken erzielten; zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens 500 Millionen Franken. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

33. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte

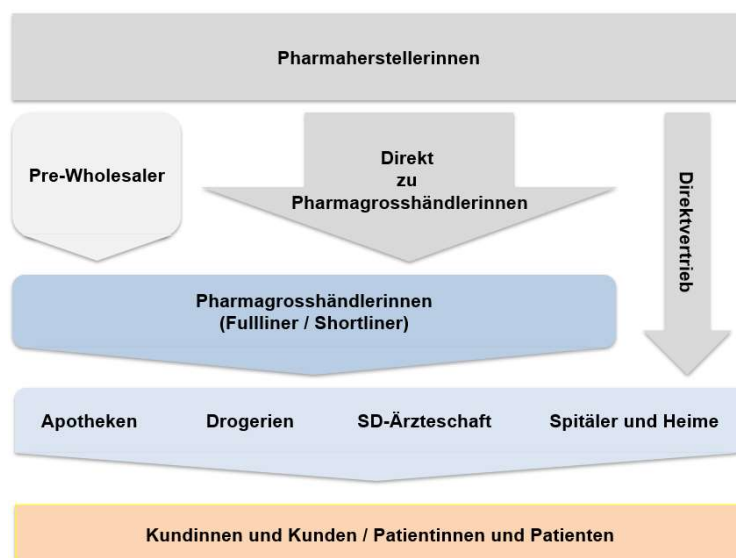
ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

34. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (Rz 42 ff.). In einem zweiten Schritt wird die voraussichtliche Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten beurteilt (Rz 80 ff.).

##### B.4.1 Vorbemerkungen

35. Der Vertrieb von Arzneimitteln in der Schweiz erfolgt über verschiedene Stufen und kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

Abbildung 1: Schematische Darstellung der Arzneimitteldistribution in der Schweiz.



Quelle: Darstellung des Sekretariats.

<sup>21</sup> Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission: Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.03.2009 (Version 4 vom 01.10.2019), Ziff. 11 f.

<sup>22</sup> MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 9 N 45 f. Vgl. RPW 2019/4, 1179 f. Rz 1, 12, Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group.

36. Die Produkte werden von Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen direkt oder über Pre-Wholesaler in Umlauf gebracht. Die Pharmagrosshändlerinnen übernehmen die Feinverteilung an Apotheken, Drogerien, die selbstdispensierende Ärzteschaft (nachfolgend: SD-Ärztenschaft), Spitäler und Heime.<sup>23</sup>

37. Pre-Wholesaler sind Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte. Gewisse Herstellerinnen von Arzneimitteln konzentrieren sich auf ihr Kerngeschäft, die Forschung und Entwicklung, und lagern andere Tätigkeiten aus. Das Hauptangebot der Pre-Wholesaler besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Nicht alle Pre-Wholesaler verfügen dabei über eigene Transportmöglichkeiten. Teilweise wird der Transport der Pharmaprodukte an spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert. Daneben können Pre-Wholesaler den Pharmaherstellerinnen verschiedene weitere Dienstleistungen anbieten, wie z. B. die Abwicklung des Bestellwesens, die Rechnungstellung oder das Inkasso.<sup>24</sup>

38. Die Pharmagrosshändlerinnen bilden im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Arzneimitteln das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellerinnen und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Feinverteilung der Arzneimittel an die einzelnen Abnehmerinnen. Pharmagrosshändlerinnen lagern die Arzneimittel in Verteilzentren und beliefern den Detailhandel. Abnehmerinnen der Pharmagrosshändlerinnen sind Apotheken, Drogerien, die SD-Ärztenschaft, Spitäler und Heime. Um eine Tätigkeit als Pharmagrosshändlerin aufnehmen zu können, bedarf es einer Bewilligung der Schweizerischen Zulassungs- und Aufsichtsbehörde für Arzneimittel und Medizinprodukte Swissmedic (nachfolgend: Swissmedic).<sup>25</sup>

39. Die klassischen Pharmagrosshändlerinnen verfügen über ein Vollsortiment (nachfolgend: Vollgrossistinnen oder Fullliner), so dass sie in der Lage sind, jedes nachgefragte Arzneimittel innert kürzester Zeit zu liefern. In der Regel beliefern Vollgrossistinnen sämtliche Absatzkanäle. Neben Vollgrossistinnen bestehen Pharmagrosshändlerinnen, welche über ein beschränktes Sortiment verfügen (nachfolgend: Teilgrossistinnen oder Shortliner). Einige Teilgrossistinnen konzentrieren sich auf relativ teure und deshalb lukrative Arzneimittel, welche sie zu tieferen Preisen als die Vollgrossistin anbieten.<sup>26</sup>

40. Schliesslich vertreiben Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen ihre Produkte teilweise auch direkt. Der Direktvertrieb ist insbesondere im Bereich der Spitäler üblich. Dies liegt daran, dass Spitäler über ein grosses Einkaufsvolumen und entsprechende eigene Lagerkapazitäten verfügen. Für die Pharmaherstellerinnen ist eine direkte Belieferung der Spitäler insbesondere auch deshalb attraktiv, weil eine einmal mit einem Arzneimittel begonnene Behandlung in der Regel mit dem entsprechenden Medikament fortgesetzt wird. Marketingaspekte spielen ebenfalls eine Rolle. Die Pharmaherstellerinnen liefern aber auch in anderen Bereichen direkt an die Detailhandelsstufe, beispielsweise an Apothekenketten und Apothekengruppierungen. Gewisse Pharmaherstellerinnen liefern sogar an einzelne unabhängige Apotheken oder an SD-Ärztinnen und SD-Ärzte.<sup>27</sup>

41. Der Versandhandel mit Arzneimitteln ist in der Schweiz gemäss Art. 27 Abs. 1 HMG grundsätzlich untersagt. Es kann jedoch gemäss Art. 27 Abs. 2 und Art. 27 Abs. 4 HMG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 Arzneimittelverordnung<sup>28</sup> unter bestimmten Voraussetzungen eine Bewilligung durch die Kantone erteilt werden. Der Versandhandel hat sich in der Schweiz inzwischen etabliert.<sup>29</sup> Die Versandhandelsapotheken beziehen ihre Arzneimittel zum grössten Teil direkt von den Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen, teilweise aber auch von Pharmagrosshändlerinnen.<sup>30</sup>

#### B.4.2 Relevante Märkte

42. Die sachlich und räumlich relevanten Märkte sind gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU zu bestimmen. Hierbei umfasst der sachlich relevante Markt 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). 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).

43. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte sind primär die Geschäftsbereiche, in denen PHOENIX und Voigt tätig sind, also der Pharmagrosshandel und PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte.

##### B.4.2.1 Sachlich relevante Märkte

###### B.4.2.1.1. Einleitung

44. Die WEKO hat in früheren Entscheiden im Bereich Pharmagrosshandel mit Arzneimitteln entsprechend den Bedürfnissen der Abnehmerinnen nach Absatzkanälen differenziert. Dabei hat sie die Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, Pharmagrosshandel im Drogeriekanal, Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft und Pharmagrosshandel im Spitalkanal unterschieden.<sup>31</sup> Diese Abgrenzung dient vorliegend als Ausgangspunkt der Marktabgrenzung im Bereich des Pharmagrosshandels.

<sup>23</sup> RPW 2018/2, 391 f. Rz 60 f., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>24</sup> RPW 2018/2, 392 Rz 62, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>25</sup> Art. 5, 18, 28 und 34 Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21); Art. 11 ff. Verordnung vom 14. November 2018 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung; AMBV); vgl. RPW 2018/2, 392 Rz 64, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>26</sup> RPW 2018/2, 392 Rz 65, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>27</sup> RPW 2018/2, 393 Rz 68, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>28</sup> Verordnung vom 21. September 2018 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM; SR 812.212.21).

<sup>29</sup> Vgl. Webseite Zur Rose Suisse AG, <[www.zurrose.ch](http://www.zurrose.ch)> (16.02.2023).

<sup>30</sup> RPW 2018/2, 393 Rz 69, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2009/2, 178 f. Rz 37 ff., *Sun Store SA/Artisea SA/Distributivpharm SA/Galenica AG*.

<sup>31</sup> RPW 2018/2, 395 Rz 77 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 501 Rz 24 ff., *Galenica/Unione*; RPW 2005/4, 644 Rz 59 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

<sup>32</sup> Meldung, Rz 84.

45. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, die Praxis der WEKO bezüglich der Marktabgrenzung im Bereich Pharmagrosshandel, die nach Absatzkanälen unterscheidet, entspreche nicht der jüngeren Praxis in der Europäischen Union, da die Europäische Kommission in ihrer jüngeren Praxis jeweils einen einheitlichen Markt für den *Fullline*-Pharmagrosshandel abgegrenzt habe, ohne nach Absatzkanälen (Kundengruppen) zu unterscheiden.<sup>32</sup>

46. In *Brocacef/Mediq Netherlands* (2015) und *McKesson/UDG Healthcare (Pharmaceutical Wholesale and Associated Businesses)* (2016) unterteilte die Europäische Kommission den Pharmagrosshandel gestützt auf drei Kategorien (wobei sie in letzterem Entscheid die exakte sachliche Marktabgrenzung offenliess): (i) nach Pharmagrosshändlerinnen (Fullliner und Shortliner), (ii) nach Produkten (basierend auf dem Umstand, ob das Arzneimittel rezeptpflichtig war oder nicht, ob es sich um ein Original, Generikum oder parallel importiertes Arzneimittel handelte und ob die Arzneimittel nur in Apotheken unter Aufsicht einer Apothekerin oder eines Apothekers verkauft wurden oder auch in anderen Geschäften), und (iii) nach Abnehmerinnen (Apotheken, SD-Ärzterschaft und Spitäler) basierend auf den verschiedenen Einkaufs- und Zustellungsgewohnheiten.<sup>33</sup>

47. In *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020), *Sanacorp Pharmahandel/Leopold Fiebig and Gerda Nückel* (2021) und *Phoenix/McKesson* (2022) unterschied die Europäische Kommission zwischen Pharmagrosshandel und Direktlieferungen der Pharmaherstellerinnen sowie zwischen Fulllinern und Shortlinern, wobei der sachlich relevante Markt nur Fullliner (Vollgrossistinnen) umfasste, unter Ausschluss von Shortlinern (Teilgrossistinnen) und Direktlieferungen von Arzneimitteln.<sup>34</sup> In *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) kam die Europäische Kommission zum Schluss, dass eine weitere Unterteilung nach Produktgruppen und nach Absatzkanälen unterbleiben könne.<sup>35</sup> Hinsichtlich der Unterteilung nach Absatzkanälen stellte die Europäische Kommission fest, dass Ärztinnen und Ärzte aufgrund nationaler Regelungen in Deutschland grundsätzlich nicht bei Pharmagrosshändlerinnen beziehen würden und zudem die Pharmagrosshändlerinnen den Grossteil ihres Umsatzes mit den Apotheken erzielen würden, weshalb eine weitere Segmentierung nach Abnehmerinnen ohnehin nichts an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung geändert hätte.<sup>36</sup> In *Sanacorp Pharmahandel/Leopold Fiebig and Gerda Nückel* (2021) liess die Europäische Kommission die Frage der möglichen Segmentierung nach Absatzkanälen und Produktgruppen jedoch wieder offen, verwarf sie also im Gegensatz zur Position in *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) nicht.<sup>37</sup> In *Phoenix/McKesson* (2022) orientierte sich die Europäische Kommission jedoch erneut an *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) und verzichtete auf eine Unterteilung nach Produktgruppen und nach Absatzkanälen, wobei sie hinsichtlich Absatzkanälen festhielt, dass eine Marktbefragung (die hauptsächlich Italien betraf) ergeben habe, dass Pharmagrosshändlerinnen ihre Tätigkeit ohnehin ausschliesslich oder fast ausschliesslich auf den Apothekenkanal fokussieren würden.<sup>38</sup>

48. Das Vorbringen der Zusammenschlussparteien, wonach die Marktabgrenzung der WEKO im Bereich Pharmagrosshandel nicht der jüngeren Praxis der Europäischen Kommission entspreche, ist angesichts des Vorstehenden zu relativieren, zumal die jüngere Praxis der Europäischen Kommission uneinheitlich ist. Während in *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) und *Phoenix/McKesson* (2022) eine Segmentierung nach Absatzkanälen verworfen wurde, wurde sie in *Sanacorp Pharmahandel/Leopold Fiebig and Gerda Nückel* (2021) offengelassen. Die Argumentation der Europäischen Kommission in *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) und *Phoenix/McKesson* (2022) lässt sich zudem nicht auf die Schweiz übertragen. So existieren in der Schweiz beispielsweise keine nationalen gesetzlichen Bestimmungen, welche es der SD-Ärzterschaft verbieten würden, Arzneimittel bei Pharmagrosshändlerinnen zu beziehen. Im Gegenteil ist der Kanal SD-Ärzterschaft der zweitgrösste Pharmagrosshandelskanal und macht umsatzmässig über ein Drittel des Apothekenkanals aus (Rz 86). Vor diesem Hintergrund und in Einklang mit der bisherigen Praxis (Rz 50 f., 56 f., 62, 65) rechtfertigt sich in der Schweiz weiterhin eine Unterteilung nach Absatzkanälen im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung.

#### B.4.2.1.2. Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

49. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal ausgegangen.<sup>39</sup>

50. Die Abgabe von Arzneimitteln an Konsumentinnen und Konsumenten ist Kernkompetenz der Apotheken. Sie fragen ihrerseits die Belieferung mit Arzneimitteln nach und stellen damit eine der zentralen Marktgegenseiten der Pharmagrosshändlerinnen dar.

51. Apotheken verfügen über ein geschätztes durchschnittliches Sortiment von 15 000 bis 20 000 Artikeln und müssen in der Lage sein, den Kundinnen und Kunden jedes nachgefragte Arzneimittel – ob an Lager oder nicht – innert kurzer Zeit abzugeben. Aufgrund der Sortimentsbreite von Apotheken, ihrer hohen Erwartungen betreffend Lieferbereitschaft/-frequenz (in der Regel eine

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Case M.7818 vom 03.03.2016, Rz 15, *McKesson/UDG Healthcare (Pharmaceutical Wholesale and Associated Businesses)* m. w. H.; Europäische Kommission, Case M.7494 vom 17.04.2015, Rz 15, *Brocacef/Mediq Netherlands*.

<sup>34</sup> Europäische Kommission, Case M.10404 vom 30.03.2022, Rz 23, 29 und 34, *Phoenix/McKesson*; Europäische Kommission, Case M.10141 vom 08.03.2021, Rz 7–10, *Sanacorp Pharmahandel/Leopold Fiebig and Gerda Nückel*; Europäische Kommission, Case M.9711 vom 17.08.2020, Rz 8 und Rz 13–19, *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel*.

<sup>35</sup> Europäische Kommission, Case M.9711 vom 17.08.2020, Rz 17 f., *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel*.

<sup>36</sup> Europäische Kommission, Case M.9711 vom 17.08.2020, Rz 18, *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel*.

<sup>37</sup> Europäische Kommission, Case M.10141 vom 08.03.2021, Rz 10, *Sanacorp Pharmahandel/Leopold Fiebig and Gerda Nückel*.

<sup>38</sup> Europäische Kommission, Case M.10404 vom 30.03.2022, Rz 31–33, *Phoenix/McKesson*.

<sup>39</sup> RPW 2018/2, 395 Rz 82 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 502, Rz 30, *Galenica/Unione*.

bis zwei Lieferungen täglich) sowie letztlich beschränkter eigener Lagerkapazitäten ergeben sich ihrerseits hohe Ansprüche an die sie beliefernden Anbieterinnen. Letztere müssen über ein breites Sortiment, einen Grossteil davon an Lager, verfügen und in der Lage sein, den Apotheken jedes nachgefragte Arzneimittel innert kurzer Zeit zu liefern. Diese Ansprüche, insbesondere in Sachen Sortiment, sind praktisch nur durch Vollgrossistinnen zu erfüllen.<sup>40</sup>

52. Die Zusammenschlussparteien halten diese Praxis der WEKO bezüglich eines separaten relevanten Marktes für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal mit Bezug auf die Direktlieferungen für überholt. Direktbelieferungen von Apotheken – insbesondere Apothekenketten und -gruppierungen – hätten aufgrund der zunehmenden Bündelung von Einkaufsmacht stark an Bedeutung gewonnen. Apothekenketten und -gruppierungen würden grössere Mengen bestimmter Arzneimittel teilweise direkt bei den Pharmaherstellerinnen beschaffen. Teilweise würden Pharmaherstellerinnen sogar direkt einzelne unabhängige Apotheken beliefern. Schliesslich sei der Direktvertrieb insbesondere für Versandhandelsapotheken, welche Arzneimittel zum grössten Teil direkt bei den Pharmaherstellerinnen beziehen würden, von grosser Bedeutung.<sup>41</sup>

53. Für Apotheken ist das Angebot der Vollgrossistinnen grundsätzlich nicht durch Direktlieferungen von Pharmaherstellerinnen oder durch Lieferungen durch andere Anbieterinnen zu ersetzen. Dies wird auch durch die Zusammenschlussparteien bestätigt.<sup>42</sup> Die Zusammenschlussparteien betonen, dass für Apotheken die verfügbare Sortimentsbreite an Lager (Anzahl verfügbare Produkte) und die Lieferfrequenz (Anzahl Lieferungen pro Tag) entscheidend seien.<sup>43</sup> Nur Vollgrossistinnen gewährleisten ein breites Produktesortiment direkt ab Lager und beliefern die Apotheken in der Regel ein- bis zweimal pro Tag (Rz 39). Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen verfügen weder über eine vergleichbare Sortimentsbreite, noch können sie einen derartigen Lieferrhythmus anbieten. Eine Apothekenkette wies im Rahmen der Marktbefragung zudem darauf hin, dass Direktlieferungen von den meisten Pharmaherstellerinnen gar nicht mehr angeboten würden und in den Apotheken heute nicht mehr wirtschaftlich umsetzbar seien.<sup>44</sup>

54. Zusammenfassend ist somit von einem sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal auszugehen. Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen an die Apotheken bilden nicht Teil dieses Marktes.

#### **B.4.2.1.3. Pharmagrosshandel im Drogeriekanal**

55. Die WEKO hat einen sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal abgegrenzt.<sup>45</sup>

56. Der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens betrachtete sachlich relevante Markt des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal umfasst die Belieferung von Drogerien mit Arzneimitteln. Dabei ist zu beachten, dass Drogerien nur Arzneimittel der Swissmedic-Abgabekategorien D und E, nicht jedoch der Swissmedic-Abgabekategorien A und B verkaufen dürfen (Art. 25

Abs. 1 Bst. b HMG).<sup>46</sup> Letztere sind den Apotheken vorbehalten (Art. 24 Abs. 1 Bst. a HMG).<sup>47</sup>

57. Der Fokus von Drogerien liegt auf dem Vertrieb von parapharmazeutischen Produkten und Kosmetika und nicht auf dem Arzneimittelvertrieb wie bei den Apotheken.<sup>48</sup> In der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft* wurde festgehalten, dass Drogerien 90 % der Arzneimittel über Pharmagrosshändlerinnen und ungefähr 10 % direkt von den Pharmaherstellerinnen oder Importeurinnen beziehen.<sup>49</sup>

58. Die Zusammenschlussparteien halten die Definition eines separaten sachlich relevanten Marktes für den Pharmagrosshandel im Drogeriekanal für überholt. Sie sind der Ansicht, dass es einen einheitlichen Markt für den Pharmagrosshandel für Apotheken und Drogerien gebe. Dies wird damit begründet, dass letztlich sowohl Apotheken als auch Drogerien Arzneimittel nachfragen würden. Und jene Arzneimittel, die in Drogerien verkauft würden, würden ohne Hindernisse auch in Apotheken verkauft. Zudem seien in jüngerer Zeit verschiedene Drogerien in Apotheken umgewandelt worden, da vom Produktsortiment der Lebensmittelhandhändlerinnen Druck auf die Drogerien ausgehe. Ausserdem würden sowohl Apotheken als auch Drogerien ein breites Sortiment an schnell abrufbaren Arzneimitteln von den Pharmagrosshändlerinnen erwarten. Aus Sicht der Pharmagrosshändlerinnen würden sich die Bedürfnisse der Apotheken und Drogerien nicht massgeblich unterscheiden. So würden die Drogerien auf derselben Tour beliefert wie die Apotheken.<sup>50</sup>

59. Zu den Vorbringen der Zusammenschlussparteien ist vorab festzuhalten, dass die Marktabgrenzung vorliegend aus Sicht von Drogerien zu erfolgen hat. Somit ist die vorgenommene Betrachtungsweise aus Sicht der Pharmagrosshändlerinnen kaum geeignet, um die Frage von Substitutionsmöglichkeiten von Drogerien bei der Beschaffung des eigenen Sortiments zu beantworten. Da Drogerien nur Arzneimittel der Swissmedic-Abgabekategorien D und E verkaufen dürfen, ist ihre

<sup>40</sup> RPW 2018/2, 395 Rz 82 ff., *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, Meldung, Rz 77, 119.

<sup>41</sup> Meldung, Rz 95.

<sup>42</sup> Meldung, Rz 96.

<sup>43</sup> Meldung, Rz 93.

<sup>44</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 5.

<sup>45</sup> RPW 2018/2, 396, Rz 90, *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 502, Rz 29, *Galenica/Unione*.

<sup>46</sup> Arzneimittel der per 1. Januar 2019 aufgehobenen Swissmedic-Abgabekategorie C werden von Amtes wegen in die Swissmedic-Abgabekategorien D oder B umgeteilt. Vgl. Webseite Swissmedic, <[www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/liste\\_abgabekategorie\\_c\\_abgabekategorie\\_bumgeteilten\\_am.html](http://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/liste_abgabekategorie_c_abgabekategorie_bumgeteilten_am.html)> (16.02.2023).

<sup>47</sup> RPW 2018/2, 396 Rz 88, *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>48</sup> Pharmagrosshändlerinnen vertreiben auch ein breites Sortiment von in Drogerien verkauften Produkten, welche keine Arzneimittel sind. So beispielsweise sonstige Gesundheitsprodukte und Kosmetika.

<sup>49</sup> RPW 2018/2, 396, Rz 90, *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>50</sup> Meldung, Rz 98 ff.

Sortimentsbreite (Anzahl verfügbare Produkte) bezüglich Arzneimittel kleiner als diejenige der Apotheken, deren Sortiment bis zu 20 000 Produkte umfasst. Die geringere Sortimentsbreite mit Arzneimitteln der Swissmedic-Abgabekategorien D und E lässt vermuten, dass Drogerien öfter auf spezialisierte Shortliner ausweichen können als Apotheken, die auf die tägliche Belieferung durch Vollgrossistinnen angewiesen sind. Mit der geringeren Sortimentsbreite ist schliesslich auch denkbar, dass Drogerien im Verhältnis höhere Lagerkapazitäten für Arzneimittel aufweisen als Apotheken, was wiederum Auswirkungen auf die nachgefragte Lieferfrequenz hat. So scheint es wahrscheinlich, dass Drogerien nicht auf zwei Lieferungen pro Tag angewiesen sind wie Apotheken. Das von den Zusammenschlussparteien vorgebrachte Argument bezüglich des Drucks auf das Produktsortiment von Drogerien durch Lebensmitteldetailhändlerinnen ist ein weiterer Anhaltspunkt, dass die Beschaffung von Produkten durch Drogerien einer anderen Marktdynamik unterliegt als diejenige von Apotheken. Aufgrund der unterschiedlichen Ansprüche der Drogerien und Apotheken an die Sortimentsbreite, die Lagerkapazität sowie die Lieferfrequenz in Bezug auf Arzneimittel, rechtfertigt sich weiterhin eine separate Betrachtung des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal.

60. Aufgrund des Gesagten ist praxisgemäss von einem sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Drogeriekanal auszugehen.

#### **B.4.2.1.4. Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft**

61. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für den Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft ausgegangen.<sup>51</sup>

62. Pharmagrosshändlerinnen, die auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisiert sind, beraten SD-Ärztinnen und SD-Ärzte auf deren Bedürfnisse zugeschnitten, besuchen jährlich deren Arztpraxis und bieten zusätzliche Dienstleistungen an (z. B. Spezialretouren-Regelungen). Solche Dienstleistungen können nur durch Pharmagrosshändlerinnen erbracht werden, die auch oder nur auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisiert sind. SD-Ärztinnen und SD-Ärzte haben kleine Lagerkapazitäten und sind daher auf tägliche Arzneimittelieferungen angewiesen. Eine Pharmaherstellerin oder Importeurin kann die SD-Ärztenschaft nicht täglich mit allen Arzneimitteln direkt beliefern, welche diese in der Praxis benötigen. Des Weiteren ist ein Bezug direkt bei der Pharmaherstellerin oder Importeurin für eine SD-Ärztin oder einen SD-Arzt nur rentabel, wenn grosse Mengen eines Arzneimittels bei dieser bestellt werden. Dies wird in einer üblichen Arztpraxis nur ausnahmsweise der Fall sein. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht spezialisierte Vollgrossistinnen und Teilgrossistinnen sowie Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen nur zur Ergänzung des Sortiments einer Arztpraxis dienen können; sie vermögen aber die Dienstleistungen einer auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisierten Pharmagrosshändlerin nicht zu ersetzen.<sup>52</sup>

63. Es wird aufgrund des oben Gesagten und in Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO von einem sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Kanal SD-Ärztenschaft ausgegangen.

#### **B.4.2.1.5. Pharmagrosshandel im Spitalkanal**

64. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Spitalkanal ausgegangen.<sup>53</sup>

65. Die WEKO hielt in *Galenica/Unione* fest, dass Spitäler ihren Arzneimittelbedarf zu 90 % bis 100 % direkt bei Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen decken.<sup>54</sup> Die Zusammenschlussparteien beziffern diesen Wert mit rund 95 %.<sup>55</sup> Lediglich 0 % bis 10 % werden demnach von Pharmagrosshändlerinnen bezogen. Damit unterscheidet sich der Spitalkanal deutlich von den anderen Absatzkanälen. Die Spitäler haben einen hohen Arzneimittelverbrauch und verfügen über grosse Lagerkapazitäten. Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen geben den Spitälern die Arzneimittel zu guten Konditionen ab, etwa zu Preisen, welche deutlich unter den Ex Factory-Preisen liegen. Die günstige Abgabe von Arzneimitteln kann sich für die Pharmaherstellerin oder Importeurin etwa dann lohnen, wenn die Spitäler bei längeren stationären Medikamententherapien oder bei der Verabreichung von Standardmedikamenten grosse Mengen benötigen. Von Interesse ist der Direktvertrieb für die Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen auch deshalb, weil in den Spitälern junge Ärztinnen und Ärzte arbeiten, welche als "Opinion-Leader" und zukünftige Inhaberinnen und Inhabern selbstständiger Arztpraxen eine wichtige Rolle für die Positionierung eines Arzneimittels spielen. Schliesslich steht der Spitalkanal aus Patientinnen- und Patientensicht in keinem Konkurrenzverhältnis zu den anderen Distributionskanälen (Apotheken, Drogerien, SD-Ärztenschaft). Die Abgabe von Arzneimitteln im Rahmen einer stationären Behandlung erfolgt exklusiv über die Spitalapotheke. Der Spitalkanal wird sodann auch von den Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern selbst als eigener Kanal betrachtet.<sup>56</sup>

66. Die Zusammenschlussparteien vertreten die Ansicht, dass Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen an Spitäler einzurechnen seien. Spitäler würden Arzneimittel in erheblichem Umfang und zu deutlich reduzierten Preisen direkt bei Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen beziehen. Spitäler seien zudem in der Lage, grössere Mengen an Arzneimitteln über längere Zeit einzulagern, weshalb sie nicht auf eine regelmässige Belieferung durch Vollgrossistinnen angewiesen seien. Da rund 95 % des Gesamtumsatzes von Spitälern mit Arzneimitteln auf Direktlieferungen beruhen würden, stellten Pharmagrosshändlerinnen eine untergeordnete Bezugsquelle dar.<sup>57</sup>

67. Zwar trifft es zu, dass Spitäler in der Lage sind, einen Grossteil der benötigten Arzneimittel direkt bei den Pharmaherstellerinnen zu beziehen. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Apothekenkanal begründet wurde

<sup>51</sup> RPW 2018/2, 397 Rz 97, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 502 Rz 29, *Galenica/Unione*.

<sup>52</sup> RPW 2018/2, 396 Rz 91 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 502 Rz 27, *Galenica/Unione*.

<sup>53</sup> RPW 2006/3, 502 Rz 29, *Galenica/Unione*.

<sup>54</sup> RPW 2006/3, 502 Rz 24, *Galenica/Unione*.

<sup>55</sup> Meldung, Rz 108.

<sup>56</sup> RPW 2006/3, 502 Rz 24, *Galenica/Unione*.

<sup>57</sup> Meldung, Rz 108.

(Rz 53), ist jedoch eine vollständige Deckung des Bedarfs an Arzneimitteln durch den direkten Bezug bei Pharmaherstellerinnen auch im Spitalkanal nicht möglich. Auch die Zusammenschlussparteien gehen davon aus, dass ein geringer Anteil des Bedarfs von Spitälern über den Pharmagrosshandel abgedeckt wird. Der Bezug von Arzneimitteln bei Pharmagrosshändlerinnen ist ein zum Direktbezug bei Pharmaherstellerinnen komplementärer Bezugskanal: Einerseits können bei Pharmagrosshändlerinnen Arzneimittel bezogen werden, welche von Pharmaherstellerinnen nicht direkt angeboten werden. Andererseits können Pharmagrosshändlerinnen kurzfristig benötigte kleinere Mengen von Arzneimitteln liefern, die üblicherweise in grösseren Mengen bei den Pharmaherstellerinnen erworben werden.

68. Aufgrund dieser Erwägungen und in Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO wird von einem separaten sachlich relevanten Markt des Pharmagrosshandels im Spitalkanal ausgegangen.

#### **B.4.2.1.6. Pre-Wholesale-Dienstleistungen für Pharmaprodukte**

69. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem sachlich relevanten Markt für PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte ausgegangen.<sup>58</sup>

70. PWS-Dienstleistungen bestehen hauptsächlich in der Lagerungs- und Vertriebslogistik im Auftrag der Pharmaherstellerinnen. Daneben können Pre-Wholesaler den Pharmaherstellerinnen weitere Dienstleistungen anbieten (Rz 37).

71. Gewisse Pharmaherstellerinnen nehmen die Lagerungs- und Vertriebslogistik selbst vor («in house»-Lösung). Weil «in house»-Lösungen von der Konkurrenz nicht genutzt werden können, stellen sie für Pharmaherstellerinnen kein Substitut für PWS-Dienstleistungen eines Pre-Wholesalers dar.<sup>59</sup> Weiter können die Dienstleistungen von klassischen Logistikunternehmen für Pharmaherstellerinnen eine Ausweichmöglichkeit zu Pre-Wholesalern darstellen. Gemäss Art. 28 Abs. 1 HMG benötigen Pre-Wholesaler eine Bewilligung für den Grosshandel von Swissmedic. Weil solche Logistikunternehmen gemeinhin noch nicht die gesamte für Pre-Wholesaler übliche Bandbreite an Dienstleistungen anbieten (Rz 37), stellen sie für Pharmaherstellerinnen kein Substitut für PWS-Dienstleistungen eines Pre-Wholesalers dar.

72. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es keine Substitute für PWS-Dienstleistungen für pharmazeutische Produkte von Pre-Wholesalern gibt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher in Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte.

### **B.4.2.2 Räumlich relevante Märkte**

#### **B.4.2.2.1. Pharmagrosshandel im Apothekenkanal**

73. Die WEKO ist bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>60</sup>

74. Apotheken werden von den Pharmagrosshändlerinnen in der Regel zweimal täglich von Montag bis Samstag beliefert werden. Dass Lieferungen auch zu Hauptverkehrszeiten zu erfolgen haben, stellt hohe Anforderun-

gen an die Logistik der im Apothekenkanal tätigen Pharmagrosshändlerinnen. Die Marktteilnehmer sind jedoch in der Lage, von einem oder wenigen Verteilzentren aus Apotheken in der ganzen Schweiz zu beliefern.

75. Aufgrund dieser Erwägungen wird in Einklang mit der Praxis der WEKO von einem nationalen Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal ausgegangen.

#### **B.4.2.2.2. Pharmagrosshandel im Drogeriekanal**

76. Die WEKO ist bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>61</sup> Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen, weshalb weiterhin von einem nationalen Markt für den Pharmagrosshandel im Drogeriekanal ausgegangen wird.

#### **B.4.2.2.3. Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft**

77. Die WEKO ist bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>62</sup> Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen, weshalb weiterhin von einem nationalen Markt für den Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft ausgegangen wird.

#### **B.4.2.2.4. Pharmagrosshandel im Spitalkanal**

78. Die WEKO ist bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>63</sup> Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen, weshalb weiterhin von einem nationalen Markt für den Pharmagrosshandel im Spitalkanal ausgegangen wird.

#### **B.4.2.2.5. Pre-Wholesale-Dienstleistungen für Pharmaprodukte**

79. Die WEKO ist bisher von einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen.<sup>64</sup> Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen, weshalb weiterhin von einem nationalen Markt für PWS-Dienstleistungen ausgegangen wird.

### **B.4.3 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten**

#### **B.4.3.1 Vorbemerkungen**

80. Zu prüfen ist, ob sich hinsichtlich der betroffenen Märkte (Rz 85 ff.) Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung be-

<sup>58</sup> RPW 2015/3, 369 Rz 63, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*; RPW 2006/3, 500 Rz 13, *Galenica/Unione*; RPW 2005/4, 642 Rz 39, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

<sup>59</sup> RPW 2005/4, 642 Rz 37, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

<sup>60</sup> RPW 2018/2, 398 Rz 110, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristea SA/ Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2006/3, 504 Rz 46, *Galenica/Unione*.

<sup>61</sup> 2018/2, 398 Rz 111, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristea SA/ Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2003/2, 318 Rz 27, *Pfister Inc./Pharmacia Corp.*

<sup>62</sup> RPW 2018/2, 398 Rz 116, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristea SA/ Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2006/3, 503 Rz 41, *Galenica/Unione*.

<sup>63</sup> RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristea SA/ Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2006/3, 503 Rz 40, *Galenica/Unione*.

<sup>64</sup> RPW 2005/4, 642 Rz 41, *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

gründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG; Rz 91 ff.). Die WEKO kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass er 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 (Art. 10 Abs. 2 KG).

81. Das GU wird in den Bereichen Pharmagrosshandel und PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte tätig sein (Rz 1).

82. In den Bereichen Pharmagrosshandel und PWS-Dienstleistungen sind auch drei Tochtergesellschaften der Galenica AG tätig (die Galenica AG zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Galenica-Gruppe). Im Bereich Pharmagrosshandel ist die Galenica-Gruppe mit der Galexis AG (nachfolgend: Galexis) und mit der Unione Farmaceutica Distribuzione SA (nachfolgend: UFD) tätig. Im Bereich PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte ist die Galenica-Gruppe mit der Alloga AG (nachfolgend: Alloga) tätig.<sup>65</sup>

83. Im Bereich Pharmagrosshandel ist auch die PharmaFocus AG (nachfolgend: PharmaFocus) tätig. PharmaFocus wird von der NOWEDA Apothekergenossenschaft eG (nachfolgend: NOWEDA) mit Sitz in Deutschland kontrolliert (die NOWEDA Apothekergenossenschaft eG zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: NOWEDA-Gruppe).

84. Im Bereich Pharmagrosshandel ist sodann die Zur Rose Suisse AG (nachfolgend: Zur Rose) tätig. Zur Rose wird kontrolliert durch die Zur Rose Group AG (die Zur Rose Group AG zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Zur Rose-Gruppe). Gemäss Medienmitteilung vom 3. Februar 2023 ist vorgesehen, dass Zur Rose vorbehaltlich der Zustimmung der WEKO im zweiten Quartal des Jahres 2023 durch die Medbase Apotheken AG (nachfolgend: Medbase), eine Tochtergesellschaft des Migros-Genossenschafts-Bunds (der Migros-Genossenschafts-Bund zusammen mit seinen Tochtergesellschaften nachfolgend: Migros-Gruppe) übernommen wird.<sup>66</sup>

#### B.4.3.2 Bestimmung der betroffenen Märkte

85. 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 (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU; nachfolgend: betroffene Märkte). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

86. Aus der nachfolgenden Tabelle 2 gehen die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und der Galenica-Gruppe auf denjenigen Märkten hervor, auf denen das GU voraussichtlich aktiv sein wird.

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien und der Galenica-Gruppe auf den relevanten Märkten im Jahr 2021.

| Relevante Märkte  | Marktanteil [%] |              |         |                 |         | Gesamtmarkt<br>[Mio. Fr.] |
|---|-----------------|--------------|---------|-----------------|---------|---------------------------|
|   | PHOENIX-Gruppe  | Voigt-Gruppe | GU      | Galenica-Gruppe | Weitere |                           |
| Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz        | [10–20]         | [10–20]      | [30–40] | [50–60]         | [10–20] | 3462                      |
| Pharmagrosshandel im Drogeriekanal in der Schweiz         | [0–10]          | [40–50]      | [50–60] | [40–50]         | [0–10]  | 139                       |
| Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft in der Schweiz | [0–10]          | [0–10]       | [0–10]  | [30–40]         | [60–70] | 1324                      |
| Pharmagrosshandel im Spitalkanal in der Schweiz           | [10–20]         | [0–10]       | [10–20] | [80–90]         | [0–10]  | 69                        |
| PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte in der Schweiz    | [0–10]          | [40–50]      | [40–50] | [50–60]         | [0–10]  | [50–100]                  |

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien, Daten von Drittanbietern (IQVIA Holdings Inc.; Schweizerischer Apothekerverband [pharmaSuisse]) sowie Schätzungen der Zusammenschlussparteien.<sup>67</sup> Es handelt sich um gerundete Zahlen, was Additionsdivergenzen erklärt.

Legende: Der Marktanteil des GU entspricht dem kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien. Die graue Hinterlegung bezeichnet einen betroffenen Markt.



87. Der Markt für den **Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz** bildet einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Sowohl die PHOENIX-Gruppe als auch die Voigt-Gruppe sind in gwesentlichem Ausmass auf diesem Markt tätig. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beträgt [30–40] %, wobei das Zusammenschlussvorhaben zu einer Marktanteilsaddition von [10–20] % führt. Auf diesen Markt ist nachstehend im Detail einzugehen (Rz 91–179).

88. Der Markt für den **Pharmagrosshandel im Drogeriekanal in der Schweiz** bildet einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beträgt [50–60] %. Die Marktanteilsaddition fällt mit [0–10] % gering aus, so dass sich die Wettbewerbsverhältnisse durch das Zusammenschlussvorhaben nicht in relevanter Weise ändern (der Marktanteil der Voigt-Gruppe allein beträgt vor dem Zusammenschlussvorhaben [40–50] %). Dass eine Einzelmarktbeherrschung begründet oder verstärkt wird, kann aufgrund der starken Präsenz der Galenica-Gruppe ([40–50] %) ausgeschlossen werden. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich dieses Marktes eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Deshalb wird auf diesen Markt nachfolgend nicht weiter eingegangen.

89. Der Markt für **PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte in der Schweiz** bildet einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beträgt [40–50] %. Die Marktanteilsaddition fällt mit [0–10] % gering aus, so dass sich die Wettbewerbsverhältnisse durch das Zusammenschlussvorhaben nicht in relevanter Weise ändern (der Marktanteil der Voigt-Gruppe vor dem Zusammenschlussvorhaben beträgt [40–50] %). Dass eine Einzelmarktbeherrschung begründet oder verstärkt wird, kann aufgrund der starken Präsenz der Galenica-Gruppe ([50–60] %) ausgeschlossen werden. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich dieses Marktes eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Deshalb wird auf diesen Markt nachfolgend nicht weiter eingegangen. Auf Anreize für die Ausübung von Druck durch PWS-Dienstleisterinnen gegenüber gruppenfremden Pharmagrosshändlerinnen wird im Zusammenhang mit der Behandlung der Sanktionsmechanismen auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal eingegangen (Rz 169, 172).

90. Aus der Tabelle 2 ist sodann ersichtlich, dass es auf den Märkten für **Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft in der Schweiz** (kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien: [0–10] %) und für **Pharmagrosshandel im Spitalkanal in der Schweiz** (kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien: [10–20] %) zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Deshalb wird auf diese Märkte nachfolgend nicht weiter eingegangen.

### B.4.3.3 Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz

#### B.4.3.3.1. Einzelmarktbeherrschung

91. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Praxis und Lehre in der Schweiz folgern aus einem hohen Marktanteil nicht *per se* eine marktbeherrschende Stellung.<sup>68</sup> Allerdings bildet ein Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>69</sup> Weiter kann eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch eine Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt wird.<sup>70</sup> Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung jedoch nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. grundsätzlich innerhalb von drei Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren zu erwarten oder nur von geringer Bedeutung, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da von diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.<sup>71</sup> In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, in welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Webseite Galenica AG, Wholesale & Logistics, <[www.galenica.com/de/ueber-galenica/logistics-it/wholesales-logistics-.php](http://www.galenica.com/de/ueber-galenica/logistics-it/wholesales-logistics-.php)> (16.02.2023).

<sup>66</sup> Vgl. Webseite Medbase Apotheken AG, Zur Rose Schweiz stösst zur Medbase Gruppe, <[www.medbase.ch/news-medizin/detail/news/zur-rose-schweiz-stoesst-zur-medbase-gruppe](http://www.medbase.ch/news-medizin/detail/news/zur-rose-schweiz-stoesst-zur-medbase-gruppe)> (16.02.2023); Webseite Zur Rose Group AG, Zur Rose-Gruppe übergibt erfolgreiches Schweizer Geschäft an Migros, um sich auf Wachstum in Deutschland zu konzentrieren, <<https://ir.zurrosegroup.com/de/news/zur-rose-gruppe-uebergibt-erfolgreiches-schweizer-geschaef-an-migros-um-sich-auf-wachstum-in-deutschland-zu/93d52f44-848c-4d66-a207-8c74e3b8356d>> (16.02.2023). Zur Rose wäre nach Durchführung dieses Zusammenschlussvorhabens Teil der Migros-Gruppe. Darauf wird eingegangen in den Rz 106 und 158.

<sup>67</sup> Das Sekretariat hat die Angaben der Zusammenschlussparteien auf der Basis von Kundinnen- und Kundendaten der Galenica-Gruppe, der NOWEDA-Gruppe, der PHOENIX-Gruppe, der Voigt-Gruppe und der Zur Rose-Gruppe für das Jahr 2021 geprüft. Die Prüfung ergab, [...]. Aufgrund des geringen Einflusses dieser Erkenntnis auf die Marktanteile im Jahr 2021 wird im Folgenden trotzdem auf die Angaben der Zusammenschlussparteien abgestellt.

<sup>68</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>69</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; DAMIEN J. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbuch of Antitrust Economics, Buccirosi (Hrsg.), 2008, 183–211, 205.

<sup>70</sup> RPW 2021/2, 457 Rz 192, *Liberty Global/Sunrise*.

<sup>71</sup> RPW 2021/2, 457 Rz 193, *Liberty Global/Sunrise*; RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 S. 5 ff. (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), Rz 68 ff.

<sup>72</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 72.

92. Auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz präsentiert sich die Marktentwicklungsentwicklung in den Jahren 2019 bis 2021 wie folgt:

Tabelle 3: Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerberinnen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz in den Jahren 2019–2021.

| Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz | Marktanteil [%]         |              |                   |               |                 | Gesamtmarkt [Mio. Fr.] |
|--|-------------------------|--------------|-------------------|---------------|-----------------|------------------------|
|  | Zusammenschlussparteien |              | Wettbewerberinnen |               |                 |                        |
| Jahr   | PHOENIX-Gruppe          | Voigt-Gruppe | Galenica-Gruppe   | NOWEDA-Gruppe | Zur Rose-Gruppe |                        |
| 2019   | [20–30]                 | [10–20]      | [50–60]           | [0–10]        | [0–10]          | 3167                   |
| 2020   | [20–30]                 | [10–20]      | [50–60]           | [0–10]        | [0–10]          | 3287                   |
| 2021   | [10–20]                 | [10–20]      | [50–60]           | [0–10]        | [0–10]          | 3462                   |

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien, Daten von Drittanbietern (IQVIA Holdings Inc.; Schweizerischer Apothekerverband [pharmaSuisse]) sowie Schätzungen der Zusammenschlussparteien.

93. Auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz wird das GU nach dem Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich über einen Marktanteil von [30–40] % verfügen. Grösste Wettbewerberin auf diesem Markt wäre auch nach dem Zusammenschlussvorhaben die Galenica-Gruppe mit einem Marktanteil von [50–60] %. Zweitgrösste Wettbewerberin wäre die NOWEDA-Gruppe mit einem Marktanteil von [0–10] %. Die Zur Rose-Gruppe hält gemäss den Zusammenschlussparteien einen Marktanteil von [0–10] %. Die Marktanteile aller erwähnten Unternehmen waren in den Jahren 2019–2021 relativ konstant, wobei die PHOENIX-Gruppe und die NOWEDA-Gruppe einen geringen Marktanteilsrückgang verzeichneten, während die Galenica-Gruppe einen geringen Marktanteilszuwachs erzielte.

94. In *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft* stellte die WEKO fest, dass die Galenica-Gruppe auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz mit einem Marktanteil von 50–60 % im Jahr 2015 eine marktbeherrschende Stellung innehatte.<sup>73</sup> Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben würde die Wettbewerbssituation insofern verändern, als die Galenica-Gruppe nicht mehr die klare Marktführerin und das GU (anders als Amedis und Voigt je allein) nicht mehr deutlich kleiner als die Galenica-Gruppe wäre.<sup>74</sup> So ergab die Marktbefragung, dass eine überwiegende Mehrzahl der befragten Apotheken erwartet, dass das GU (im Vergleich zu Amedis und Voigt je einzeln) über ein breiteres Sortiment und bessere Lieferbedingungen (Lieferzeiten, Anzahl Touren, etc.) verfügen wird, wobei diese Kriterien für die Apotheken zu den wichtigsten Kriterien bei der Auswahl einer Pharmagrosshändlerin gehören.<sup>75</sup> Gleichwohl hätte die Galenica-Gruppe weiterhin einen Marktanteilsvorsprung von [10–20] %. Auch würde sich nichts daran ändern, dass die 372 eigenen und Joint-Venture-Apotheken der Galenica-Gruppe<sup>76</sup> (im Vergleich zu nur rund 90 BENU-Apotheken, die zur

PHOENIX-Gruppe gehören<sup>77</sup>) ihren Wettbewerberinnen nicht oder nur beschränkt offenstehen.

95. Bei dieser Ausgangslage, insbesondere der weiterhin starken Stellung der Galenica-Gruppe, bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine Einzelmarktbeherrschung auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz begründet oder verstärkt.

#### B.4.3.3.2. Kollektive Marktbeherrschung

96. Ein Zusammenschluss kann nicht nur eine Einzelmarktbeherrschung (Rz 91 ff.), sondern auch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder

<sup>73</sup> RPW 2018/2, 403 Rz 162, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>74</sup> RPW 2018/2, 403 Rz 162, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>75</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 8 f. und 12; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 9 und 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 7 und 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 6 und 12; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 9 und 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 7 und 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 8 und 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 9 und 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 10; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 9 und 13.

<sup>76</sup> Webseite Galenica AG, Pharmacies, <[www.galenica.com/de/uebergalenica/products-care/pharmacies.php](http://www.galenica.com/de/uebergalenica/products-care/pharmacies.php)> (16.02.2023).

<sup>77</sup> Webseite Pharmacies BENU SA, Die Gruppe, <[www.benu.ch/de/die-gruppe](http://www.benu.ch/de/die-gruppe)> (16.02.2023).

verstärken.<sup>78</sup> Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind.<sup>79</sup>

97. Zu prüfen ist, ob sich Anhaltspunkte ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung des GU und der Galenica-Gruppe begründet oder verstärkt. Hierzu ist zu untersuchen, ob Anreize zu koordiniertem Verhalten gegeben sind und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.

98. Das Europäische Gericht ging im Leitentscheid *Airtours gegen Kommission* davon aus, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehen kann, wenn jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es in Wahrung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor auf eine Vereinbarung im Sinne einer Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerberinnen oder die Kundinnen und Kunden und die Verbraucherinnen und Verbraucher wirksam reagieren können.<sup>80</sup> Das Europäische Gericht geht daher davon aus, dass zwischen den beteiligten Unternehmen ein gemeinsames Verständnis der wirtschaftlichen Machbarkeit und Vorteilhaftigkeit hinsichtlich eines koordinierten Verhaltens bestehen muss. Damit ein solches gemeinsames Verständnis vorliegen kann, müssen gemäss Europäischem Gericht drei Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>81</sup>

- **Transparenz:** Jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols muss das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht.
- **Innere Stabilität:** Die stillschweigende Koordinierung muss auf Dauer erfolgen können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Mitglieder des beherrschenden Oligopols können nur dann, wenn sie alle ein Parallelverhalten beibehalten, davon profitieren. Diese Voraussetzung schliesst daher Gegenmassnahmen (Abschreckungsmittel) im Fall eines Abweichens vom gemeinsamen Vorgehen ein.
- **Äussere Stabilität:** Die voraussichtlichen Reaktionen der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher dürfen die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellen.

99. In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung folgende Indikatoren herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile, Marktkonzentration, Symmetrien, Stabilität der Marktverhältnisse, Markttransparenz, Stellung der Marktgegenseite, potenzielle Konkurrenz, Multimarktbeziehungen und Sanktionsmechanismen.<sup>82</sup> Diese Kriterien zur Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung konkretisieren die im *Airtours*-Entscheid des Europäischen Gerichts verwendeten Voraussetzungen (Rz 98).<sup>83</sup> In vergleichbarer Weise prüfen

auch andere Wettbewerbsbehörden die kollektive Marktbeherrschung anhand solcher Indikatoren.<sup>84</sup>

100. Bei den Indikatoren handelt es sich nicht in dem Sinne um kumulative Kriterien, dass sie alle vollumfänglich erfüllt sein müssten, damit von kollektiver Marktbeherrschung ausgegangen werden kann. Vielmehr sind die einzelnen Kriterien und deren Wechselwirkungen untereinander anhand des konkreten Einzelfalls zu betrachten und zu gewichten. Dies hat zur Folge, dass selbst wenn ein Kriterium nicht für kollusives Verhalten spricht, eine kollektive Marktbeherrschung aufgrund der Gesamtbetrachtung dennoch vorliegen kann.<sup>85</sup> Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf den zu prüfenden Märkten.<sup>86</sup> Die vorgenannten Indikatoren (Rz 99) werden nachstehend im Einzelnen geprüft.

<sup>78</sup> Vgl. zum ökonomischen Hintergrund ROBERT H. PORTER, Mergers and coordinated effects, *International Journal of Industrial Organization* 73, 2020, 102 583–102 603; NATALIA FABRA/MASSIMO MOTTA, Assessing coordinated effects in merger cases, in: Corchón/Marini (Hrsg.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Volume II: Applications, 2018, 91–122; KAI-UWE KÜHN, The Coordinated Effects of Mergers, in: Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of antitrust economics*, 2008, 105–144; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, The Economics of Tacit Collusion: Implications for Merger Control, in: Gohsal/Stennek (Hrsg.), *The Political Economy of Antitrust*, 2007, 217–239.

<sup>79</sup> RPW 2021/2, 482 Rz 314, *Liberty Global/Sunrise* m. w. H.

<sup>80</sup> Europäisches Gericht, ECLI:EU:T:2002:146, Rz 61, *Airtours plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*.

<sup>81</sup> Europäisches Gericht, ECLI:EU:T:2002:146, Rz 62, *Airtours plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Rz 71), Rz 42. Der Europäische Gerichtshof hat diese Voraussetzungen für vereinbar mit seiner Praxis erklärt, vgl. Europäischer Gerichtshof, ECLI:EU:C:2008:392, Rz 123 f., *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America gegen Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*.

<sup>82</sup> RPW 2021/2, 482 Rz 314, *Liberty Global/Sunrise* m. w. H.

<sup>83</sup> RPW 2020/2, 810 Rz 359, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>84</sup> Vgl. Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, Paris 2020 (nachfolgend: Autorité de la concurrence), Rz 742 ff.; Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Bonn 2012 (nachfolgend: Bundeskartellamt), Rz 84 ff.; Competition & Markets Authority, Merger Assessment Guidelines, London 2021, Rz 6.10 ff.; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Guide for Horizontal Merger Review, Brasília 2016, Kapitel 2.7; U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, Washington 2010 (nachfolgend: US-Horizontal Merger Guidelines), Kapitel 7.2. Vgl. auch OECD Secretariat, Competition enforcement in oligopolistic markets, Issues paper by the Secretariat, Paris 2015, Rz 22.

<sup>85</sup> RPW 2020/2, 810 Rz 359, *Sunrise/Liberty Global*; vgl. auch Europäischer Gerichtshof, ECLI:EU:C:2008:392, Rz 125, *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America gegen Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*.

<sup>86</sup> RPW 2021/2, 482 Rz 311, *Liberty Global/Sunrise* m. w. H.

a) Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

101. Die WEKO ging in ihrer Praxis davon aus, dass das Vorliegen kollektiver Marktbeherrschung konsolidierte Marktanteile von 50–60 % oder mehr erfordert.<sup>87</sup> Auch hohe konsolidierte Marktanteile präjudizieren jedoch für sich allein genommen keine kollektive Marktbeherrschung.<sup>88</sup> Es sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im Allgemeinen ist die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung umso höher, je höher die Marktkonzentration ist.<sup>89</sup> Eine geringe Anzahl von Wettbewerbern erleichtert sowohl die Einigung über Marktmodalitäten als auch deren Überwachung.<sup>90</sup> Je höher der gemeinsame Marktanteil ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensspielräume der Oligopolisten ausserhalb der Oligopolgruppe eingeschränkt werden.<sup>91</sup>

102. Vorliegend beträgt der konsolidierte Marktanteil des GU und der Galenica-Gruppe nach Durchführung des

Zusammenschlussvorhabens [80–90] % (vgl. Tabelle 3; Rz 92). Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und der Galenica-Gruppe waren in den Jahren 2019–2021 relativ stabil mit [10–20]–[20–30] % für die PHOENIX-Gruppe, [10–20] % für die Voigt-Gruppe und [50–60]–[50–60] % für die Galenica-Gruppe. PharmaFocus verfügte ebenfalls über stabile Marktanteile von [0–10]–[0–10] %.

103. Was die Marktkonzentration anbelangt, beläuft sich der Herfindahl-Hirschman-Index (nachfolgend: HHI)<sup>92</sup> auf 3315 vor dem Zusammenschlussvorhaben und 3923 nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens (vgl. nachstehend Tabelle 4). Gemessen am HHI handelt es sich beim Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal um einen stark konzentrierten Markt.<sup>93</sup> Der Zuwachs des HHI um 608 Indexpunkte ist zudem als starker Zuwachs zu werten.

Tabelle 4: HHI betreffend den Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz im Jahr 2021.

| Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)               |      |
|--|------|
| Vor Durchführung des Zusammenschlussvorhabens  | 3315 |
| Nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens | 3923 |
| Änderung                                       | 608  |

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Daten der Zusammenschlussparteien.

104. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass die Stabilität der Marktanteile vorliegend nur eine scheinbare sei. Insbesondere nehme die Marktpräsenz der NOWEDA-Gruppe (mit PharmaFocus; Rz 83) und der Zur Rose-Gruppe (mit Zur Rose; Rz 84) zu.<sup>94</sup> Zudem wachse auch die Bedeutung von Direktbelieferungen durch Pharmaherstellerinnen an den Detailhandel (unter Auslassung der Stufe Pharmagrosshandel) und stelle eine effektive Ausweichmöglichkeit dar. Der Anteil der Direktlieferungen am Gesamtmarkt im Apothekenkanal liege bei über [10–20] %.<sup>95</sup>

105. Die NOWEDA-Gruppe verfügt mit PharmaFocus auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz über einen Marktanteil von [0–10] %. PharmaFocus wurde im Jahr 2001 als Teilgrossistin gegründet. Im Jahr 2013 wurde PharmaFocus Teil der deutschen NOWEDA-Gruppe (Jahresumsatz im Geschäftsjahr 2021/2022: 8,97 Milliarden Euro<sup>96</sup>) und nahm im Jahr 2014 die Tätigkeit als Vollgrossistin auf.<sup>97</sup> PharmaFocus positionierte sich konsequent als Pharmagrosshändlerin für unabhängige Apotheken, die keine Apothekenketten unter einheitlicher Leitung beliefert (hingegen beliefert sie Apothekengruppierungen, deren

<sup>87</sup> RPW 2008/1, 187 Rz 475, Migros/Denner, RPW 2011/2, 241 Rz 102, Eierhandel.

<sup>88</sup> RPW 2008/3, 451 ff. Rz 262 ff., Heineken/Eichhof, RPW 2018/2, 409 Rz 213, Galaxis/Pharmapool; RPW 2020/2, 840 f. Rz 575 ff., Sunrise/Liberty Global.

<sup>89</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 39.

<sup>90</sup> Vgl. EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 42; Autorité de la concurrence (Fn 84), Rz 744.

<sup>91</sup> Vgl. Bundeskartellamt (Fn 84), Rz 88.

<sup>92</sup> Der HHI ist ein Konzentrationsmass, welches aus der Summe der quadrierten Marktanteile der in einem Markt tätigen Unternehmen berechnet wird. Je höher der HHI ist, desto stärker ist der Markt konzentriert. Bei einem Monopol (100 % Marktanteil) eines einzelnen Unternehmens beträgt der HHI 10 000.

<sup>93</sup> Die Europäische Kommission (EU-Horizontalleitlinien [Fn 71], Rz 6) erachtet einen HHI von unter 1000 als grundsätzlich unbedenklich; ein HHI bis 2000 wird als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 250 Punkte beträgt; ein HHI von über 2000 wird als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 150 Punkte beträgt. Das US Department of Justice und die Federal Trade Commission (US-Horizontal Merger Guidelines [Fn 84], Kapitel 5.3) sprechen von unkonzentrierten Märkten bei einem HHI unter 1500, von moderat konzentrierten Märkten bei einem HHI zwischen 1500 und 2500 und von hochkonzentrierten Märkten bei einem HHI über 2500.

<sup>94</sup> Meldung, Rz 329 ff.

<sup>95</sup> Meldung, Rz 333.

<sup>96</sup> Webseite NOWEDA Apothekergenossenschaft eG, NOWEDA erwirtschaftet erneut Umsatzplus, <www.noweda.de/intern/news-detail-seite-1/noweda-erwirtschaftet-erneut-umsatzplus#:~:text=Die%20NOWEDA%2DGruppe%20steigerte%20ihren,Euro.> (16.02.2023).

<sup>97</sup> Webseite PharmaFocus AG, PharmaFocus – Wer sind wir?, <www.pharmafocus.ch/index.php/de/unternehmen/pharmafocus-wer-sind-wir> (16.02.2023).

Mitglieder unabhängige Apotheken sind). Diese Positionierung wurde im Rahmen der Marktbefragung bestätigt.<sup>98</sup> PharmaFocus versteht sich zudem selbst als «Marktregulativ».<sup>99</sup> [...] <sup>100</sup> Was die zu erwartende Entwicklung der Marktanteile anbelangt, schätzt PharmaFocus das eigene Wachstumspotenzial in den nächsten zwei Jahren auf [...].<sup>101</sup> Während bisher neben der NOWEDA-Gruppe auch die Voigt-Gruppe Apotheken als Kundinnen mit dem Argument gewinnen konnte, dass sie keine eigenen Apotheken (und damit keine Eigeninteressen auf Stufe Apotheken) hat, wird dies das GU infolge des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens voraussichtlich nicht mehr in gleicher Weise tun können, weil die PHOENIX-Gruppe mit den BENU-Apotheken über eine eigene Apothekenkette verfügt. Zwar werden die BENU-Apotheken nicht in das GU eingebracht (sie werden weiterhin ausschliesslich von der PHOENIX-Gruppe kontrolliert sein), doch folgt aus der Marktbefragung, dass das GU gemäss Marktwahrnehmung zumindest von einem Teil der befragten Apotheken nicht als Pharmagrosshändlerin ohne Eigeninteressen auf Stufe Apotheken eingeordnet werden wird.<sup>102</sup> Eine befragte Apotheke drückte dies wie folgt aus: «Neu hat das JV dann auch eine Kette drin (benu von Amedis / Phönix). Bisher war Voigt 'sauber' [...]».<sup>103</sup> [...] <sup>104</sup> Insgesamt ist davon auszugehen, dass PharmaFocus aufgrund ihrer Positionierung (erhöhte Glaubwürdigkeit mangels eigener Interessen auf Stufe Apotheken) Wettbewerbsdruck auf das GU und die Galenica-Gruppe ausüben wird. Inwiefern PharmaFocus deshalb die Rolle eines «Maverick» einnehmen wird, kann aufgrund der Zusammenschlussmeldung und der Marktbefragung nicht abschliessend beurteilt werden. Die Marktanteilsentwicklung der NOWEDA-Gruppe in den Jahren 2019–2021 ([0–10]–[0–10] %) liefert keine klaren Hinweise, die für sich allein auf eine instabile Marktstruktur hindeuten würden.

106. Was die Präsenz der Zur Rose-Gruppe auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz anbelangt, geht das Sekretariat [...] davon aus, dass sowohl die Marktanteilsschätzung der Zusammenschlussparteien ([0–10] %) als auch die Darstellung des von ihr ausgehenden Wettbewerbsdrucks übertrieben sind. Während die Zur Rose-Gruppe auf dem Markt für den Pharmagrosshandel *im SD-Ärzt kanal* über einen bedeutenden Marktanteil von [30–40] % verfügt, [...] <sup>105</sup> [...] <sup>106</sup> [...] <sup>107</sup> [...], ist sie als aktuelle Wettbewerberin nicht weiter zu berücksichtigen (vgl. zum potenziellen Wettbewerb Rz 158).<sup>108</sup>

107. Hinsichtlich Direktbelieferungen der Apotheken kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden (Rz 52 f.). Direktbelieferungen üben zwar unter Umständen eine disziplinierende Wirkung auf den Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz aus, sind jedoch nicht als Teil dieses Marktes zu betrachten und daher vorliegend nicht zu berücksichtigen.

108. Zusammengefasst würde das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz zu einer Reduktion von vier zu drei Wettbewerberinnen führen. Sowohl der konsolidierte Marktanteil des GU und der Galenica-Gruppe

([80–90] %) als auch die Marktkonzentration (HHI: 3923; Zuwachs: 608) wären als hoch einzustufen.

109. Die Anzahl beteiligter Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens sprechen deshalb eher für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

#### b) Symmetrien

110. Symmetrien zwischen Wettbewerberinnen können kollusives Verhalten begünstigen. Aufgrund ähnlicher Interessen und Anreize ist eine Verständigung auf Koordinationsmodalitäten umso einfacher, je symmetrischer Unternehmen sind. Die Symmetrie kann sich auf verschiedene Faktoren wie etwa Marktanteile, Interessen, Kostenstruktur, vertikale Integration, Produkteportfolio, Kapazitäten, oder Technologie beziehen, die im Einzelfall von unterschiedlicher Bedeutung sein können.<sup>109</sup>

111. Das Zusammenschlussvorhaben würde zu einem konsolidierten *Marktanteil des GU* von rund [30–40] % führen. Die Galenica-Gruppe verfügt über einen Marktanteil von [50–60] %. Damit würde sich das GU dem Marktanteil der Galenica-Gruppe annähern im Vergleich zu den Marktanteilen der beiden Zusammenschlussparteien je einzeln betrachtet (PHOENIX-Gruppe: [10–20] %; Voigt-Gruppe: [10–20] %). Während die Symmetrie in dieser Hinsicht zunimmt, behält die Galenica-Gruppe nicht weniger einen Marktanteilsvorsprung von rund [10–20] %.

112. Was *Interessen- und Kostensymmetrien* anbelangt, wird nachstehend auf die vertikale Integration, die Präsenz in verschiedenen Kanälen des Pharmagrosshandels, die geografische Verteilung der Vertriebszentren und deren technologischen Stand eingegangen.

<sup>98</sup> Vgl. Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9. Vgl. auch Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 12 und 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 17; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 5; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 13.

<sup>99</sup> Webseite PharmaFocus AG, PharmaFocus bewegt, <[www.pharmafocus.ch/index.php/de/unternehmen/erreichtes](http://www.pharmafocus.ch/index.php/de/unternehmen/erreichtes)> (16.02.2023).

<sup>100</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 15 und 16.

<sup>101</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 12.

<sup>102</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 18; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 5, 6, 8 und 17; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 7.

<sup>103</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 18.

<sup>104</sup> [...].

<sup>105</sup> [...].

<sup>106</sup> [...].

<sup>107</sup> [...].

<sup>108</sup> [...].

<sup>109</sup> RPW 2020/2, 823 f. Rz 449 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2018/4, 906 Rz 276, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2010/3, 358 Rz 274 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; Autorité de la concurrence (Fn 84), Rz 745; Bundeskartellamt (Fn 84), Rz 95; EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 48.

113. Gemäss Zusammenschlussparteien soll das GU *vertikal integriert* sein und Dienstleistungen in den Bereichen Pharmagrosshandel und PWS erbringen (Rz 1). Auch die Galenica-Gruppe ist mit ihren Tochtergesellschaften Galexis und UFD (Pharmagrosshandel) sowie Alloga (PWS) auf diesen Marktstufen tätig (Rz 82). Gemäss den Zusammenschlussparteien bestehen trotzdem erhebliche Asymmetrien zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe. So sei die Galenica-Gruppe mit Aktivitäten auf den Marktstufen Herstellung, PWS, IT-Dienstleistungen, Pharmagrosshandel und Detailhandel vollständig vertikal integriert und könne so Verbundeffekte erzielen.<sup>110</sup> Diese Möglichkeit stehe dem GU nicht offen, weil die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien auf der Detailhandelsstufe nicht in das GU eingebracht würden.<sup>111</sup> Zudem hätten die Zusammenschlussparteien auf der Detailhandelsstufe unterschiedliche Interessen, da die PHOENIX-Gruppe mit der BENU-Apothekenkette über 90 Apotheken verfüge, während die Voigt-Gruppe [...] (...) kontrolliere. Damit bestehe für das GU ein Anreiz, sich als unabhängige und neutrale Grosshändlerin zu positionieren, während die Galenica-Gruppe einen Anreiz habe, ihren eigenen Apotheken eine möglichst gute Marktposition zu verschaffen.<sup>112</sup>

114. Die Marktbefragung des Sekretariats hat ergeben, dass das GU zumindest von einem Teil der Apotheken nicht als unabhängige Pharmagrosshändlerin ohne Eigeninteressen auf der Marktstufe Apotheken wahrgenommen wird, weil die PHOENIX-Gruppe die BENU-Apotheken kontrolliert (Rz 105). Da die PHOENIX-Gruppe über das GU eine negative Kontrolle ausüben wird (Rz 22), ist davon auszugehen, dass zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe auch auf der Marktstufe Apotheken eine gewisse Symmetrie bestehen könnte. Eine weitere potenzielle Symmetrie mittels negativer Kontrolle besteht insofern, als die PHOENIX-Gruppe (mit der Eigenmarke Livsane) wie die Galenica-Gruppe (mit der Eigenmarke Verfora) auch auf der Marktstufe Herstellung tätig ist.<sup>113</sup>

115. Zumindest auf der Marktstufe Apotheken überwiegen jedoch trotz potenzieller strukturellen Symmetrien die Interessengegensätze zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe. So kontrolliert die Galenica-Gruppe mit 372 Apotheken (Amavita, Sun Store und – im Joint Venture mit der Coop Genossenschaft – Coop Vitality<sup>114</sup>) rund viermal mehr Apotheken als die PHOENIX-Gruppe mit 90 BENU-Apotheken.<sup>115</sup> Damit kann die Galenica-Gruppe gemäss den Zusammenschlussparteien wesentlich höhere Umsätze mit eigenen Apotheken erzielen als die PHOENIX-Gruppe.<sup>116</sup> Diese Umsätze würden eine Grundauslastung und damit gleichsam einen garantierten Beitrag an die Fixkosten sicherstellen, welchen die Galenica-Gruppe grundsätzlich nicht verlieren könne und der es ihr ermögliche, gruppenfremden Apotheken besonders attraktive Angebote zu machen.<sup>117</sup> Diese grundsätzlich überzeugenden Argumente sprechen für eine Interessen- und Kosten-Asymmetrie auf der Marktstufe Apotheken. Dass zudem sowohl das GU als auch die Galenica-Gruppe ihr Apothekennetz ausbauen wollen,<sup>118</sup> mithin eine Wachstumsstrategie verfolgen, ist vorliegend nicht primär als Symmetrie, sondern als bedeutender Anreiz gegen gleichförmiges Verhalten des GU und der Galenica-Gruppe zu betrachten.

116. Insgesamt ergibt sich hinsichtlich der vertikalen Integration kein einheitliches Bild in Bezug auf Interessen- und Kostensymmetrien. Zwar bestehen zwischen dem GU (teilweise nur der PHOENIX-Gruppe) einerseits und der Galenica-Gruppe andererseits durch die Präsenz auf den Marktstufen Herstellung, PWS, Pharmagrosshandel und Apotheken strukturelle Symmetrien. Während diese auf den Marktstufen PWS und Pharmagrosshandel zu Interessen- und Kostensymmetrien führen können, fliessen die Interessen der PHOENIX-Gruppe auf den Marktstufen Herstellung und Apotheken nur mittels negativer Kontrolle in das GU ein, wobei die Interessen der Voigt-Gruppe, die ebenfalls eine negative Kontrolle über das GU ausübt, divergieren können. In Bezug auf die Marktstufe Apotheken bestehen zudem entgegengesetzte Wachstumsstrategien, die gegen ein gleichförmiges Verhalten des GU und der Galenica-Gruppe sprechen.

117. Sowohl das GU als auch die Galenica-Gruppe bedienen voraussichtlich alle vier *Pharmagrosshandelskanäle*: Apotheken, Drogerien, SD-Ärztenschaft und Spitäler. Im umsatzmässig wichtigsten Apothekenkanal bestehen gewisse Interessen- und Kostensymmetrien, jedoch auch bedeutende Interessengegensätze (Rz 113 ff.). Im umsatzmässig zweitwichtigsten Kanal, dem Kanal SD-Ärztenschaft, ist die Galenica-Gruppe mit einem Marktanteil von [30–40] % die grösste Marktteilnehmerin, während das GU auf diesem Markt über einen Marktanteil von lediglich [0–10] % verfügen würde. Gemäss den Zusammenschlussparteien führt die unterschiedlich grosse Präsenz auf diesem Markt dazu, dass die Galenica-Gruppe von Verschiebungen des Arzneimittelbezugs durch Konsumentinnen und Konsumenten zwischen den Kanälen SD-Ärztenschaft und Apotheken kaum betroffen wäre, während solche Verschiebungen auf das GU grössere Auswirkungen hätten.<sup>119</sup> Diese Ausgangslage kann hinsichtlich des Kanals SD-Ärztenschaft in Kantonen, welche die Arzneimittelabgabe durch die Ärzteschaft zulassen, eine gewisse Interessen- und Kosten-Asymmetrie zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe begründen. Hinsichtlich der umsatzmässig weniger bedeutenden Kanäle könnten im Drogeriekanal angesichts sehr ähnlicher Marktanteile (GU: [50–60] %; Galenica-Gruppe: [40–50] %) Interessen-

<sup>110</sup> Meldung, Rz 366.

<sup>111</sup> Meldung, Rz 366.

<sup>112</sup> Meldung, Rz 367; Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, S. 2. Vgl. auch Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 17.

<sup>113</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 4.

<sup>114</sup> Webseite Galenica AG, Pharmacies, <[www.galenica.com/de/uebergalenica/products-care/pharmacies.php](http://www.galenica.com/de/uebergalenica/products-care/pharmacies.php)> (16.02.2023).

<sup>115</sup> Die Zusammenschlussparteien beziffern die Anzahl Apotheken, deren Belieferung tatsächlich der Galenica-Gruppe vorbehalten ist, mit rund 500, weil zusätzlich 110 Apotheken Partner der Galenica-Tochtergesellschaft Winconcept AG seien und von gemeinsam geführten Verhandlungen profitieren würden (Meldung, Rz 262, 366).

<sup>116</sup> Meldung, Rz 220. Vgl. auch Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 17.

<sup>117</sup> Meldung, Rz 220.

<sup>118</sup> Meldung, Beilage 27, S. 17; Galenica AG, Geschäftsbericht 2021, S. 2, 4, 17, 40.

<sup>119</sup> Meldung, Rz 370.

und Kostensymmetrien bestehen, wohingegen solche Symmetrien im Spitalkanal aufgrund der grösseren Präsenz der Galenica-Gruppe (GU: [10–20] %; Galenica-Gruppe: [80–90] %) unwahrscheinlicher sind.

118. Hinsichtlich der *geografischen Verteilung der Verteilzentren* für den Apothekenkanal werden voraussichtlich sowohl das GU als auch die Galenica-Gruppe über Verteilzentren in der Genfersee-Region<sup>120</sup> und im Kanton Bern<sup>121</sup> verfügen.<sup>122</sup> Dahingegen wird nur das GU ein für den Apothekenkanal relevantes Verteilzentrum in der Ostschweiz<sup>123</sup> führen und nur die Galenica-Gruppe eines in der italienischsprachigen Schweiz.<sup>124</sup> In Regionen, in denen eine Grosshändlerin aufgrund der räumlichen Nähe einen Wettbewerbsvorteil hat, ist ihr Interesse an kollusivem Verhalten tendenziell geringer. Während aufgrund der Lage der Verteilzentren in der Westschweiz und im Kanton Bern gewisse Interessen- und Kostensymmetrien bestehen können, ist hinsichtlich der Ostschweiz und der italienischsprachigen Schweiz von Interessen- und Kosten-Asymmetrien auszugehen.

119. Was das *Produkteportfolio* anbelangt, verfügt die Galenica-Gruppe gemäss den Zusammenschlussparteien über ein Sortiment von rund [50 000–75 000] Lagerartikeln, während die PHOENIX-Gruppe über rund [25 000–50 000] Lagerartikel und die Voigt-Gruppe über rund [25 000–50 000] Lagerartikel verfügt. Zwar werde das GU den Rückstand an Lagerartikeln verringern können, doch werde das Sortiment der Galenica-Gruppe weiterhin grösser sein.<sup>125</sup> Anlässlich der Marktbefragung äusserten sich sodann viele Apotheken dahingehend, dass sie mit einer Vergrösserung des Sortiments des GU rechnen (Rz 94).<sup>126</sup> Insgesamt wird so erwartet, dass die Symmetrie zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe hinsichtlich des Produkteportfolios zunehmen wird, wenn auch die Galenica-Gruppe weiterhin über das grösste Sortiment verfügen dürfte.

120. Hinsichtlich des *technologischen Stands der Verteilzentren* folgt aus der Meldung und aus der Marktbefragung, dass die Voigt-Gruppe in Niederbipp (BE) [...] <sup>127</sup> Das im Jahr 2021 eröffnete Verteilzentrum kann sowohl für den absatzkanalübergreifenden Pharmagrosshandel als auch für PWS-Dienstleistungen genutzt werden (sog. hybrides Verteilzentrum).<sup>128</sup> Es verfügt über einen Automatisierungsgrad von rund [50–100] % und [...].<sup>129</sup> [...] <sup>130</sup> Die Zusammenschlussparteien und die Galenica-Gruppe gehen sodann davon aus, dass die bisher auf die Deutschschweiz konzentrierte Tätigkeit des Verteilzentrums in Niederbipp (BE) nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens auf die ganze Schweiz ausgeweitet wird.<sup>131</sup> Hinsichtlich der Verteilzentren der übrigen Marktteilnehmerinnen ergab die Marktbefragung, dass [...].<sup>132</sup> Finden in einer Branche regelmässig und zeitlich um mehrere Jahre verschoben Modernisierungen der Infrastruktur von Wettbewerbern statt, führt dies gerade nicht zu technologischen Symmetrien, die kollusives Verhalten fördern. Vielmehr erhöht der jeweils vorübergehende technologische Vorteil der einen Wettbewerberin den Druck auf die Konkurrenz, ebenfalls in die Modernisierung der Infrastruktur zu investieren.

121. Zusammengefasst nimmt die Symmetrie insbesondere in Bezug auf Marktanteile und das Produkteportfo-

lio zu, wenn auch die Galenica-Gruppe in beiden Bereichen einen quantitativen Vorsprung behält. Nicht eindeutig ist das Bild hinsichtlich Interessen- und Kostensymmetrien. So bestehen zwar bei der vertikalen Integration gewisse Symmetrien, doch spricht insbesondere die von der Galenica-Gruppe und der PHOENIX-Gruppe verfolgte Wachstumsstrategie im Apothekenbereich gegen einen Anreiz zu gleichförmigem Verhalten. Was den technologischen Stand der Infrastruktur angeht, ist eher von Asymmetrien auszugehen. Damit bestehen hinsichtlich möglicher Symmetrien nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens sowohl Argumente für als auch Argumente gegen die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

### c) Markttransparenz

122. Eine hohe Markttransparenz kann kollusives Verhalten begünstigen. Je besser das Marktverhalten anderer Unternehmen beobachtet werden kann, desto einfacher fällt die Abstimmung mit diesen. Zudem ermöglicht eine hohe Markttransparenz die Überwachung der Einhaltung kollusiven Verhaltens durch andere Marktteilnehmer. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Beobachtbarkeit von Preisen auf dem relevanten Markt. Senkt beispielsweise eine Anbieterin auf dem Markt ihren Preis und ist dies für die anderen Marktteilnehmer ersichtlich, so können sie direkt mit Gegenmassnahmen reagieren und so gegebenenfalls verhindern, dass ein Teil ihrer Kundinnen und Kunden zur Konkurrenz abwandert. Sind hingegen die Abweichungen vom kollusiven Verhalten nicht beobachtbar, kann eine Anbieterin, die sich einem Nachfrageeinbruch gegenübergestellt sieht, nicht ohne weiteres abschätzen, ob dies darauf zurückzuführen ist, dass eine Konkurrentin sie im Preis unterboten hat oder dass die Nachfrage auf dem Markt aus einem anderen Grund zurückgegangen ist.<sup>133</sup>

<sup>120</sup> GU: Puidoux (VD); Galenica-Gruppe: Ecublens (VD).

<sup>121</sup> GU und Galenica-Gruppe: Niederbipp (BE).

<sup>122</sup> [...].

<sup>123</sup> Romanshorn (TG). Das Verteilzentrum Widnau (SG) der Galenica-Gruppe ist auf den Kanal SD-Ärztenschaft fokussiert; vgl. Webseite Pharmapool AG, Alles, was es zur Selbstdispensation benötigt, <[www.pharmapool.ch/leistungen-1](http://www.pharmapool.ch/leistungen-1)> (16.02.2023).

<sup>124</sup> Barbengo (TI).

<sup>125</sup> Meldung, Rz 369.

<sup>126</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 8 und 12; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 6; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 10; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9.

<sup>127</sup> Meldung, Rz 55; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 15; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 18.

<sup>128</sup> Meldung, Rz 56–58, 390.

<sup>129</sup> Meldung, Rz 55.

<sup>130</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 15; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 18.

<sup>131</sup> Meldung, Rz 391; Stellungnahme Auskunftsbegehren Galaxis AG, Frage 4.

<sup>132</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 12 und 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 15 und 16; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 13 und 14.

<sup>133</sup> RPW 2018/2, 409 Rz 216, *Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2010/3, 547 Rz 328, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 501, *Migros/Denner*; RPW 2004/3, 702 Rz 75, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 46 und 49 f.

123. Die Preishöhe im Pharmagrosshandel ist nicht reguliert.<sup>134</sup> Pharmagrosshändlerinnen setzen auf der Grundlage des Fabrikabgabepreises eines Pharmaprodukts (Ex-Factory-Preis) ihren Basispreis mittels eines prozentualen Aufschlags fest. Bei Arzneimitteln der Spezialitätenliste ist der Fabrikabgabepreis reguliert (nicht aber der Aufschlag der Pharmagrosshändlerin).<sup>135</sup> Die Festsetzung des Basispreises wird von den Pharmagrosshändlerinnen individuell vorgenommen. Oft besteht sodann nicht ein einziger Basispreis sondern eine Vielzahl gestaffelter Basispreise (z. B. nach Umsatz oder Vertragsdauer, wobei der Basispreis bei einem hohen Umsatz und einer langen Vertragsdauer tiefer ist).<sup>136</sup> Der Basispreis stellt dabei nicht den Nettopreis dar, den Apotheken bezahlen. Zum Basispreis hinzu kommen weitere Aufschläge (z. B. Kosten pro Stopp auf einer Liefertour, Kosten pro Packung/Zeile, Kühlboxaufschlag) sowie Rückvergütungen (z. B. Effizienzbeiträge, Marktentwicklungsbeiträge, Skonti). Diese Preiselemente werden zwischen den Pharmagrosshändlerinnen und ihren Vertragspartnerinnen verhandelt. Dabei variiert nicht nur die von den einzelnen Pharmagrosshändlerinnen verwendete Terminologie und Systematik betreffend Aufschläge und Rückvergütungen, sondern auch die im Einzelfall effektiv angewandte Höhe der Aufschläge und Rückvergütungen bei der gleichen Pharmagrosshändlerin je nach Verhandlungsergebnis.<sup>137</sup> Bei Apotheken, die Teil von Apothekengruppierungen sind, können gar zwei Schichten an Konditionen zur Anwendung gelangen, einerseits die mittels eines Rahmenvertrags für alle Mitgliedapotheken verhandelten Grundparameter und andererseits Zusatzkonditionen, die eine einzelne Mitgliedapothek für sich aushandelt (z. B. weitergehende Rückvergütungen).<sup>138</sup>

124. Die Zusammenschlussparteien führen aus, es bestehe in Bezug auf die Basispreise für Arzneimittel der Spezialitätenliste (deren Fabrikabgabepreis reguliert ist; Rz 123) eine gewisse Transparenz, weil alle Pharmagrosshändlerinnen ihre Basispreise für Pharmaprodukte gemäss dem sogenannten PharmaCode (einem privaten System, das eine eindeutige Identifizierung von Arzneimitteln ermöglichen soll) an eine Tochtergesellschaft der Galenica-Gruppe kommunizieren würden. Der Basispreis sei sowohl für Apotheken als auch für konkurrierende Pharmagrosshändlerinnen einsehbar.<sup>139</sup> In Bezug auf den Basispreis besteht damit Transparenz. In diesem Sinne gab etwa [...] an, sich bei ihrer Preissetzung auch am Basispreis von [...] zu orientieren.<sup>140</sup> Keine Transparenz besteht gemäss den Zusammenschlussparteien in Bezug auf die Nettokonditionen, die für die Apotheken letztlich relevant seien und neben dem Basispreis auf einer Vielzahl weiterer Variablen (Rz 123) beruhen würden.<sup>141</sup> Auf Fragen des Sekretariats hin sagten sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Galexis, dass – gemäss den Zusammenschlussparteien mit der vorerwähnten Ausnahme betreffend Basispreise – durch die Pharmagrosshändlerinnen keine Preiskonditionen anderer Pharmagrosshändlerinnen direkt (z. B. über die eigene Software) einsehbar seien.<sup>142</sup> Die Zusammenschlussparteien und Galexis stellten zudem klar, dass keine Preiskonditionen konkurrierender Pharmagrosshändlerinnen, die von Organen oder Angestellten gruppeneigener Apotheken einsehbar sind, gruppenintern auch Organen oder Angestellten der Phar-

magrosshändlerinnen zugänglich gemacht würden.<sup>143</sup> So führte PHOENIX aus, dass die BENU-Apotheken gar nicht über Preiskonditionen gruppenfremder Pharmagrosshändlerinnen verfügen würden, [...].<sup>144</sup> Voigt gab an, dass die auf unterschiedlichen Marktstufen präsenten Unternehmen vollständig getrennt agieren würden.<sup>145</sup> [...].<sup>146</sup>

125. Die WEKO geht aufgrund dieser Aussagen davon aus, dass den Pharmagrosshändlerinnen die letztlich massgebenden Preiskonditionen von Wettbewerberinnen nicht bekannt sind.<sup>147</sup> Während die Nettopreise damit als komplex und eher intransparent zu bewerten sind, besteht hinsichtlich der Basispreise der Pharmagrosshändlerinnen jedoch eine weitgehende Transparenz (Rz 124).<sup>148</sup> Insgesamt spricht die Markttransparenz nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens deshalb eher für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

<sup>134</sup> Meldung, Rz 340.

<sup>135</sup> Der Fabrikabgabepreis gilt die Leistungen der Herstellungs- und der Vertriebsfirma bis zur Ausgabe ab Lager in der Schweiz ab (Art. 67 Abs. 1<sup>ter</sup> Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995; SR 832.102; nachfolgend: KVV). Ebenfalls reguliert ist bei Arzneimitteln der Spezialitätenliste der Endkundenpreis, ein Höchstpreis, der aus dem Fabrikabgabepreis und dem Vertriebsanteil besteht (Art. 67 Abs. 1<sup>bis</sup> KVV). Der Vertriebsanteil gilt die logistischen Leistungen des Pharmagrosshandels und des Detailhandels ab (z. B. Lagerhaltung, Transport, Personal) (Art. 67 Abs. 1<sup>quater</sup> KVV). Der Vertriebsanteil (die Marge, die sich der Pharmagrosshandel und der Detailhandel aufteilen) ist nicht reguliert, ist jedoch bei Arzneimitteln der Spezialitätenliste insofern indirekt von der Regulierung betroffen, als er der Differenz von reguliertem Endkundenpreis und reguliertem Fabrikabgabepreis entspricht.

<sup>136</sup> Vgl. hinsichtlich Staffellungen Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Beilage: Vertrag mit [...] vom [...].

<sup>137</sup> Meldung, Rz 184–195. Vgl. die Konditionen von vier Pharmagrosshändlerinnen in Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11.

<sup>138</sup> Meldung, Rz 89. Vgl. auch Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11: «Ketten mit einem Besitzer haben gleiche Bedingungen. Aber jede Gruppierung bis hin zum einzelnen Mitglied hat andere Bedingungen»; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11.

<sup>139</sup> Meldung, Rz 343; Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Frage 5b.

<sup>140</sup> [...].

<sup>141</sup> Meldung, Rz 343; Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Frage 5b.

<sup>142</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Fragen 5b und 11b; Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Galexis AG, Frage 2b.

<sup>143</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Fragen 5a und 11a; Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Galexis AG, Frage 2a (mit Verweis auf Frage 1).

<sup>144</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Frage 5a.

<sup>145</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, Frage 11a.

<sup>146</sup> [...].

<sup>147</sup> Meldung, Rz 344.

<sup>148</sup> Vgl. zum möglichen Zusammenhang von Preiselementen bzw. –komponenten und Endpreisen RPW 2019/3b, 959 f. Rz 2302, *Badezimmer (2. Teil)*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.5.8, *Estée Lauder GmbH gegen Wettbewerbskommission WEKO*. Vgl. auch JOSEPH E. HARRINGTON, The Anticompetitiveness of a Private Information Exchange of Prices, *International Journal of Industrial Organization* 85, 2022, 102 793–102 862; WILLEM H. BOSHOFF/JOHANNES PAHA, List Price Collusion, *Journal of Industry, Competition and Trade* 21, 2021, 393–409.



d) Stellung der Marktgegenseite

126. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab, da eine starke Abnehmerin mit ihrer Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Anbieterinnen stimulieren kann. Hierbei hat die Abnehmerin – je nach Marktmacht – die Möglichkeit, mit einem Wechsel zur Konkurrenz zu drohen, eine potenzielle neue Konkurrentin zu fördern bzw. aufzubauen oder das entsprechende Produkt selbst herzustellen.<sup>149</sup>

127. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass die Verhandlungsmacht der Apotheken zugenommen habe, nachdem sich unabhängige Apotheken vermehrt in Apothekenketten und Apothekengruppierungen zusammengeschlossen hätten.<sup>150</sup> So habe die Zahl unabhängiger Apotheken in den Jahren 2009 bis 2019 um 75 % abgenommen.<sup>151</sup> Im Jahr 2019 seien rund 92 % der Apotheken in der Schweiz Teil entweder einer Apothekenkette oder einer Apothekengruppierung gewesen, verglichen mit 77 % im Jahr 2015 und 55 % im Jahr 2005.<sup>152</sup> Die Verhandlungsmacht der Apotheken habe aus den nachstehend behandelten Gründen zugenommen.

128. *Mehrere Bezugsquellen:* Apotheken würden Pharmaprodukte gleichzeitig bei mehreren Pharmagrosshändlerinnen mit Vollsortiment beziehen, mit denen Rahmenverträge abgeschlossen würden, wobei ein Grossteil des Umsatzes jeweils auf die Hauptlieferantin entfalle (und nur ein geringer Teil auf allfällige Zweit- und Drittlieferantinnen etc.). Insbesondere Apothekenketten und Apothekengruppierungen würden zudem Teile des Sortiments direkt bei der Pharmaherstellerin oder bei Shortlinern beziehen.<sup>153</sup>

129. Die Marktbefragung hat bestätigt, dass die Apothekenketten und -gruppierungen nahezu ausnahmslos mit mehr als einer Pharmagrosshändlerin Rahmenverträge abschliessen, was bedeutet, dass die angeschlossenen Apotheken bei mehreren Pharmagrosshändlerinnen zu besseren Konditionen als den Standardkonditionen einkaufen können. Die parallele Existenz mehrerer Rahmenverträge kann Wettbewerbsdruck auf die Pharmagrosshändlerinnen erzeugen. Direktbezüge bei den Pharmaherstellerinnen können insbesondere bei Produkten mit einer hohen Marge zu Wettbewerbsdruck führen, weil das Geschäftsmodell der Pharmagrosshändlerinnen auf einer Mischrechnung von Produkten mit hohen und tiefen Margen basiert.<sup>154</sup> Allerdings wird der Anteil von Direktbezügen mit nur rund 10 % der Umsätze im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal beziffert.<sup>155</sup> Wie bereits im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung ausgeführt wurde (Rz 51 ff.), ist nicht zu erwarten, dass Direktlieferungen einen nennenswerten Wettbewerbsdruck auf die Pharmagrosshändlerinnen ausüben. Insgesamt ist deshalb davon auszugehen, dass Direktlieferungen hinsichtlich des Sortiments der Pharmagrosshändlerinnen nur punktuell Wettbewerbsdruck im Sinne einer disziplinierenden Wirkung ausüben.

130. *Einfache Wechsel:* Die Zusammenschlussparteien machen sodann geltend, dass Apotheken dank weitgehend harmonisierter Bestellsysteme ohne relevante Kosten die Pharmagrosshändlerin wechseln könnten.<sup>156</sup> Eine Analyse der Wechseldynamik<sup>157</sup> basierend auf

Kundinnen- und Kundendaten der Zusammenschlussparteien habe ergeben, dass Apotheken rege von den Wechselmöglichkeiten Gebrauch machen würden, wobei rund [20–30] % der Apotheken jährlich ihre Pharmagrosshändlerin gewechselt hätten.<sup>158</sup> Weiter hätten [0–10] % der Apotheken ihren Umsatz mit der Pharmagrosshändlerin im Durchschnitt jährlich verdoppelt oder halbiert.<sup>159</sup>

131. Ein Wechsel der Pharmagrosshändlerin dürfte für eine Apotheke nur dann ohne relevante Kosten zu bewerkstelligen sein, wenn sie auch mit der Pharmagrosshändlerin, auf die sie ausweicht, Rahmenverträge bzw. individuelle Verträge unterhält, zumal sie andernfalls zu den Standardkonditionen gemäss Bestellsystem (d. h. ohne vorteilhafte Konditionen) einkaufen müsste. Was das behauptete Ausmass der Wechseldynamik im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal anbelangt, führte eine ökonomische Analyse des Sekretariats auf der Grundlage von Daten der Zusammenschlussparteien<sup>160</sup> zu einem abweichenden Ergebnis. So weisen selbst nach der im SE-Gutachten verwendeten Methode 75 % der Apotheken hinsichtlich ihrer Umsätze mit einzelnen Pharmagrosshändlerinnen Umsatzschwankungen von weniger als 25 % auf, was als tendenziell stabile Umsatzentwicklung der Apotheken mit den Pharmagrosshändlerinnen zu werten ist.<sup>161</sup> Zu beanstanden ist in Bezug auf das SE-Gutachten, dass nicht zwischen Hauptlieferantinnen und weiteren Lieferantinnen unterschieden wird. Der Wettbewerb spielt in erster Linie in Bezug auf die Stellung einer Pharmagrosshändlerin als Hauptlieferantin (Rz 128), weshalb hauptsächlich Wechsel von Hauptlieferantinnen interessieren. Die Berücksichtigung von Zweit- und Drittlieferantinnen etc. ist empirisch bedenklich, weil diese gemeinhin nur geringe Umsätze mit den Apotheken erzielen, so dass Umsatzschwankungen der Apotheken mit diesen Pharmagrosshändlerinnen rasch ein prozentual erhebliches Ausmass

<sup>149</sup> RPW 2020/2, 838 Rz 556, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>150</sup> Meldung, Rz 373.

<sup>151</sup> Meldung, Rz 374; SE-Gutachten, Kapitel 3.8.1.

<sup>152</sup> Meldung, Rz 175.

<sup>153</sup> Meldung, Rz 375.

<sup>154</sup> Vgl. Europäische Kommission, Case M.9711 vom 17.08.2020, Rz 55, *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel*.

<sup>155</sup> Meldung, Rz 333.

<sup>156</sup> Meldung, Rz 375.

<sup>157</sup> Die Analyse der Wechseldynamik der Zusammenschlussparteien beruht im Wesentlichen auf einer Betrachtung der Umsatzänderungen pro Apotheke mit jeweils einer der Pharmagrosshändlerinnen Amedis oder Voigt. Die Datengrundlage erlaubt keinen eindeutigen Schluss, ob jeweils ein Wechsel zu den Pharmagrosshändlerinnen Galexis oder PharmaFocus (d. h. nicht lediglich ein Wechsel zwischen den Zusammenschlussparteien) stattfand. Entsprechend konnte auch die Datenanalyse des Sekretariats nicht prüfen, zu welcher Pharmagrosshändlerin Wechsel stattfanden, so dass Doppelzählungen möglich sind.

<sup>158</sup> Meldung, Rz 309.

<sup>159</sup> Meldung, Rz 309.

<sup>160</sup> Zusammenschlussparteien, Datensatz «[...]».

<sup>161</sup> Die Analyse basiert auf Umsatzschwankungen einzelner Apotheken im Verhältnis zu einzelnen Pharmagrosshändlerinnen. Wie vorstehend ausgeführt (Fn 157), erlaubt die Datengrundlage keine eindeutige Unterscheidung danach, ob eine Umsatzschwankung nur auf einen Nachfragerückgang zurückgeht oder ein Wechsel der Pharmagrosshändlerinnen stattgefunden hat.

annehmen können. Die hohe Zahl an prozentual bedeutenden Umsatzschwankungen einzelner Pharmagrosshändlerinnen mit Apotheken beruht zum grössten Teil auf Schwankungen von in absoluten Zahlen geringen Umsätzen von Zweit- und Drittlieferantinnen etc. So definieren die Zusammenschlussparteien beispielsweise eine Apotheke, mit der eine Pharmagrosshändlerin eine Umsatzzunahme von über 1000 Prozent erzielt, als «Zugängerin». Demnach würde eine Apotheke, die bei einer Drittlieferantin im Jahr 2018 Pharmaprodukte für 5000 Franken und im Jahr 2019 Pharmaprodukte für 50 001 Franken bestellt hätte, als «Zugängerin» eingestuft, obwohl es sich um vergleichsweise unwichtige Bestellvolumen mit einer Drittlieferantin handelt. Die Wechseldynamik betreffend Zugänge und Abgänge von Apothe-

ken bei Pharmagrosshändlerinnen wird damit verzerrt dargestellt. Die ökonomische Analyse des Sekretariats auf der Grundlage von Daten der Zusammenschlussparteien berücksichtigte deshalb nur Vertragsbeziehungen zwischen Pharmagrosshändlerinnen und Apotheken, die Umsätze von 600 000 Franken oder mehr mit Amedis und Voigt betrafen, wodurch in erster Linie Umsätze (und deren Änderungen) von Apotheken mit Hauptlieferantinnen erfasst werden. Die Berechnungen führten zum Ergebnis, dass in den Jahren 2015 bis 2021 durchschnittlich lediglich rund [0–10] % der Apotheken ihre Hauptlieferantin wechselten, während die Umsätze von [80–90] % der Apotheken mit ihren Hauptlieferantinnen durchschnittlich stabil blieben (vgl. Tabelle 5).

*Tabelle 5: Durchschnittliche jährliche Änderung von Jahresbezügen über 600 000 Franken von Apotheken bei Amedis und Voigt in den Jahren 2015–2021.*

| Umsatzentwicklung  | Durchschnittliche jährliche Änderung der Bezugsmenge | Anteil Apotheken |
|--|--|------------------|
| Stabiler Umsatz  | < 20 %   | [80–90] %        |
| Schwankender Umsatz  | 20 %–80 %  | [0–10] %         |
| Stark schwankender Umsatz («Wechsel der Pharmagrosshändlerin») | > 80 %   | [0–10] %         |

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Daten der Zusammenschlussparteien.

132. «*Must win*»-Situationen: Die Zusammenschlussparteien machen weiter geltend, dass Rahmenverträge mit Apothekenketten und Apothekengruppierungen mit grossen Umsatzvolumen für die Pharmagrosshändlerinnen zu «*Must win*»-Situationen führen würden, die vergleichbar seien mit grossen Ausschreibungen.<sup>162</sup> In Bezug auf Apothekenketten führe der erfolgreiche Abschluss eines Rahmenvertrages einer Pharmagrosshändlerin gemeinhin zu entsprechenden Einkäufen durch die Mitglieder der Apothekenkette. In Bezug auf Apothekengruppierungen sei dies nicht notwendigerweise der Fall, weil die einzelnen Apotheken frei entscheiden würden, bei welcher Pharmagrosshändlerin sie tatsächlich einkaufen.<sup>163</sup>

133. Von den 14 befragten Apothekengruppierungen unterhielten sechs mit sämtlichen Pharmagrosshändlerinnen Rahmenverträge, wobei mehrmals das Bestreben geäussert wurde, den Mitgliedern eine freie Wahl zu ermöglichen.<sup>164</sup> Zwei Apothekengruppierungen verzichteten aus sogenannt «politischen» Gründen auf eine Zusammenarbeit mit der Galenica-Gruppe, bieten ihren Mitgliedern jedoch die Wahl zwischen den anderen Pharmagrosshändlerinnen an.<sup>165</sup> Aus den Kundinnen- und Kundendaten der Pharmagrosshändlerinnen ergibt sich, dass die Apothekenumsätze in wesentlichem Umfang zumindest auf jeweils zwei Pharmagrosshändlerinnen entfallen. Der Wettbewerb zwischen den Pharmagrosshändlerinnen findet damit um die einzelnen Mitgliedapotheken statt. Ein Wechsel der Hauptlieferantin durch viele Apotheken von einem Jahr auf das ande-

re ist unwahrscheinlich, weil Rahmenverträge bestehen. Wie vorangehend festgehalten, sind Wechsel denn auch lediglich bei durchschnittlich [0–10] % der Apotheken zu beobachten (Rz 131). Der Konditionenvergleich ist zudem aus Sicht der Apotheken aufwändig, da die Konditionen zufolge der unterschiedlichen Strukturierung intransparent erscheinen und der Vergleich eine Einschätzung des eigenen Bestellverhaltens erfordert.<sup>166</sup> Drei Apothekengruppierungen mit einer Hauptlieferantin fragten laut eigenen Angaben vor dem letzten Vertragsabschluss andere Pharmagrosshändlerinnen erst gar nicht um Offerten an.<sup>167</sup> Lediglich bei einer der befragten Apothekengruppierungen fand gemäss Marktbefragung ein Wettbewerb um die Position der Hauptlieferantin statt.<sup>168</sup> Da bei dieser nur wenige Apotheken angeschlossen sind, kann insofern nicht von einer «*Must win*»-Situation gesprochen werden.

<sup>162</sup> Meldung, Rz 375.

<sup>163</sup> Vgl. SE-Gutachten, Kapitel 3.8.2.

<sup>164</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 4 und 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 4 und 11; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 11.

<sup>165</sup> [...].

<sup>166</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 9. Vgl. auch Meldung, Rz 193 f.

<sup>167</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 13; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 14; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 11 und 13.

<sup>168</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 14.

134. Die Auswertung von Kundinnen- und Kundendaten der Pharmagrosshändlerinnen für die Jahre 2014–2021 ergab jedoch, dass in Bezug auf Apothekengruppierungen der Wettbewerb um entsprechende Umsätze insbesondere dadurch stattfindet, dass die Pharmagrosshändlerinnen mittels gruppenweiter Konditionen (z. B. Rabatten beim Erreichen gewisser Gruppenumsätze) sicherzustellen versuchen, dass die Mitglieder der Apothekengruppierung entsprechende Einkäufe tätigen werden. Damit scheint das Argument der Zusammenschlussparteien plausibel, dass sie sich beim Verlust wichtiger Verträge mit umsatzstarken Apothekenketten und Apothekengruppierungen mit spürbaren Umsatzeinbussen konfrontiert sehen können. Ob das Ausmass des Verlusts einer Apothekenkette insgesamt derart ausgeprägt ist, dass von einer «*Must win*»-Situation gesprochen werden kann, ist jedoch fraglich. [...] <sup>169</sup> [...]. Ein solcher Verlust dürfte zweifellos spürbar, jedoch verkraftbar sein. Im Hinblick auf die Situation nach dem Zusammenschluss ist sodann zu beachten, dass das kombinierte Marktvolumen von Amedis und Voigt grösser sein wird und mithin der Verlust einer Apothekenkette weniger ins Gewicht fallen wird.

135. *Verhandlungsmacht*: Gemäss den Zusammenschlussparteien verfügen Apothekenketten sowie Apo-

theken, die Apothekengruppierungen angeschlossen sind, über eine grosse Verhandlungsmacht.<sup>170</sup>

136. Die befragten Apotheken wurden um eine Einschätzung ihrer relativen Verhandlungsmacht im Verhältnis zu den Pharmagrosshändlerinnen Amedis, Galexis, PharmaFocus, Voigt und dem GU (Amedis und Voigt) gebeten. Als Vergleichspunkt wurde die Verhandlungsmacht einer hypothetischen unabhängigen Apotheke herbeigezogen. Aus den Antworten geht hervor, dass die befragten Apothekenketten und Apothekengruppierungen die Verhandlungsmacht der hypothetischen unabhängigen Apotheke im Durchschnitt als geringer einstufen als diejenige der Pharmagrosshändlerinnen. Ihre eigene Verhandlungsmacht schätzen sie gegenüber Amedis als durchschnittlich stärker ein. Im Verhältnis zu Galexis, Voigt bzw. dem GU gehen sie von einer etwa gleichen Verhandlungsmacht aus (vgl. Abbildung 2). Ebenso schätzten die Pharmagrosshändlerinnen [...], [...] und [...] die Verhandlungsmacht der Apothekenketten und Apothekengruppierungen als durchschnittlich grösser ein als ihre eigene. [...] schätzte die Verhandlungsmacht der Pharmagrosshändlerinnen, einschliesslich der eigenen, jedoch als grösser ein.<sup>171</sup>

Abbildung 2: Einschätzung der relativen Verhandlungsmacht durch Apothekenketten und Apothekengruppierungen für sich selbst und eine hypothetische unabhängige Apotheke im Vergleich zu den Pharmagrosshändlerinnen Galexis, Amedis, Voigt, dem GU und PharmaFocus.



—■— Apothekenkette- bzw. -gruppierung

—●— Unabhängige Apotheken

0 = etwa gleiche Verhandlungsmacht

1 = leicht stärkere Verhandlungsmacht

2 = stärkere Verhandlungsmacht

3 = wesentlich stärkere Verhandlungsmacht

Quelle: Darstellung des Sekretariats basierend auf der Marktbefragung.

137. Drei der befragten Apotheken äusserten die Sorge, dass durch den Zusammenschluss ein Duopol entstehen könnte. Eine erste Apotheke befürchtet, dass ein Duopol zu einer Einschränkung des Verhandlungsspielraums für Apotheken führen könnte.<sup>172</sup> Eine weitere Apotheke erwartet aufgrund eines Duopols «eine schleichende Preiserhöhung seitens der Dominatoren», wobei es für PharmaFocus «existenzbedrohend» werden könne.<sup>173</sup> Die dritte Apotheke führt aus: «Ein Zusammenschluss von Voigt und Amedis führt neben dem Marktführer Galexis zu einem zweiten, etwa gleichgrossen Marktführer.

<sup>169</sup> [...].

<sup>170</sup> Meldung, Rz 375.

<sup>171</sup> [...].

<sup>172</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 8.

<sup>173</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 10.

Beide haben dann eine sehr ähnliche Struktur und Grösse und können zusammen den Markt beherrschen. Insbesondere bei den Preisen besteht die reelle Gefahr, dass die Pharmagrosshändlerinnen in einem Duopol diese schrittweise erhöhen und so Ihren Anteil an der gesetzlich vorgeschriebenen Handelsmarge [vgl. zum sog. Vertriebsanteil Fn 135] bei krankenkassenzulässigen Arzneimitteln auf Kosten der Apotheken erhöhen.<sup>174</sup> Zwei weitere befragte Apotheken aus der Deutschschweiz erwarten bessere Einkaufskonditionen aufgrund von entstehenden Effizienzvorteilen.<sup>175</sup> Drei befragte Apotheken erwarten keine Änderung der Konditionen.<sup>176</sup> Damit bestehen Hinweise, dass die Apotheken über Verhandlungsmacht verfügen, diese jedoch im Fall einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht zur Disziplinierung ausreicht.

138. *Margenvergleich Deutschschweiz/Westschweiz:* Gemäss den Zusammenschlussparteien belegt die ge-

genwärtige Situation in der Westschweiz funktionierenden Wettbewerb im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal. Amedis und Voigt würden deutliche Unterschiede in der regionalen Präsenz in der Schweiz aufweisen. Voigt habe faktisch keine Kunden in der Westschweiz, dafür aber eine starke Stellung in der Ost- und Zentralschweiz. Nach dem Zusammenschluss sei die Marktsituation in der ganzen Schweiz ähnlich wie jene, die aktuell in der Westschweiz vorherrsche. Dass es in der Westschweiz aktuell lediglich drei Vollgrossistinnen gebe (Amedis, Galexis und PharmaFocus), habe indessen nicht dazu geführt, dass die Margen höher als in der restlichen Schweiz seien. Eine Analyse der aggregierten Marge zeige, dass die Marge im Apothekenkanal in der Westschweiz tiefer sei als in der restlichen Schweiz (vgl. Abbildung 3). Die heutige Situation in der Westschweiz belege deshalb, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keiner kollektiven Marktbeherrschung führe und der Wettbewerb einwandfrei funktionieren werde.<sup>177</sup>

*Abbildung 3: Vergleich der Margen von Amedis in der Deutschschweiz und in der Westschweiz (inkl. Tessin) im Jahr 2021.*

[Grafik]

139. Die Zusammenschlussparteien machen im Wesentlichen geltend, dass die aktuelle Marktsituation in der Westschweiz vergleichbar sei mit der Marktsituation in der ganzen Schweiz nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens. Ob dieser Schluss statthaft ist, ist anhand von zwei Elementen zu prüfen, (1) anhand eines Vergleichs der erwarteten regionalen Marktanteile nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens in der Deutschschweiz einerseits und in der Westschweiz (inkl. Tessin) andererseits und (2) anhand eines Vergleichs der Einschätzung der relativen Verhandlungsmacht der Apotheken und der Pharmagrosshändlerinnen durch die befragten Apotheken in der Deutschschweiz und in der Westschweiz (inkl. Tessin).

140. Aus der nachstehenden Tabelle 6 folgt, dass PharmaFocus in der Westschweiz (inkl. Tessin) über

eine stärkere Marktpräsenz verfügt als in der Deutschschweiz. PharmaFocus kann in der Westschweiz (inkl. Tessin) damit einen stärkeren disziplinierenden Druck auf ihre Wettbewerberinnen ausüben. Hinsichtlich Amedis wird dieser Befund durch die nachstehend (Rz 145 f.) besprochene Entwicklung ihrer Umsätze und Margen in der Westschweiz (inkl. Tessin) nach dem Markteintritt von PharmaFocus im Jahr 2014 gestützt. Was die Einschätzung der relativen Verhandlungsmacht anbelangt, führt die Marktbefragung des Sekretariats zum Schluss, dass die befragten Apotheken in der Westschweiz (inkl. Tessin) ihre Verhandlungsmacht gegenüber Amedis als stärker einschätzen, während die befragten Apotheken in der Deutschschweiz ihre Verhandlungsmacht gegenüber Amedis als ausgeglichen würdigen.

*Tabelle 6: Marktanteile des GU, der Galenica-Gruppe und der NOWEDA-Gruppe in der Deutschschweiz und in der Westschweiz (inkl. Tessin) im Jahr 2021.*

|                                       | <b>Marktanteile<br/>Deutschschweiz</b> | <b>Marktanteile<br/>Westschweiz und Tessin</b> |
|---------------------------------------|--|--|
| <b>GU</b>                             | [40–50] %                              | [20–30] %                                      |
| <b>Galenica-Gruppe (Galexis; UFD)</b> | [40–50] %                              | [50–60] %                                      |
| <b>NOWEDA-Gruppe (PharmaFocus)</b>    | [0–10] %                               | [10–20] %                                      |

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Daten der Zusammenschlussparteien, der Galenica-Gruppe und der NOWEDA-Gruppe.

<sup>174</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 5.

<sup>175</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 6; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 6.

<sup>176</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 8; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 8; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 8.

<sup>177</sup> Meldung, Rz 316 ff.

141. Damit unterscheidet sich die Marktsituation in der Deutschschweiz von der Marktsituation in der Westschweiz (inkl. Tessin). Die höheren Marktanteile von PharmaFocus und die grössere Verhandlungsmacht der Apothekenseite in der Westschweiz (inkl. Tessin) stellen eine plausible Erklärung für die tieferen Margen der Pharmagrosshändlerinnen dar. Das Argument der Zusammenschlussparteien, dass angesichts der gegenwärtig tieferen Margen von Amedis in der Westschweiz (inkl. Tessin) auf das Fehlen einer kollektiven Marktherrschaft in der Schweiz nach Durchführung des Zusammenschlussverfahrens geschlossen werden könne (Rz 146), greift insofern zu kurz. Eine solche Prognose setzt insbesondere auch eine Berücksichtigung der Präsenz von PharmaFocus sowie der Verhandlungsmacht der Apothekenseite voraus.

*Abbildung 4: Entwicklung der Marge von Amedis und Voigt betreffend Apotheken mit Rahmenverträgen in den Jahren 2014–2021.*

[Grafik]

143. Die Zusammenschlussparteien führen die beobachtete Margenreduktion in den Jahren 2014–2021 insbesondere auf die grosse Verhandlungsmacht der Apotheken zurück. Diese erlaube es den Apotheken, in Verhandlungen immer höhere Marketingbeiträge, Sonderkonditionen auf die Logistikkosten sowie die Übernahme von Dienstleistungskosten durch die Pharmagrosshändlerinnen auszubedingen. Insbesondere mit mitgliedreichen Apothekenketten und -gruppierungen würden die Pharmagrosshändlerinnen grosse Umsatzvolumina erzielen.<sup>179</sup> In Bezug auf Amedis wurde bereits festgestellt, dass die Apothekenketten bzw. -gruppierungen ihre Verhandlungsmacht als leicht stärker einschätzen (während sie diese in Bezug auf Voigt sowie das GU als tendenziell ausgeglichen einschätzen; Rz 136).

144. Die Verhandlungsmacht der Apotheken ist insgesamt ein nachvollziehbarer Einflussfaktor hinsichtlich der Margenreduktion (Rz 141). Allerdings erscheint eine Margenentwicklung in der beobachteten Ausprägung alleine aufgrund der Verhandlungsmacht als wenig

142. *Margendruck:* Gemäss den Zusammenschlussparteien gelang es den Apotheken in den letzten Jahren, ihre Nettomarge – auf Kosten der Nettomarge der Pharmagrosshändlerinnen – zu verbessern und sich stets bessere Konditionen auszubedingen.<sup>178</sup> Im Einzelnen fiel die durchschnittliche Marge von Amedis und Voigt im Apothekenkanal in der Schweiz in den Jahren 2014 bis 2021 von rund [0–10] % auf rund [0–10] %, also um rund [10–20] %. Berechnungen des Sekretariats auf der Grundlage der Kundinnen- und Kundendaten von Amedis und Voigt für die Jahre 2014–2021 bestätigen diese Entwicklung. Wie sich aus der nachstehenden Abbildung 4 weiter ergibt, sind die Margen von Amedis und Voigt in den Jahren 2014 bis 2018 gefallen. In den Jahren 2018 bis 2021 blieb die Marge konstant.

wahrscheinlich. Deshalb sind weitere Einflussfaktoren zu prüfen.

145. Die ökonomische Analyse des Sekretariats hat ergeben, dass der Markteintritt von PharmaFocus als Vollgrossistin im Jahr 2014 (Rz 105) einen bedeutenden Einflussfaktor darstellt. So erging der Markteintritt von PharmaFocus zu Beginn einer Phase des Margenrückgangs bei Amedis in den Jahren 2014 bis 2018 (Rz 142). Die stabilen Margen von Amedis in den darauffolgenden Jahren 2018 bis 2021 fielen sodann zeitlich zusammen mit einer stabilen Marktanteilsentwicklung bei PharmaFocus in dieser Periode ([0–10]–[0–10] %; Rz 92). PharmaFocus verfügt in der Westschweiz über einen höheren Marktanteil als in der Deutschschweiz (Rz 140). Die Marktstellung von PharmaFocus ist deshalb als mitursächlich für die geringere Marge von Amedis in der Westschweiz zu sehen. Diese Erklärung ist konsistent mit der Entwicklung der Umsätze und der Marge von Amedis in der Westschweiz (vgl. nachstehend Abbildung 5). [...]. [...].

*Abbildung 5: Umsatz- und Margenentwicklung von Amedis in der Westschweiz in den Jahren 2014–2021.*

[Grafik]

146. Vor dem Markteintritt von PharmaFocus in der Westschweiz waren lediglich Amedis und Galexis in der Westschweiz tätig. Es lag mithin ein Duopol vor. In diesem Wettbewerbsumfeld gelang es PharmaFocus mit dem Markteintritt im Jahr 2014, Marktanteile in der Höhe von [10–20] % zu gewinnen, was – zusammen mit der Verhandlungsmacht der Apotheken – die Margen von Amedis unter Druck setzte.

147. In der Deutschschweiz waren zum Zeitpunkt des Markteintritts von PharmaFocus im Jahr 2014 drei grössere Pharmagrosshändlerinnen tätig, nämlich neben den auch in der Westschweiz tätigen Amedis und Galexis zusätzlich Voigt. In der Deutschschweiz gelang PharmaFocus bislang kein vergleichbarer Markteintritt wie in

der Westschweiz. In den Regionen Ost- und Zentralschweiz, wo Voigt über eine starke Präsenz verfügt (Rz 138), [...].

<sup>178</sup> Meldung, Rz 295 ff., 375.

<sup>179</sup> Meldung, Rz 295 ff.

148. Für die Vergangenheit kann damit festgehalten werden, dass der Markteintritt von PharmaFocus in einem duopolistischen Marktumfeld gelang. Im Wettbewerbsumfeld in der Westschweiz, wo die Apotheken von einer vorteilhaften Verhandlungsposition gegenüber Amedis ausgingen, führte der Markteintritt von PharmaFocus zu einer Senkung der Margen. Im Hinblick auf die künftige Wettbewerbssituation nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens wird die Verhandlungsmacht der Apothekenseite gegenüber dem GU als ausgeglichen eingeschätzt (vgl. vorne Rz 135 ff.).

149. Die Stellung der Marktgegenseite nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens spricht eher gegen die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

e) Stabilität der Marktverhältnisse

150. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto

höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit auf dem Markt. Auf einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen auf dem Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. In einem solchen Umfeld ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktherrschaft aufzubauen beziehungsweise aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind Verschiebungen auf gesättigten Märkten hauptsächlich auf konkurrenzierendes Verhalten zurückzuführen.<sup>180</sup> Ein solches konkurrenzierendes Verhalten kann für die jeweiligen Marktteilnehmer teuer werden, wenn ein Preiswettbewerb um Marktanteile geführt werden muss und damit das Ertragspotenzial auf dem Markt aufgrund der tieferen Preise insgesamt sinkt.<sup>181</sup>

151. Das Marktvolumen auf dem Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz entwickelte sich in den Jahren 2019 bis 2021 wie folgt:

Tabelle 7: Marktvolumen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz in den Jahren 2019–2021.

| Jahr                          | 2019 | 2020 | 2021 |
|-------------------------------|------|------|------|
| Gesamtmarktvolumen [Mio. Fr.] | 3167 | 3287 | 3462 |

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien basierend auf Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien, Daten von Drittanbietern (IQVIA Holdings Inc.; Schweizerischer Apothekerverband [pharmaSuisse]) sowie Schätzungen der Zusammenschlussparteien.

152. Aus der Tabelle 7 geht hervor, dass das Marktvolumen in den Jahren 2019 bis 2021 moderat zunahm, insgesamt jedoch stabil war. Wie bereits aufgezeigt wurde, entwickelten sich auch die Marktanteile in dieser Zeit stabil (Rz 92). [...] (Rz 119). [...] Modernisierungen sind [...] nicht als grundlegende Innovationen zu qualifizieren und führten gemäss der Datenauswertung des Sekretariats auch in keinem Fall zu Nachfrageschocks. Der Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal kann deshalb insgesamt als tendenziell gesättigt und stabil bezeichnet werden.

153. Die von den Zusammenschlussparteien angeführten Argumente – das starke Wachstum des Arzneimittelmarktes, ein stetig sich veränderndes regulatorisches Umfeld, Innovationen in der Vertriebsinfrastruktur und Logistik sowie häufige Lieferantenwechsel durch die Kunden – vermögen diese Einschätzung nicht zu ändern.<sup>182</sup> Hinsichtlich des Wachstums des Arzneimittelmarktes wäre konkreter aufzuzeigen gewesen, inwiefern sich dieses destabilisierend auf den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal auswirkt. Nicht ersichtlich ist sodann, wie Regulierungsänderungen und die Covid-Pandemie wiederholte Nachfrageschocks nach sich gezogen hätten. Auch hinsichtlich des Anstiegs der Gesundheitskosten wären die erwarteten Auswirkungen auf die Stabilität der Marktverhältnisse konkreter darzulegen gewesen. Auf die Argumente betreffend die Häufigkeit von Lieferantinnenwechseln und die Vertriebsinfrastruktur wurde vorstehend eingegangen (Rz 130 f., 152).

154. Zusammengefasst sind die Marktverhältnisse damit als tendenziell gesättigt und stabil zu betrachten. Die Stabilität der Marktverhältnisse nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens spricht eher für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

f) Potenzieller Wettbewerb

155. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen, in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren. Bereits im Markt bestehende Unternehmen können dies antizipieren und als mögliche Reaktion die Preise tief bzw. die Angebotsmenge hochhalten.<sup>183</sup> Zu berücksichtigen sind grundsätzlich Markteintritte durch Unternehmen, die in den nächsten drei Jahren eintreten könnten (Rz 91).<sup>184</sup>

<sup>180</sup> Vgl. RPW 2018/4, 974 Rz 207, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien (Fn 71), Rz 45.

<sup>181</sup> RPW 2020/2, 835 Rz 538, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>182</sup> Meldung, Rz 346–351.

<sup>183</sup> RPW 2020/2, 839 Rz 559, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2010/3, 555 Rz 373, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>184</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU.

156. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass insbesondere grosse Lebensmitteldetailhändlerinnen und Logistikunternehmen, die bereits Pharmaprodukte befördern, als potenzielle Konkurrentinnen zu betrachten seien.<sup>185</sup> Die Migros-Gruppe verfüge dank Medbase über rund 50 medizinische Zentren sowie rund 40 Apotheken, wobei Medbase mit Zur Rose insbesondere bei der Belieferung der eigenen Gesundheitszentren zusammenarbeite.<sup>186</sup> Mit ihrer bestehenden Betriebsinfrastruktur, Logistik und dem Vertriebszentrum in Neuendorf (SO) könne die Migros jederzeit selbst Aktivitäten im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal aufnehmen, wobei sie mit ihren Apotheken (einschliesslich der Shop-in-Shop-Apotheken auf Migros-Verkaufsflächen) über ein Grundvolumen verfüge, das bei einem Markteintritt Skalenerträge ergebe.<sup>187</sup> Daneben sei auch die Coop Genossenschaft (die Coop-Genossenschaft zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Coop-Gruppe) im Gesundheitsbereich tätig, insbesondere mit den Coop Vitality-Apotheken, die sie in Zusammenarbeit mit Galenica betreibe. Die Coop-Gruppe könne jederzeit selbst als Pharmagrosshändlerin in den Markt eintreten, sollte die Zusammenarbeit mit Galenica aufgrund unterschiedlicher Interessen nicht weitergeführt werden.<sup>188</sup> Schliesslich würden viele Logistikunternehmen schon heute Arzneimittel befördern bzw. lagern und über die nötigen Zertifizierungen verfügen, so dass sie in relativ kurzer Zeit als Pharmagrosshändlerinnen tätig werden könnten.<sup>189</sup> In Frage kämen insbesondere bereits als Pre-Wholesaler aktive Logistikunternehmen wie die Galliker Transport AG, die Movianto Schweiz GmbH, die Planzer Transport AG oder die Kühne+Nagel Aktiengesellschaft.<sup>190</sup>

157. Wie vorstehend ausgeführt, ist der Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal als tendenziell gesättigt und stabil zu betrachten (Rz 152), wobei die Margen von Amedis und Voigt in den Jahren 2014 bis 2021 um rund [10–20] % gesunken sind (Rz 142). Bei einer solchen Ausgangslage ist ein potenzieller Markteintritt besonders gut zu begründen. Marktbefragungen im europäischen Zusammenschlussverfahren *Alliance Healthcare Deutschland/Gehe Pharma Handel* (2020) ergaben, dass die Markteintrittsschranken im Pharmagrosshandel als hoch einzustufen sind.<sup>191</sup> Die Ausführungen der Parteien hinsichtlich der Coop-Gruppe sowie hinsichtlich Logistikunternehmen stützen sich sodann einzig auf generelle Annahmen and Vermutungen. Ein potenzieller Markteintritt innert relevanter Frist ist damit nicht hinreichend substantiiert. Hinsichtlich der Coop-Gruppe hat die Marktbefragung dies bestätigt. Die Coop-Gruppe hat weder in den letzten zwei Jahren Erwägungen in diesem Sinne angestellt, noch bestehen Pläne, innerhalb der nächsten fünf Jahre auf diesem Markt tätig zu werden.<sup>192</sup>

158. Die Migros-Gruppe hat am 3. Februar 2023 angekündigt, dass sie beabsichtige, mittels ihrer Tochtergesellschaft Medbase Zur Rose zu übernehmen (Rz 84). Gemäss den Zusammenschlussparteien erwirbt die Migros-Gruppe damit eine aktive Vollgrossistin im Pharmagrosshandel, weshalb ein Eintritt in den Markt des Pharmagrosshandels im Apotheken- und Drogeriekanal äusserst wahrscheinlich sei.<sup>193</sup> [...] (Rz 106). [...].<sup>194</sup>

[...].<sup>195</sup> Insgesamt fehlen damit zureichende Hinweise, dass die Migros-Gruppe [...] in den Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal eintreten wird.

159. Zusammengefasst ist es wenig wahrscheinlich, dass in den nächsten drei Jahren neue Unternehmen in den Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal eintreten werden. Allerdings [...]. Insofern erscheint es unter Berücksichtigung der Verhandlungsmacht der Apotheken (Rz 126 ff.) realistisch, dass PharmaFocus ihre Präsenz auch in der Deutschschweiz ausbauen können wird (Rz 105, 148), sodass potenzieller Wettbewerb besteht.<sup>196</sup> Der potenzielle Wettbewerb nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens spricht gegen die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

#### g) Multimarktbeziehungen

160. Von Multimarktbeziehungen ist die Rede, wenn sich die Marktteilnehmerinnen nebst dem zu untersuchenden Markt auch in sogenannten Drittmärkten als Konkurrentinnen gegenüberstehen.<sup>197</sup> Durch Multimarktbeziehungen kann kollusives Verhalten unter Umständen begünstigt werden.<sup>198</sup> Die Intuition hinter dieser Begünstigung liegt darin, dass bei Multimarktbeziehungen die entsprechenden Unternehmen ihre jeweiligen Anreizbedingungen in den einzelnen Märkten, die zu kollusivem Verhalten erfüllt sein müssen, über die Märkte hinweg koordinieren können.<sup>199</sup>

161. Gemäss den Zusammenschlussparteien sind das GU und die Galenica-Gruppe zwar im PWS-Bereich und im Pharmagrosshandel Wettbewerberinnen, doch sei nur die Galenica-Gruppe auch auf den übrigen Ebenen des Gesundheitsmarkts vertikal integriert (Rz 113).<sup>200</sup>

162. Die Multimarktbeziehungen bestehen vorliegend darin, dass sowohl das GU als auch die Galenica-Gruppe in allen Pharmagrosshandelskanälen (Apotheken, Drogerien, SD-Ärztenschaft und Spitäler) und im Bereich der PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte tätig sein werden (Rz 117). Auf den Märkten des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal und der PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte stehen sie sich mit

<sup>185</sup> Meldung, Rz 353–358.

<sup>186</sup> Meldung, Rz 354.

<sup>187</sup> Meldung, Rz 355.

<sup>188</sup> Meldung, Rz 356.

<sup>189</sup> Meldung, Rz 357.

<sup>190</sup> Meldung, Rz 157, 357.

<sup>191</sup> Europäische Kommission, Case M.9711 vom 17.08.2020, Rz 55, *Alliance Healthcare Deutschland AG/Gehe Pharma Handel GmbH*.

<sup>192</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 1 und 2.

<sup>193</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren Folgefragen Zusammenschlussparteien, S. 2.

<sup>194</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 10.

<sup>195</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Fragen 5 und 6.

<sup>196</sup> Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 12; Stellungnahme Auskunftsbegehren [...], Frage 4.

<sup>197</sup> RPW 2010/3, 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>198</sup> RPW 2020/2, 838 Rz 526, *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2018/4, 908 Rz 293, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2018/4, 975 Rz 214, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>199</sup> RPW 2020/2, 838 Rz 527, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>200</sup> Meldung, Rz 378.

einer ähnlichen Ausgangslage gegenüber. Somit haben die Zusammenschlussparteien und die Galenica-Gruppe die Möglichkeit, das Verhalten des jeweils anderen auf diesen Märkten zu beobachten und auf Abweichungen von einem möglichen kollusiven Gleichgewicht zu reagieren. Auch bei asymmetrischen Marktpositionen (wie hinsichtlich des Marktes des Pharmagrosshandels im SD-Ärzt kanal; Rz 117) kann eine allfällige Kollusion womöglich aufrechterhalten werden, wenn bei einem Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht auf einem Markt eine Bestrafung auf einem anderen Markt erfolgen kann.<sup>201</sup>

163. Insgesamt stehen vorliegend die Multimarktbeziehungen im PWS und Pharmagrosshandel im Apothekenkanal im Vordergrund. Ferner ist nicht auszuschliessen, dass sich auch die weiter oben behandelten Symmetrien zwischen der PHOENIX-Gruppe und der Galenica-Gruppe auf den Marktstufen Apotheken und Herstellung (Rz 113 f.) auf die Multimarktbeziehungen zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe auswirken, zumal die PHOENIX-Gruppe die negative Kontrolle über das GU ausüben wird (Rz 22).

164. Das Bestehen von Multimarktbeziehungen nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens spricht eher für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

#### h) Sanktionsmechanismen

165. Geeignete Sanktionsmöglichkeiten, welche das Aufrechterhalten des kollusiven Verhaltens ermöglichen, bestehen grundsätzlich immer dann, wenn gezielt und effektiv sanktioniert werden kann. Innerhalb der kollektiven Marktbeherrschung sind Sanktionsmechanismen vor allem dann relevant, wenn für die beteiligten Unternehmen Anreize für ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestehen. Gibt es unabhängig von den Sanktionsmechanismen geringe Anreize für ein solches Abweichen, können geringere Anforderungen an die Sanktionsmechanismen für die Stabilität des Kollusionsgleichgewichts gestellt werden.<sup>202</sup>

166. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass keine relevanten Sanktionsmöglichkeiten bestehen würden und nicht ersichtlich sei, wie es der Galenica-Gruppe und dem GU möglich wäre, die Einhaltung von stillschweigender Kollusion durchzusetzen.<sup>203</sup> Im SE-Gutachten wird festgehalten, dass aufgrund der regulatorischen Vorgaben wenig Spielraum für Sanktionsmechanismen bestehe und wirksame Sanktionen im Pharmagrosshandel im Apothekenkanal nur bei Rahmenverträgen möglich wären. In anderen Absatzkanälen gebe es einerseits keine für eine Sanktionierung geeigneten Rahmenverträge und andererseits würden sich die Marktpositionen in diesen anderen Märkten stark unterscheiden.<sup>204</sup>

167. Ein Indiz für das Bestehen hinreichender Sanktionsmechanismen zur Stabilisierung von kollusivem Verhalten ist gemäss Praxis der WEKO unter anderem beim Vorliegen von Multimarktbeziehungen gegeben (Rz 160–164). Multimarktbeziehungen schaffen die Möglichkeiten von Retorsionsmassnahmen in anderen Märkten.<sup>205</sup> Eine glaubhafte Sanktionsandrohung stellt ge-

mäss Praxis der WEKO insbesondere auch die Möglichkeit eines Unternehmens im Kollusionsgleichgewicht dar, jegliche Preissenkung des anderen Unternehmens durch eine eigene Preisunterbietung wirkungslos zu machen.<sup>206</sup>

168. Vorliegend bestehen Sanktionsmöglichkeiten insbesondere aufgrund der Multimarktbeziehungen des GU und der Galenica-Gruppe auf den Märkten des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal und der PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte. Hinsichtlich des Pharmagrosshandels im Apothekenkanal ist etwa an Preissenkungen bei Rahmenverträgen zu denken. Das kollusive Verhalten könnte dadurch stabilisiert werden, dass nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens das GU und die Galenica-Gruppe die Möglichkeit hätten, auf Preissenkungen der anderen Pharmagrosshändlerin zu reagieren. Bezüglich allfälliger Sanktionsmechanismen auf Stufe Apotheken, beispielsweise Preissenkungen, welche zwischen der PHOENIX-Gruppe und der Galenica-Gruppe zur Anwendung gelangen könnten (Rz 162), ist zu beachten, dass diese Multimarktbeziehung nur zwischen einer Zusammenschlusspartei und der Galenica-Gruppe bestehen, so dass eine Sanktionierung insgesamt weniger plausibel erscheint.

169. Eine Sanktionsmöglichkeit besteht auch aufgrund der Tätigkeit des GU und der Galenica-Gruppe auf dem Markt für PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte. Da Pharmaherstellerinnen, welche PWS-Dienstleistungen in Anspruch nehmen, gemeinhin ausschliesslich mit einer PWS-Dienstleisterin arbeiten, können Pharmagrosshändlerinnen jene Produkte nur bei der entsprechenden PWS-Dienstleisterin beziehen.<sup>207</sup> Über die Stufe PWS-Dienstleistungen könnte deshalb allenfalls Druck auf die Pharmagrosshändlerin der jeweils anderen Unternehmensgruppe ausgeübt werden. In der Vergangenheit ist es in anderem Zusammenhang bereits dazu gekommen, dass die Stufe PWS-Dienstleistungen dazu verwendet wurde, Druck auf eine Pharmagrosshändlerin auszuüben. Alloga hatte Amedis mitgeteilt, dass sie per sofort sämtliche Lieferungen stoppen würde, bis Amedis eine Sicherheitsleistung erbringe.<sup>208</sup> Ähnliche Druckmittel könnten sowohl durch das GU als auch durch die Galenica-Gruppe genutzt werden als Retorsion für missliebige Verhalten des jeweils anderen Unternehmens, z. B. auf Stufe Pharmagrosshandel. Eine entsprechende Befürchtung, dass die Stufe PWS-Dienstleistungen zur Ausübung von Druck verwendet werden könnte, wurde auch im Rahmen der Marktbefragung geäussert. Weil solche Verhaltensweisen (z. B. Kontingentierungen,

<sup>201</sup> RPW 2020/2, 838 Rz 527, *Sunrise/Liberty Global*.

<sup>202</sup> RPW 2010/3, 552 Rz 354, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>203</sup> Meldung, Rz 378; SE-Gutachten, Kapitel 3.7.

<sup>204</sup> SE-Gutachten, Kapitel 3.7.

<sup>205</sup> RPW 2008/1, 189 Rz 508 ff. *Migros/Denner*.

<sup>206</sup> RPW 2010/3, 552 Rz 356, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

<sup>207</sup> Meldung, Rz 72.

<sup>208</sup> RPW 2015/3, 363, *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Pre-Wholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.



Belieferungen mit Produkten mit bald ablaufendem Verfallsdatum) [...] bereits vorgekommen sind, ist davon auszugehen, dass sie als realistische Sanktionsmechanismen auch unter Oligopolistinnen zur Anwendung gelangen könnten.<sup>209</sup>

170. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Kundinnen und Kunden der PWS-Dienstleisterinnen Pharmaherstellerinnen und nicht Pharmagrosshändlerinnen seien. Soweit den Zusammenschlussparteien bekannt ist, seien PWS-Dienstleisterinnen nicht in die Vertragsverhandlungen zwischen den Pharmaherstellerinnen und den Pharmagrosshändlerinnen involviert. Folglich würden die PWS-Dienstleisterinnen Pharmagrosshändlerinnen bzw. Apotheken gemäss Weisungen der Pharmaherstellerinnen beliefern.<sup>210</sup>

171. Insgesamt sind aufgrund der bestehenden Multimarktbeziehungen (Rz 160 ff.) zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe Sanktionsmechanismen zur Erhaltung und Stabilisierung eines allfälligen kollusiven Verhaltens nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens ersichtlich. Das Bestehen von Sanktionsmechanismen nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens spricht eher für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

172. Ergänzend ist festzuhalten, dass die vorgenannten Verhaltensweisen von Pre-Wholesalern gegenüber Pharmagrosshändlerinnen (Rz 89, 169) auch gegenüber Unternehmen ausserhalb des GU und der Galenica-Gruppe denkbar sind. In dieser Hinsicht stützt sich die WEKO vor dem Hintergrund der Praxis in Sachen *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG* auf die Aussage der Zusammenschlussparteien in der Meldung, wonach Pre-Wholesaler weder über Druckmittel verfügen würden, noch Belieferungen von Pharmagrosshändlerinnen verzögern oder blockieren könnten. Dies sei deshalb der Fall, weil die Pharmaherstellerinnen wollten, «dass ihre Arzneimittel in möglichst grossem Umfang und flächendeckend im Markt zum Verkauf angeboten werden» und weil sie von den Pre-Wholesalern erwarten würden, «dass sie die Pharmagrosshändler und (bei Direktlieferungen) die Apotheken, Drogerien, Ärzte und Spitäler ausreichend und möglichst effizient mit den entsprechenden Arzneimitteln versorgen».<sup>211</sup>

#### i) Zwischenergebnis

173. Das Zusammenschlussvorhaben wird zu einem hohen gemeinsamen Marktanteil des GU und der Galenica-Gruppe ([80–90] %) sowie zu einer hohen Marktkonzentration (HHI: 3923; Zuwachs: 608) führen. Von vier Wettbewerberinnen werden nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens drei verbleiben.

174. Die Symmetrien zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe werden in Bezug auf Marktanteile, das Produktportfolio sowie eine ähnliche Präsenz auf weiteren Märkten – namentlich auf den Märkten für Pharmagrosshandel im Drogeriekanal in der Schweiz und PWS-Dienstleistungen für Pharmaprodukte in der Schweiz – zunehmen. Dahingegen werden hinsichtlich Aktivitäten auf Marktstufe Apotheken (über die GU-

Muttergesellschaft PHOENIX), hinsichtlich der geografischen Verteilung der Verteilzentren sowie hinsichtlich des technologischen Fortschritts trotz Symmetrien überwiegende Interessengegensätze bestehen, die gegen gleichförmiges Verhalten sprechen. Die Marktbefragung ergab sodann, dass eine überwiegende Mehrheit der befragten Apotheken erwartet, dass mit dem GU eine bessere Alternative in Sachen Sortimentsgrösse und Lieferbedingungen entsteht, als es mit Amedis und Voigt je einzeln der Fall war.

175. Was die Markttransparenz anbelangt, ist zwar die Preissetzung hinsichtlich der Nettopreise insgesamt als komplex und eher intransparent zu bewerten, doch besteht hinsichtlich der Basispreise der Pharmagrosshändlerinnen eine weitgehende Transparenz.

176. Die Stellung der Marktgegenseite zeichnet sich durch eine robuste disziplinierende Verhandlungsmacht aus, wobei über 90 % der Apotheken in Apothekenketten oder Apothekengruppierungen organisiert sind. Datenauswertungen des Sekretariats haben zudem ergeben, dass es den Apotheken in der Westschweiz in einem duopolistisch geprägten Marktumfeld gelang, PharmaFocus den Markteintritt sowie Marktanteilsgewinne von über [10–20] % in rund fünf Jahren zu ermöglichen, was bei Amedis und Voigt eine Margenreduktion von rund [10–20] % nach sich zog. Aufgrund der Erfahrungswerte aus der Westschweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Verhandlungsmacht der Apotheken und die Präsenz von PharmaFocus den Preissetzungsspielraum der Pharmagrosshändlerinnen beschränkt und überhöhte Margen verhindert.

177. Der Markt für den Pharmagrosshandel im Apothekenkanal in der Schweiz ist als tendenziell gesättigt und stabil zu betrachten und es ist in den nächsten drei Jahren nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit Markteintritten neuer Wettbewerberinnen zu rechnen.

178. Schliesslich bestehen zwischen dem GU und der Galenica-Gruppe insbesondere in den Bereichen des Pharmagrosshandels und der PWS-Dienstleistungen Multimarktbeziehungen und Sanktionsmechanismen für das Aufrechterhalten eines allfälligen kollusiven Verhaltens.

179. Eine Gesamtbetrachtung der analysierten Indikatoren zur Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung (Rz 100) führt zum Schluss, dass angesichts der Marktstruktur, der Marktstabilität, der Symmetrien, der Markttransparenz und der Sanktionsmöglichkeiten Anhaltspunkte für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bestehen.

#### **B.4.3.4 Ergebnis**

180. Bestehen wie vorliegend Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben, wird dieses normalerweise

<sup>209</sup> [...].

<sup>210</sup> Meldung, Rz 151 f.

<sup>211</sup> Meldung, Rz 76.

in einer zweiten Phase geprüft (Art. 10 Abs. 1 KG). Dabei wird beurteilt, ob sich die Anhaltspunkte bestätigen und ob durch die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit geschaffen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

181. Die umfangreichen Ermittlungen des Sekretariats im Rahmen der vorläufigen Prüfung, die eine Marktbefragung mit 31 Teilnehmenden sowie eingehende Datenauswertungen insbesondere von Kundinnen- und Kundendaten aller Pharmagrosshändlerinnen umfassen, führen indes zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb durch eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung nicht beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Dies aus folgenden Gründen:

- Die Marktgegenseite verfügt mit Apotheken, die zu über 90 % in Apothekenketten und Apothekengruppierungen organisiert sind, über eine robuste disziplinierende Verhandlungsmacht. Den Apotheken gelang es in der Westschweiz in einem duopolistisch geprägten Marktumfeld, PharmaFocus den Markteintritt sowie Marktanteilsgewinne von über [10–20] % in rund fünf Jahren zu ermöglichen, was bei Amedis und Voigt eine Margenreduktion von rund [10–20] % nach sich zog. Aufgrund der Erfahrungswerte aus der Westschweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Verhandlungsmacht der Apotheken und die Präsenz von PharmaFocus den Preissetzungsspielraum der Pharmagrosshändlerinnen beschränkt und überhöhte Margen verhindert.
- Eine überwiegende Mehrheit der befragten Apotheken erwartet, dass mit dem GU eine bessere Alternative in Sachen Sortimentsgrösse und Lieferbedingungen entsteht, als es mit Amedis und Voigt je einzeln der Fall war, wodurch sich der Wettbewerbsdruck auf die Marktführerin Galaxis intensiviert.

182. Deshalb wird aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen auf die Durchführung einer Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG verzichtet.<sup>212</sup>

### C Kosten

183. Die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses durch das Sekretariat ist gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) gebührenpflichtig.

184. Für die vorläufige Prüfung wird gemäss Art. 32 KG eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben (Art. 4 Abs. 3 GebV-KG). Gemäss Praxis des Sekretariats ist auch die vorgängige Beurteilung eines Meldungsentwurfs in der Regel durch die Pauschalgebühr von 5000 Franken gedeckt, sofern danach eine definitive Meldung eingereicht wird und das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG beurteilt werden kann.<sup>213</sup>

185. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 GebV-KG und die Erhebung einer Pauschalgebühr kann sich in Ausnahmefällen als nicht sachgerecht erweisen, wenn bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung Ermittlungen durchgeführt werden, die gemäss Gesetzessystematik erst im Rahmen der vertieften Prüfung vorgenommen werden.<sup>214</sup> In solchen Fällen kann sich die Gebührenerhe-

bung nach Zeitaufwand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG rechtfertigen.<sup>215</sup>

186. Im vorliegenden Verfahren haben die Zusammenschlussparteien dem Sekretariat vorab einen Meldungsentwurf vorgelegt, der das umfangreiche SE-Gutachten umfasste. Nach Rücksprachen bezüglich offener Fragen zum Meldungsentwurf mit dem Sekretariat reichten die Zusammenschlussparteien sodann einen überarbeiteten Meldungsentwurf sowie eine überarbeitete Fassung des SE-Gutachtens ein.

187. Da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens aufwändige Ermittlungen und insbesondere das Einholen und Auswerten von Auskünften Dritter im Rahmen einer Marktbefragung erforderlich machte, hielt das Sekretariat im Hinblick auf einen allfälligen Abschluss des Verfahrens im Rahmen der vorläufigen Prüfung Rücksprache mit den Zusammenschlussparteien. Die Zusammenschlussparteien erklärten ihr Einverständnis zur Tragung der Kosten nach Aufwand hinsichtlich der Zeit vor Meldung des Zusammenschlussvorhabens, soweit dieser über den üblicherweise entstehenden Aufwand hinausgeht und kein Prüfungsverfahren nach Art. 33 KG eingeleitet wird.

188. Aus diesem Grund und gemäss Einigung mit den Zusammenschlussparteien berechnet sich die Gebühr für den Aufwand vom 3. November 2022 bis 22. Januar 2023 vorliegend gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG nach Zeitaufwand.

189. Der Zeitaufwand für die Beurteilung der Meldungsentwürfe und für die Marktbefragung belief sich insgesamt auf 273,21 Stunden, welcher nach folgenden Stundenansätzen in Rechnung gestellt wird:

- [...];
- [...];
- [...].

Für diesen Aufwand resultiert insgesamt eine Gebühr von 47 420.50 Franken.

190. 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 GebV-KG eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

191. Die Gesamtgebühr beträgt damit 52 420.50 Franken.

192. Gebührenpflichtig ist, wer das Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG), vorliegend die PHOENIX Pharma Switzerland AG und die Voigt Holding AG. Die Gebühren im vorliegenden Fall werden den Verfügungsadressatinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

<sup>212</sup> Vgl. RPW 2022/3, 669 Rz 78–82, *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.

<sup>213</sup> RPW 2016/1, 254 Rz 23, *General Electric Company/ALSTOM Energy – Kostenverfügung*.

<sup>214</sup> RPW 2007/4, 591 Rz 244, *SWX Group/VereinSWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

<sup>215</sup> RPW 2007/4, 591 Rz 244, *SWX Group/VereinSWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

B 2.3

**5. TX/BOM**

*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 5. Mai 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Mai 2023*

**A Sachverhalt**

1. Am 14. April 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die TX Group AG (nachfolgend: TX) die alleinige Kontrolle über die Berner Oberland Medien AG BOM (nachfolgend: BOM) zu erwerben.

**A.1 Zusammenschlussparteien****A.1.1 TX-Gruppe (meldendes Unternehmen, kontrollierendes Unternehmen)**

2. TX sei die Muttergesellschaft des Medienunternehmens TX-Gruppe, welches insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig sei. Sie gebe Zeitungen und Zeitschriften heraus, betreibe u. a. digitale Newsportale, vermittele/vermarkte Werbung und sei auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die TX-Gruppe gliedere sich in die Segmente TX Markets (digitale Marktplätze)<sup>1</sup>, Goldbach (Werbevermittlung/-vermarktung), 20 Minuten (Pendlermedien), Tamedia (Zeitungen und Zeitschriften) sowie Group & Ventures (weitere Beteiligungen, wie z. B. Doodle oder Zattoo, sowie zentrale Dienste). Sie sei schwergewichtig in der Schweiz tätig.

3. TX beabsichtige, die alleinige Kontrolle über BOM indirekt über die Schaer Holding AG (nachfolgend: Schaer) zu erwerben. Schaer sei eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von TX. Schaer sei eine klassische Holding-Gesellschaft. Sie bezwecke den Erwerb, die Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen und halte bereits heute 50 % der Aktien der BOM<sup>2</sup>.

**A.1.2 Berner Oberland Medien AG BOM (kontrolliertes Unternehmen)**

4. BOM sei ein Medienunternehmen, das in den Bereichen Print- und Online-Medien im Raum Berner Oberland tätig sei. Sie sei Herausgeberin der Tageszeitungen «Berner Oberländer» und «Thuner Tagblatt». Zudem betreibe sie die News-Sites [www.berneroberlaender.ch](http://www.berneroberlaender.ch) sowie [www.thunertagblatt.ch](http://www.thunertagblatt.ch).

**A.1.3 G. Maurer AG (Veräussererin)**

5. Die G. Maurer AG (nachfolgend: GMAG) bezwecke u. a. das Halten und Bewirtschaften von Immobilien und Beteiligungen sowie die Ausübung und das Erwerben

von Verlagsrechten an Zeitungen sowie anderen literarischen Werken. Sie sei zu 50 % an BOM beteiligt.

**A.2 Das Zusammenschlussvorhaben**

6. Schaer halte bereits vor der Transaktion 50 % der Aktien der BOM. Daher werde BOM schon heute durch TX mitkontrolliert.<sup>3</sup> TX beabsichtige, indirekt über ihre Tochtergesellschaft Schaer die restlichen 50 % der Aktien und damit die alleinige Kontrolle über BOM zu erwerben. Die Parteien hätten zu diesem Zweck einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen.

**A.3 Gründe und Ziele des Zusammenschlussvorhabens**

7. GMAG habe sich entschieden, sich aus dem Zeitungs- und Newsgeschäft zurückzuziehen, ihre Beteiligung an BOM zu verkaufen und deren Wert zu realisieren. TX sei daran interessiert, die Beteiligung indirekt über Schaer zu erwerben.

8. TX verfüge via Schaer bereits heute über ein Mitkontrollrecht an der BOM (50 % der Aktien). Mit dem Kauf der restlichen Aktien könne BOM vollständig in die TX-Gruppe integriert werden. TX beabsichtige, den Berner Oberländer sowie das Thuner Tagblatt als eigenständige regionale Tageszeitungen für die Region Berner Oberland zu erhalten und deren publizistische Zukunft zu sichern.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

9. 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**

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das Kartellgesetz geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die

<sup>1</sup> Hierbei handle es sich [...].

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2000/3, 415 Rz 4 f. und 416 Rz 11 ff., *Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG*.

<sup>3</sup> Vgl. auch RPW 2000/3, 414 ff., *Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG*. Sowohl Schaer als auch die Berner Zeitung AG (heute: Tamedia Espace AG) gehörten heute zur TX-Gruppe.

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 der Konzern als Ganzes.<sup>4</sup>

11. Bei TX handelt es sich um die Muttergesellschaft der TX-Gruppe. Die TX-Gruppe ist gemäss Meldung ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien. Somit tritt die TX-Gruppe in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. Die TX-Gruppe ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

12. BOM ist ein Medienunternehmen mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien im Raum Berner Oberland. Es handelt sich bei BOM um ein Gemeinschaftsunternehmen der TX-Gruppe und GMAG. Somit stellt BOM um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG i. V. m. Art. 3 VKU dar.

13. GMAG nimmt Tätigkeiten wie das Bewirtschaften von Immobilien sowie die Ausübung und das Erwerben von Verlagsrechten an Zeitungen sowie anderen literarischen Werken wahr. Somit tritt die GMAG in verschiedenen Bereichen als Nachfragerin und Anbieterin von Gütern und Dienstleistungen auf. GMAG ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

14. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b. 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.

15. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.<sup>5</sup>

16. Die TX-Gruppe beabsichtige, indirekt über ihre Tochtergesellschaft Schaar die restlichen 50 % der Aktien und damit die alleinige Kontrolle über BOM zu erwerben (vgl. Rz 6). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).<sup>6</sup>

### B.1.3 Beteiligte Unternehmen

17. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

18. Entsprechend dem zuvor in Randziffern 10 ff. Ausgeführten ist einerseits die TX-Gruppe als kontrollierendes Unternehmen als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 VKU zu betrachten. Andererseits ist als beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 VKU das Gemeinschaftsunternehmen BOM zu qualifizieren.

### B.2 Meldepflicht

19. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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).

20. Für die beteiligten Unternehmen gibt die Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2021 folgende Umsätze in Tabelle 1 an.

|          | TX-Gruppe | BOM   |
|----------|-----------|-------|
| Schweiz  | < 957.4   | [...] |
| Weltweit | 957.4     | [...] |

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2021 gemäss Meldung (in Mio. Franken)

<sup>4</sup> Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 2 N 30 ff.; Samuel Jost, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2022/2, 335 Rz 63, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 22, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 438 Rz 31, *Liberty Glo-*

*bal/Sunrise*; RPW 2021/2, 498 Rz 27, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 505 Rz 28, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2020/4b, 1927 Rz 109, *SBB Cargo*; RPW 2018/4, 871 Rz 40, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 263 Rz 27 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>6</sup> Vgl. RPW 2017/4, 580 Rz 14 ff. und Rz 21, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 493 Rz 4, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 707 Rz 16, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/4, 885 Rz 12 f., *Migros/Angehern (CCA)*; DIKE KG-Süslü (Fn 11), Art. 4 Abs. 3 N 248.

21. Somit werden aufgrund der von der Meldung aufgeführten Umsätze die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht.

22. TX macht geltend, es liege auch keine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG vor. Im Entscheid Le Temps habe die WEKO lediglich festgestellt, dass durch den damaligen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Le Temps SA auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz begründet worden sei und dass die bestehende marktbeherrschende Stellung der Groupe Edipresse auf dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verstärkt worden sei.<sup>7</sup> Durch den Verkauf der Beteiligung an der Le Temps SA durch TX seien die von der WEKO damals gemachten Feststellungen im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG nur noch insofern relevant, als diese sich explizit auf Edipresse bezogen hätten. Gemäss dem damaligen Entscheid habe sich die Feststellung der Marktbeherrschung ausschliesslich auf die Lesermärkte bezogen.

23. Die Aktivitäten der BOM in den Lesermärkten beschränkten sich gemäss Meldung auf die Region Berner Oberland (WG 22). Damit seien die vorliegend relevanten Märkte zum Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne weder benachbart noch vor- oder nachgelagert. Gemäss Meldung sei die Meldepflicht durch die WEKO von Amtes wegen in jedem Zusammenschlussverfahren vorfrageweise zu prüfen.

24. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäss Bundesgericht die vorläufige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens unter anderem der summarischen Beurteilung der Meldepflicht dient.<sup>8</sup> Die Frage der Meldepflicht geht dem Verfahren der vorläufigen Prüfung nicht voraus, vielmehr ist sie Teil desselben. Eine bedingte Meldung unter dem Vorbehalt der Bejahung einer Meldepflicht wie vorliegend beantragt ist deshalb nicht möglich. Um zu klären, ob ein Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG ist, steht den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen zunächst offen, die Frage der Meldepflicht dem Sekretariat der WEKO im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG zu unterbreiten. Bei entsprechendem Feststellungsinteresse kann von der WEKO sodann verlangt werden, dass sie über das Bestehen der Meldepflicht eine anfechtbare Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erlässt.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall ist daher die Eingabe der Parteien als Meldung im Sinne von Art. 9 VKU entgegenzunehmen bzw. die Eingabe der Parteien stellt die Meldung des Zusammenschlussvorhabens dar. Andernfalls würde keine vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens bzw. gar kein Verfahren ausgelöst.<sup>10</sup>

25. Weiter ist festzuhalten, dass der in der Meldung vorgenommene Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG nicht gefolgt werden kann. In ihrer ständigen, vom Bundesverwaltungsgericht gestützten<sup>11</sup> Praxis geht die WEKO von einem weiten Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 4 KG aus.<sup>12</sup> Art. 9 Abs. 4 KG ist in einem Zusammen-

schlussverfahren unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens extensiv auszulegen.<sup>13</sup> Für einen Zusammenschluss besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG nach Bundesverwaltungsgericht, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss eine rechtskräftige Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vorliegen und zweitens muss ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt bestehen.<sup>14</sup>

26. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem «marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne» (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) eine marktbeherrschende Stellung innehat.<sup>15</sup> Da die Edipresse-Gruppe Teil der TX-Gruppe ist, zeitigt die nach wie vor geltende Feststellung der marktbeherrschenden Stellung vom 1. Dezember 1997 auch Wirkung für TX. Damit ist die erste Voraussetzung für eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG der rechtskräftigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt.

27. Als zweite Voraussetzung ist damit zu prüfen, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und BOM Märkte betrifft, welche in einem Nahverhältnis zum beherrschten Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne stehen.

28. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der Frage des Bestehens einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu prüfen, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussverfahren zwischen TX und BOM betroffenen Märkten nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Ob solche Wettbewerbseffekte effektiv bestehen, ist demgegenüber eine zu behandelnde Frage der materiellen Prüfung.<sup>16</sup>

<sup>7</sup> Gemäss Meldung: RPW 1998, 39 ff., namentlich 52 Rz 171 f; 53 Rz 22 f.; 54 Rz 27 f.

<sup>8</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 4.2.2, A AG/WEKO; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.46, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>9</sup> Vgl. BGer, 2C\_934/2020 vom 23.9.2021 E. 5.3, A AG/WEKO.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2022/4, 918 Rz 36, TX Group/AdUnit.

<sup>11</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2022/4, 918 Rz 37, TX Group/AdUnit; RPW 2022/2, 338 Rz 90, [A]/[B]; RPW 2021/3, 658 Rz 30, TX Group/Acheter-Louer.ch; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2021/2, 506 Rz 33, TX Group/Immowelt Schweiz; RPW 2018/4, S. 717, Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG; RPW 2006/4, 622, Meldepflicht der Emmi AG.

<sup>13</sup> Vgl. BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, insb. E. 2.45 ff., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO.

<sup>14</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.30, TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; BVGer B-6180/2013 vom 29. April 2014, E. 2, The Swatch Group AG/WEKO.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 1998/1, 60 Dispositiv Ziff. 1, Le Temps.

<sup>16</sup> Vgl. BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41 und E. 2.46 f., TX Group AG (vormals Tamedia AG)/WEKO; RPW 2022/4, 918 Rz 40, TX Group/AdUnit; RPW 2022/2, 339 Rz 98, [A]/[B]; RPW 2022/1, 80, Beratung Meldepflicht Bächle Logistics GmbH / Hugger Holding GmbH/Logistic Center Villingen GmbH; RPW 2021/3, 680 Rz 11, Swissgenetics/New Generation Genetics; RPW 2021/2, 499 Rz 34, Aventinus/Heidi Media; RPW 2019/2, 542 Rz 14, Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag; RPW 2019/1, 180 Rz 28, Tamedia/Zattoo International.

29. BOM ist mit verschiedenen Tätigkeiten in den Bereichen Print- und Online-Medien im Raum Berner Oberland aktiv. Dies betrifft auch Tätigkeiten in den Lesermärkten in der Region Berner Oberland (WG 22). Damit fallen die Tätigkeiten von BOM im Bereich der Zeitungen in Märkte, die in einem Nahverhältnis zum beherrschten Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne stehen. Wettbewerbseffekte auf den vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten können nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Das Zusammenschlussvorhaben zwischen TX und BOM betrifft Märkte mit einem Nahverhältnis zum beherrschten Markt.

30. Weiter richten sich Tageszeitungen nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leserschaft.<sup>17</sup> Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung bildet insbesondere die an die Leserschaft gerichtete Print-Firmenwerbung. Dabei ist zu beachten, dass Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft sind, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden kann. Eine Tageszeitung ist für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweist. Somit ist der Markt für Printwerbung in der französischsprachigen Schweiz bzw. in den Regionen Genf und Lausanne untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.<sup>18</sup>

31. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print- sowie Online-Werbung je eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den einzelnen Werbeträgern möglich sind, noch nicht vollständig austauschbar sind. Allerdings stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.<sup>19</sup> Dementsprechend können auch vorliegend Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten im Bereich der Print-Firmenwerbung und Online-Firmenwerbung im WEMF-Wirtschaftsgebiet 22 Berner Oberland<sup>20</sup> (nachfolgend: WG 22) und in der Deutschschweiz nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht folglich auch in Bezug auf Werbemärkte ein Nahverhältnis zwischen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten und dem beherrschten Markt.

32. Zudem bieten Tageszeitungen auch Insertionsmöglichkeiten für Rubrikanzeigen.<sup>21</sup> Der Bereich der Rubrikanzeigen ist auch vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffen. Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und den vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten im Bereich der Rubrikanzeigen können nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht folglich auch hinsichtlich Rubrikanzeigen ein Nahverhältnis zwischen vom Zusammenschluss betroffenen Märkten und dem beherrschten Markt.

33. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

### B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

34. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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).

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

#### B.3.1 Relevante Märkte

36. 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).

37. 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).

38. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Markt-abgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Markt-abgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Markt-abgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden.<sup>22</sup> Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, in-

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2022/4, 918 Rz 41, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 339 Rz 99, *[A]/[B]*; RPW 2019/1, 180 Rz 29, *Tamedia/Zattoo International*; in diese Sinne auch RPW 1998/1, 44 f. Rz 30, *Le Temps*.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2022/4, 918 Rz 41, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 339 Rz 99, *[A]/[B]*; RPW 2019/1, 180 Rz 29, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2017/3, 507 Rz 28, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*.

<sup>19</sup> Vgl. RPW 2022/4, 918 Rz 42, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 339 Rz 100, *[A]/[B]*; RPW 2019/1, 180 Rz 30, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2017/3, 507 Rz 29, *Tamedia AG/Neo Advertising AG*; RPW 2016/1, 311 Rz 135 f., *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

<sup>20</sup> Vgl. <[https://wemf.ch/media/wemf.ch/media/wemf-gebiete\\_2017.pdf](https://wemf.ch/media/wemf.ch/media/wemf-gebiete_2017.pdf?redirect=true)?redirect=true> (24.4.2023).

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2021/2, 506 Rz 35, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2022/2, 340 Rz 114, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 659 Rz 39, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 499 Rz 41, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 507 Rz 42, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2020/2, 635 Rz 84, *AdBlue*; RPW 2020/1, 207 Rz 858, *KTB-Werke*.

dem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>23</sup>

39. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich u. a. zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzer von News-Sites, Hörmärkten, Zuschauermärkten, Werbemärkten (Unterscheidung Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten.<sup>24</sup>

40. Die Meldung macht Angaben zu den Tätigkeiten von BOM, welche in folgende Märkte fallen.

### **B.3.1.1 Lesermärkte für Tageszeitungen nach WEMF-Wirtschaftsgebieten**

#### **B.3.1.1.1. Sachlich relevanter Markt**

41. Praxisgemäss grenzt die WEKO u. a. Lesermärkte für Tageszeitungen nach WEMF-Wirtschaftsgebieten ab.<sup>25</sup>

42. Lesermärkte lassen sich anhand der Charakteristika der einzelnen Printerzeugnisse bestimmen.<sup>26</sup> Dabei sind nebst den eigentlichen Zeitungen (insb. Tageszeitungen, Pendlerzeitungen und Sonntagszeitungen) auch die sogenannten Special-Interest-Titel (Zeitschriften) zu betrachten. Letztere bilden je eigene Lesermärkte, da sie sich an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse richten.<sup>27</sup>

43. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass BOM die Zeitungen Berner Oberländer und Thuner Tagblatt herausgeben. Der Berner Oberländer und das Thuner Tagblatt seien bezahlte Tageszeitungen, die über lokale/regionale Ereignisse, daneben aber auch über nationale und internationale Ereignisse berichteten. Die Leserschaft des Berner Oberländers und des Thuner Tagblatts stammten in erster Linie aus dem WG 22.

#### **B.3.1.1.2. Räumlich relevanter Markt**

44. In räumlicher Hinsicht zeichnen sich Tageszeitungen durch eine regionale Berichterstattung aus. Praxisgemäss werden daher Lesermärkte für Tageszeitungen geografisch nach WEMF-Wirtschaftsgebieten abgegrenzt.<sup>28</sup> Zusätzlich zu einer räumlichen Marktabgrenzung nach WEMF-Wirtschaftsgebieten können auch sprachregionale räumliche Marktabgrenzung vorgenommen werden.<sup>29</sup>

#### **B.3.1.1.3. Relevanter Markt**

45. Somit ist im Bereich der Lesermärkte als relevanter Markt der Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22 zugrunde zu legen.

### **B.3.1.2 Sprachregionale, WEMF-regionale und «stammgebietregionale» Märkte für Nutzer von News-Sites**

#### **B.3.1.2.1. Sachlich relevanter Markt**

46. In ihrer Praxis grenzt die WEKO gestützt auf einen Entscheid der ehemaligen REKO/WEF einen Markt für News-Sites (Vermittlung aktueller Informationen) ab.<sup>30</sup> Dabei handelt es sich um das Online-Angebot von Me-

dienanbietern (Verlage von Tageszeitungen, Radiostationen, Schweizer Radio und Fernsehen, etc.), welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.<sup>31</sup> Auf dem Markt für Nutzer von News-Sites stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Webseiten mit tagesaktuellen Nachrichten und auf der Nachfrageseite Konsumenten solcher Inhalte gegenüber.<sup>32</sup>

47. Auf den News-Sites von BOM *berneroberlaender.ch* und *thunertagblatt.ch* seien News verschiedener Kategorien (Lokales, Oberland, Thun, Meine Gemeinde, Schweiz, Ausland, Börde, Wirtschaft, Kultur, Sport etc.) verfügbar.

#### **B.3.1.2.2. Räumlich relevanter Markt**

48. In räumlicher Hinsicht unterteilt die WEKO ausgehend von der Tätigkeit der jeweils beteiligten Unternehmen die Märkte für News-Sites sowohl sprachregional als auch nach Grossräumen oder hat diese auch schon enger nach Wirtschaftsgebiet oder Stammgebiet einer

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_79/2014 vom 28. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2021/3, 659 Rz 40, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, RPW 2021/2, 499 Rz 42, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 507 Rz 43, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 874 Rz 69, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 438 Rz 94, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 26, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1, 117 Rz 53 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 254 Rz 73, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 606 f. Rz 29 ff., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2018/4, 874 f. Rz 77, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 325 Rz 231, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 27 ff., *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 684 Rz 55 f., *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 254 Rz 76 ff., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 607 Rz 37, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2014/4, 709 Rz 27, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1, 117 Rz 52, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/4, 392 Rz 137, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 254 Rz 76, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 607, Rz 36, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>27</sup> Vgl. 2022/2, 354 Rz 235, *[A]/[B]*; RPW 2018/4, 874 Rz 70, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 325 Rz 230, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/3, 438 Rz 95 f., *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 710 Rz 36, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1, 117 Rz 53, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 255 Rz 79, *Tamedia/PPSR*.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2018/4, 943 Rz 64, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 876 Rz 91, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 450 f. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 709 Rz 30, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/1 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, sowie RPW 2014/1, 287 Rz 8, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*; RPW 2009/3, 255 Rz 80, *Tamedia/PPSR*; RPW 2009/4, 398 Rz 191, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2007/4, 607 f., Rz 36 ff., *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2015/3, 450 f. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

<sup>30</sup> Vgl. RPW 2021/2, 499 Rz 42, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2019/2, 542 Rz 19, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*; RPW 2015/3, 453 Rz 107, Tabelle 5, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 706 Rz 44, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 684 Rz 55, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 118 Rz 60, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW/2012/1, 141 Rz 43, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/4, 395 Rz 154, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 259 Rz 97 ff., *Tamedia/PPSR*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 374 f. E.7.2.5, *Tamedia/BZ/20 Minuten*; vgl. auch RPW 2007/4, 609 Rz 53; *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 68, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 876 Rz 95, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 711 Rz 44, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 525 Rz 82, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2012/1, 118 Rz 56, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 609 Rz 54, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>32</sup> Vgl. RPW 2014/3, 525 Rz 82, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 16, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*.

Zeitung abgegrenzt.<sup>33</sup> Folglich sind für News-Sites mehrere räumliche Marktgrenzen gleichzeitig möglich. Z. B. ein Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz und ein Markt für Nutzer von News-Sites im WG 31.<sup>34</sup>

49. Gemäss Meldung seien die News-Sites *berneroberlaender.ch* und *thunertagblatt.ch* in deutscher Sprache verfügbar. Sie umfassten primär lokale/regionale Berichterstattung aus der Region Berner Oberland, aber auch nationale und internationale Berichterstattung.

### B.3.1.2.3. Relevante Märkte

50. Somit sind im Bereich der News-Sites der Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz und der Markt für Nutzer von News-Sites im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.3 Sprachregionale und WEMF-regionale Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Fahrzeuge und andere) – Allgemeine Ausführungen

51. Mit Blick auf die sachlich relevante Dimension grenzt die WEKO praxismässig eigenständige Märkte für Rubrikanzeigen ab.<sup>35</sup> Vor dem Hintergrund der abnehmenden Bedeutung des Print- zugunsten des Online-Bereichs hat die WEKO unlängst die Frage aufgeworfen, ob an der Zusammenfassung des Print- und Online-Bereichs in einem einheitlichen Markt festgehalten werden kann. Die WEKO kam dabei zum Schluss, dass eine Berücksichtigung des Online-Bereichs alleine das Ergebnis in Bezug auf die Rubrikanzeigemärkte nicht ändert.<sup>36</sup> Bis anhin bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Sachverhalt in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat. Entsprechend ist bis anhin darauf verzichtet worden, den Online-Bereich separat zu untersuchen. Die WEKO behält sich allerdings weiterhin vor, aufgrund von zukünftigen Entwicklungen im Online-Bereich, die Marktgrenzung anders vorzunehmen.<sup>37</sup>

52. Die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen unterteilt die WEKO zunächst anhand der Marktgegenseite in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt. Sodann unterteilt die WEKO diese Märkte jeweils nach Inhalt der Rubrikanzeigen weiter. Praxismässig unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen.<sup>38</sup>

53. Hinsichtlich der Frage, welche Arten von Rubrikanzeigen im jeweils sachlich relevanten Markt zu berücksichtigen sind, kann auf die Definition eines Marktes zurückgegriffen werden. Ein Markt wird als Ort definiert, auf dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen, um durch eine Transaktionsbeziehung eine für beide Seiten günstigere Allokation der Dienstleistungen und Güter zu erreichen. Fehlt eine der beiden Seiten (Anbieter oder Nachfrager) oder kommt keine Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zustande, liegt kein Markt vor.<sup>39</sup>

54. Basierend auf der Marktdefinition werden Metaportale bei der Marktgrenzung grundsätzlich nur nutzerseitig berücksichtigt. Leser/Nutzer fragen als Dienstleistung eine Übersicht über Inserate nach, welche eine Plattform bereitstellt. Hierbei werden dem Nutzer sowohl eigene wie auch übernommene Inserate angezeigt.<sup>40</sup>

55. Inserentenseitig gehören Metaportale bzw. gespiderete<sup>41</sup> Inserate demgegenüber nicht zum selben Markt, da in diesem Fall die Inserate nicht direkt von den die Rubrikanzeige Ausschreibenden geschaltet werden. Vielmehr werden einfach Inserate von anderen Webseiten übernommen. Somit kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Inserenten als Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats und dem Portalbetreiber als Anbieter von Raum für die Schaltung eines Inserats.<sup>42</sup>

<sup>33</sup> Vgl. RPW 2021/2, 499 Rz 43, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2019/2, 543 Rz 23, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*; RPW 2018/4, 944 Rz 69, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2014/4, 711 Rz 45, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 525 Rz 83, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 f. Rz 9, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*; RPW 2012/3, 685 Rz 66, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 118 Rz 66, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2012/1 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/4, 403 Rz 219, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 259 Rz 100 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 71, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 876 Rz 96, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 711 Rz 45, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/4, 403 Rz 219, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 259 Rz 102, *Tamedia/PPSR*.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 41, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 44, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 72, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 672 Rz 37, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 684 Rz 55, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 118 Rz 57, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 259 f. Rz 103 ff, *Tamedia/PPSR*.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 41, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 44, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 Rz 47 f., *Tamedia/Tradono Switzerland*; 2014/4, 761 Rz 41, *Tamedia/home.ch*; RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; vgl. auch RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 41, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 44, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 72, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 107, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 42, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 45, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 73, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 583 f. Rz 49 ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2013/3, 361 Rz 54 ff., 715 Rz 61 und 63, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 684 Rz 56, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 259 Rz 103, *Tamedia/PPSR*.

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 43, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 46, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 74, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 44, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 507 Rz 47, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 75, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 260 Rz 108 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>41</sup> Mit Spidering kann das Internet oder eine Gesamtheit von Internetseiten bzw. Plattformen systematisch nach interessierenden Inhalten (z. B. Stelleninserate) durchsucht werden, um die Inhalte dann in die eigene Webseite oder das eigene Portal aufzunehmen und anzubieten (vgl. auch BGE 133 III 384, 392 f. E. 4.4.2).

<sup>42</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 45, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 508 Rz 48, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 76, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3, 475 Rz 71, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 513 Rz 79, *JobCloud/JobScout24*.



56. Ähnliches gilt auch für Rubrikanzeigen, welche auf einer Unternehmenswebseite geschaltet werden. Auch hier kommt es zu keinem Vertragsverhältnis bzw. zu keiner Transaktionsbeziehung zwischen dem Betreiber der Webseite und dem Nachfrager nach Raum für die Schaltung eines Inserats, da diese in einer Person zusammenfallen und daher nicht von einer Austausch- bzw. Transaktionsbeziehung zwischen Anbieter und Nachfrager gesprochen werden kann.<sup>43</sup> Spezifisch bei Immobilien-Rubrikanzeigen hat die WEKO einen solchen etwaigen «Eigenvertrieb» (Inserate auf der eigenen Webseite) der Immobilien-Inserenten nicht dem relevanten Markt zugeordnet. Eine etwaige Disziplinierung durch «Eigenvertrieb» wäre allenfalls unter dem Titel der Gegenmacht («countervailing market power») zu prüfen.<sup>44</sup>

57. Nutzer-/Leserseitig werden Rubrikanzeigen auf den Unternehmenswebsites der ausschreibenden Unternehmen nicht berücksichtigt. Dies insbesondere, weil Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen, welche ein Rubrikanzeigenportal besuchen nicht einzig an Rubrikanzeigen eines einzelnen Anbieters interessiert sind. Nutzer/Leser, welche lediglich eine Unternehmenswebseite besuchen, sind an Rubrikanzeigen des jeweils spezifischen Unternehmens interessiert. Zwar können Nutzer/Leser oft einen Grossteil der Rubrikanzeigen eines spezifischen Unternehmens auch auf Rubrikanzeigenportalen finden. Somit kann für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen von einem bestimmten Inserenten eine einseitige Substituierbarkeit durch Rubrikanzeigenportale gegeben sein. Hingegen dürften für einen Nutzer/Leser, der nicht nach Rubrikanzeigen eines bestimmten Unternehmens sucht, die verschiedenen einzelnen Unternehmenswebseiten kein Substitut darstellen, da die von einem Rubrikanzeigenportal erbrachte Aggregationsdienstleistung betreffend die Rubrikanzeigen verschiedener Inserenten in der Regel nicht von jedem einzelnen Nutzer/Leser durch den Besuch sämtlicher Unternehmenswebseiten möglicher inserierender Unternehmen erbracht werden kann. Aus demselben Grund rechtfertigt es sich allerdings in den Märkten für Nutzer/Leser von Rubrikanzeigen Metaportale zur Marktanteilsberechnung hinzuzuziehen (vgl. Rz 54).<sup>45</sup>

58. In den Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24 hat die WEKO darauf hingewiesen, dass sich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten die Frage der Abgrenzung zwischen Online- und Offline-Bereich stellen kann. Zudem kann sich in anderen Fällen die Frage einer weiteren räumlichen (zusätzlichen) Unterteilung bzw. Abgrenzung stellen.<sup>46</sup>

59. In räumlicher Hinsicht sind die Märkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen gemäss Praxis der WEKO je nach Umständen sowohl sprachregional als auch nach Verbreitungs- bzw. WEMF-Wirtschaftsgebieten abzugrenzen.<sup>47</sup>

60. In mehreren Zusammenschlussvorhaben hat die WEKO festgehalten, dass mit der Beschränkung auf sprachregionale räumliche Märkte keine Praxis begründet oder bestätigt wird, wonach für Rubrikanzeigen in nachfolgenden Zusammenschlussvorhaben keine Markttabegrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen sind. Eine weitere räumliche Unterteilung bei

der Markttabegrenzung in einem anderen Fall ist nicht in Frage gestellt. Für jedes Zusammenschlussvorhaben ist gesondert auf die Frage der (räumlichen) Markttabegrenzung einzugehen.<sup>48</sup>

61. Im Berner Oberländer und im Thuner Tagblatt seien in geringem Umfang Rubrikanzeigen enthalten. Gemäss den Angaben in der Meldung sind dies Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, andere Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen.

### B.3.1.4 Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

#### B.3.1.4.1. Sachlich relevanter Markt

62. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Arbeitsstellen ausgeschrieben werden. Hierbei werden praxismässig grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt (vgl. auch Rz 54).<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 Rz 46, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 508 Rz 49, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 77, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1, 268 f. Rz 92, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 476 Rz 74 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>44</sup> Vgl. RPW 2021/3, 660 ff. Rz 47 ff., *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 508 Rz 51 ff., *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>45</sup> Vgl. RPW 2021/3, 663 Rz 65 f., *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 509 Rz 54, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 944 Rz 78, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>46</sup> Vgl. RPW 2015/3, 482 Rz 111, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 517 Rz 99, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>47</sup> Vgl. RPW 2021/3, 664 Rz 70, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 510 Rz 59, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 945 Rz 80, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 109, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 58, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 107 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 714 Rz 60, *Ringier/Le Temps*; RPW 2015/3, 481 Rz 104 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 45, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 524 f. Rz 77, 79 und 81, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 297 Rz 37, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 71 f., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/3, 383 Rz 42, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 12, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 685 f. Rz 66, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 48 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2011/3, 412 Rz 8, *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*; RPW 2009/3, 260 Rz 106 f. (m. w. H. insbesondere auf die REKO/WEF, welche zumindest für die Inserenten einen lokalen/regionalen Rubrikenmarkt abgegrenzt hat), 260 f. Rz 113 ff., 262 Rz 132 ff., 263 f. Rz 139 und 141 f. sowie 264 Rz 144, *Tamedia/PPSR*.

<sup>48</sup> Vgl. RPW 2021/3, 664 Rz 71, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 510 Rz 60, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2015/3, 481 Rz 107, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 111, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>49</sup> Vgl. RPW 2018/4, 946 Rz 95, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1, 269 Rz 100, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 480 Rz 95 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 517 Rz 100, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2014/3, 524 Rz 74, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 12, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 65, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 11, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2009/4, 396 Rz 165, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*. Vgl. auch RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*.

63. Dieser Markt ist nicht als Markt für Vermittlungsdienstleistungen anzusehen, sondern ist spezifisch auf Stellenausschreibungen zu begrenzen. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass Stellenausschreibungen von Unternehmen auf der firmeneigenen Webseite nutzerseitig zu berücksichtigen sind.<sup>50</sup>

#### **B.3.1.4.2. Räumlich relevanter Markt**

64. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

#### **B.3.1.4.3. Relevante Märkte**

65. Somit sind im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

#### **B.3.1.5 Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen**

##### **B.3.1.5.1. Sachlich relevanter Markt**

66. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Immobilien-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.<sup>51</sup> Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt (vgl. auch Rz 54).<sup>52</sup>

##### **B.3.1.5.2. Räumlich relevanter Markt**

67. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

##### **B.3.1.5.3. Relevante Märkte**

68. Somit sind im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

#### **B.3.1.6 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)**

##### **B.3.1.6.1. Sachlich relevanter Markt**

69. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen solche Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Medien und Nutzer von Online-Plattformen mit entsprechenden Rubrikanzeigen.<sup>53</sup>

##### **B.3.1.6.2. Räumlich relevanter Markt**

70. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

##### **B.3.1.6.3. Relevante Märkte**

71. Somit sind im Bereich der allgemeinen Rubrikanzeigen der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz und der Markt für Nut-

zer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22 zugrunde zu legen.

#### **B.3.1.7 Sprachregionale oder WEMF-Wirtschaftsgebietorientierte Märkte Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen**

##### **B.3.1.7.1. Sachlich relevanter Markt**

72. In Analogie zu den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen rechnet die WEKO die Print- und Online-Ankündigungsanzeigen ebenfalls demselben sachlich relevanten Markt zu. Der Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen ist weiter in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt zu unterteilen.<sup>54</sup> Diese Vorgehensweisen sind weitgehend durch die REKO/WEF vorgegeben.<sup>55</sup>

73. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Ankündigungsanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Ankündigungsanzeigen bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Ankündigungsanzeigen geschaltet werden.<sup>56</sup>

##### **B.3.1.7.2. Räumlich relevanter Markt**

74. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2016/1, 269 f. Rz 100, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 517 Rz 101 ff, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 480 Rz 96 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>51</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 f. Rz 93 f., *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/4, 584 Rz 54, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 269 Rz 98, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 480 Rz 94, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 761 Rz 42, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 13, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 64, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/3, 673 Rz 45, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

<sup>52</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 f. Rz 93, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Jobscout24*.

<sup>53</sup> Vgl. RPW 2017/4, 583 Rz 53, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 269 Rz 96, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 513 Rz 81, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 480 Rz 93, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 14, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 63, *Tamedia AG/Schibsted/ SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>54</sup> Vgl. RPW 2018/4, 946 Rz 99, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 110, *AZ Medien/NZZ*; Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, 59 Rz 252 f. (abrufbar auf <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben *Ticketcorner / Starticket*); RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 15, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 383 Rz 36 f., *Tamedia/Starticket*; RPW 2012/3, 684 Rz 55, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 141 f. Rz 43 f., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 261 Rz 115 ff., *Tamedia/PPSR*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 383 E.8.3.3, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

<sup>55</sup> Vgl. RPW 2009/3, 261 Rz 115 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>56</sup> Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 36, *Tamedia/Starticket*.

### B.3.1.7.3. Relevante Märkte

75. Somit sind im Bereich der Ankündigungsanzeigen der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.8 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

#### B.3.1.8.1. Sachlich relevanter Markt

76. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Stellenangeboten, die eine Arbeitsstelle anbieten.<sup>57</sup>

77. Hinsichtlich gespiderter Inserate sowie Inserate auf Unternehmenswebseiten kann auf Rz 55 f. verwiesen werden. Zudem ist die Personalvermittlung und -beschaffung in ihrer Dienstleistungsform als Ganzes nicht diesem Markt angehörig.<sup>58</sup>

78. In den Zusammenschlussvorhaben Tamedia/ricardo.ch und JobCloud/JobScout24 prüft die WEKO gestützt auf Studien zur Personalrekrutierung, auf vergleichbare Fälle der EU-Kommission und der FTC sowie auf die Marktbefragung, ob Online-Stellen-Rubrikanzeigen durch Print-Stellen-Rubrikanzeigen substituierbar sind. Die WEKO kommt zum Schluss, dass für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zumindest im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen neben der Abgrenzung von Märkten für Inserenten in bzw. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im Sinne von Alternativbetrachtungen auch separate Onlinemärkte für Stellen-Rubrikanzeigen abgegrenzt werden. Die Frage hinsichtlich der Trennung des Online- vom Offline-Bereich kann sich grundsätzlich bei sämtlichen Rubrikanzeigenmärkten stellen.<sup>59</sup>

#### B.3.1.8.2. Räumlich relevanter Markt

79. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

#### B.3.1.8.3. Relevante Märkte

80. Somit sind im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.9 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

#### B.3.1.9.1. Sachlich relevanter Markt

81. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten.<sup>60</sup>

82. Hinsichtlich gespiderter Inserate sowie Inserate auf Unternehmenswebseiten kann auf Rz 55 f. verwiesen werden.

83. Wie bereits erwähnt, werden Rubrikanzeigen auf den Unternehmenswebseiten der ausschreibenden Unternehmen nicht berücksichtigt. Bei Immobilien-Rubrikanzeigen finden sich unter den grössten schweizerischen Immobilien-Portalen keine Internetseiten von einzelnen grossen Immobilienverwaltern. Damit bestehen bis anhin keine Hinweise, nutzer-/leserseitig grosse Immobilienverwalter als Konkurrenz zu berücksichtigen.<sup>61</sup>

#### B.3.1.9.2. Räumlich relevanter Markt

84. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

#### B.3.1.9.3. Relevante Märkte

85. Somit sind im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.10 Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge)

#### B.3.1.10.1. Sachlich relevanter Markt

86. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten,

<sup>57</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 87 f., *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2016/1, 268 f. Rz 92, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 475 Rz 70, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/3, 524 Rz 78, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 18, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 361 Rz 61, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*. Vgl. auch RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>58</sup> Vgl. RPW 2016/1, 268 f. Rz 92, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 476 Rz 73, *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>59</sup> Vgl. RPW 2015/3, 477 Rz 77 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 517 Rz 99, *JobCloud/JobScout24*.

<sup>60</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 84, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/4, 583 Rz 49, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 268 Rz 90, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 475 Rz 69, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 761 Rz 40, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 525 Rz 80, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 289 Rz 19, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 361 Rz 60, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2009/4, 395 Rz 156 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*. Vgl. auch RPW 2021/2, 507 Rz 44 f., *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2021/2, 509 Rz 56 f., *TX Group/Immowelt Schweiz*.

welche in einem Print-Medium oder auf einer Online-Plattform eine entsprechende Rubrikanzeige aufschalten möchten.<sup>62</sup>

87. Bei Anwendung dieser Marktabgrenzung bedeutet dies, dass Online-Plattformen wie ricardo.ch und ebay.ch den Märkten für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) zuzuordnen sind.<sup>63</sup>

88. Hierzu weist die WEKO darauf hin, dass Online-Plattformen wie ricardo.ch, ebay.ch und Amazon Marketplace künftig allenfalls Märkten für sog. e-Commerce-Marktplätze zuzuordnen wären. Solche Märkte für e-Commerce-Marktplätze würden Online-Plattformen umfassen, über welche Drittanbieter Waren anpreisen und absetzen können, wobei (zumindest) der Vertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) innerhalb der Plattform zustande kommt.<sup>64</sup>

### B.3.1.10.2. Räumlich relevanter Markt

89. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

### B.3.1.10.3. Relevante Märkte

90. Somit sind im Bereich der allgemeinen Rubrikanzeigen der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz und der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.11 Sprachregionale oder WEMF-Wirtschaftsgebiet-orientierte Märkte für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

#### B.3.1.11.1. Sachlich relevanter Markt

91. Wie bereits erwähnt werden die Print- und Online-Ankündigungsanzeigen ebenfalls demselben sachlich relevanten Markt zugeordnet (vgl. Rz 72). Der Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen ist weiter in einen Leser-/Nutzer-Markt und einen Inserenten-Markt zu unterteilen.<sup>65</sup> Diese Vorgehensweisen sind weitgehend durch die REKO/WEF vorgegeben.<sup>66</sup>

92. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen umfasst auf der Angebotsseite Betreiber bzw. Herausgeber von Medien, auf denen Ankündigungsanzeigen geschaltet werden können und auf der Nachfrageseite Inserenten von Ankündigungsanzeigen.<sup>67</sup>

#### B.3.1.11.2. Räumlich relevanter Markt

93. Vergleiche hierzu die Ausführungen in Rz 60.

### B.3.1.11.3. Relevante Märkte

94. Somit sind im Bereich der Ankündigungsanzeigen der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz und der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22 zugrunde zu legen.

### B.3.1.12 Nationale (sprachregionale) und lokale/regionale Märkte für Print-Firmenwerbung – Allgemeine Ausführungen

95. In den Märkten für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung bieten die Verlage den Unternehmen

Werberaum an. Gemäss der bisherigen Praxis unterscheidet die WEKO (u. a.) zwischen nationaler Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern.<sup>68</sup> Hierzu ist anzumerken, dass die WEKO in früheren Zusammenschlussvorhaben zwischen den zwei folgenden sachlich relevanten Märkten unterschied:

- nationaler Markt für Print-Firmenwerbung (Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung);
- lokaler/ regionaler Markt für Print-Firmenwerbung (Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung).<sup>69</sup>

96. Die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen stellt einen eigenen sachlich relevanten Markt dar.<sup>70</sup> In den Zusammenschlussvorhaben Tamedia/PPSR und Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO unterschied die WEKO zwischen dem Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen und dem Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen.<sup>71</sup>

<sup>62</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 81, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/4, 583 Rz 49, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 107 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 475 Rz 62 ff., *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 513 Rz 78, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2013/3, 361 Rz 59, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobup*; RPW 2013/1, 83 Rz 10, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*; RPW 2011/3, 411 f. Rz 6 f., *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*; RPW 2009/3, 262 f. Rz 131 ff., *Tamedia/PPSR*. Vgl. auch RPW 2018/4, 879 Rz 108, *AZ Medien/NZZ*.

<sup>63</sup> Vgl. dazu insb. RPW 2013/3, 373 Tabelle 11 und 357 Rz 15, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2018/4, 945 Rz 82, *Tamedia/Basler Zeitung*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2018/4, 945 Rz 83, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/4, 587 Rz 70, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 475 Rz 65 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.

<sup>65</sup> Vgl. RPW 2018/4, 946 Rz 99, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 879 Rz 110, *AZ Medien/NZZ*; Verfügung der WEKO vom 22.05.2017 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, 59 Rz 252 f. (abrufbar auf <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide > Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner / Starticket); RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 714 Rz 59, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 15, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 383 Rz 36 f., *Tamedia/Starticket*; RPW 2012/3, 684 Rz 55, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 141 f. Rz 43 f., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 261 Rz 115 ff., *Tamedia/PPSR*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 383 E.8.3.3, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2009/3, 261 Rz 115 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>67</sup> Vgl. RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 289 Rz 21, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3, 383 Rz 37, *Tamedia/Starticket*.

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2022/2, 354 Rz 238 ff., [A]/[B]; RPW 2018/4, 946 Rz 101, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 288 Rz 17, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 673 Rz 49, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/3, 684 Rz 56, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 141 Rz 44; RPW 2009/3, 266 f. Rz 165 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2022/2, 355 f. Rz 244 f., [A]/[B]; RPW 2009/3, 265 Rz 158, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 610 Rz. 62 ff. m. w. H. und 610 Rz 65, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2016/1, 325 Rz 231, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2012/3, 684 Rz 56, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2009/3, 266 Rz 163, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 610 f. Rz 69 und 624 *Tabelle zu den Werbemärkten im Printbereich, Tamedia AG/Espace Media Groupe*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 381 f. E.8.3 und E.8.3.1, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

97. Auf dem Markt für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Werberaum in Print-Erzeugnissen stehen sich auf der Anbieterseite Verleger von Printmedien und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechende Werbeanzeigen in Printmedien schalten möchten, gegenüber. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO die einzelnen Lesermärkte und die damit korrespondierenden Märkte für die Vermittlung bzw. Vermarktung von Inserate- und Werberaum themenspezifisch abgegrenzt.<sup>72</sup>

98. Im Fall Publigroupe bestätigte das Bundesgericht die Abgrenzung der WEKO eines schweizweiten Marktes für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in den Printmedien. Andere Werbeträger wie insbesondere die Plakatwerbung (Aussenwerbung), die Direktwerbung und die elektronischen Medien gehören nicht dazu.<sup>73</sup> Zudem hielt das Bundesgericht fest, dass es für den Printbereich bereits Werbeteilmärkte ähnlich zu einem weiter unterteilten Online-Werbemarkt akzeptiert hatte.<sup>74</sup>

99. In räumlicher Hinsicht wird der Markt für nationale Print-Firmenwerbung sprachregional abgegrenzt. Die räumliche Marktabgrenzung der lokalen/regionalen Print-Firmenwerbung erfolgt gemäss Praxis der WEKO analog der Lesermärkte grundsätzlich nach Verbreitungsgebiet. Da das Verbreitungsgebiet in der Regel mit dem korrespondierenden WEMF-Wirtschaftsgebiet deckungsgleich ist, erfolgt die räumliche Marktabgrenzung nach WEMF-Wirtschaftsgebieten.<sup>75</sup>

100. Es ist anhand der Angaben in der Meldung davon auszugehen, dass BOM die Zeitungen Berner Oberländer und Thuner Tagblatt herausgeben (vgl. Rz 43). Der Berner Oberländer und das Thuner Tagblatt seien bezahlte Tageszeitungen, die über lokale/regionale Ereignisse, daneben aber auch über nationale und internationale Ereignisse berichteten. Die Leserschaft des Berner Oberländers und des Thuner Tagblatts stammten in erster Linie aus dem WG 22.

101. In den übrigen Märkten für Print-Firmenwerbung (z. B. in illustrierten Zeitschriften oder in der Programmpresse) sei BOM nicht tätig.

102. Somit stehen gemäss Praxis der WEKO und gestützt auf die Angaben der Meldung nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im Vordergrund.

### **B.3.1.13 Märkte für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern**

#### **B.3.1.13.1. Sachlich relevanter Markt**

103. Grundsätzlich unterscheidet die WEKO zwischen nationaler Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen und lokaler/regionaler Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern (vgl. Rz 95).<sup>76</sup>

#### **B.3.1.13.2. Räumlich relevanter Markt**

104. In räumlicher Hinsicht wird wie bereits ausgeführt der Markt für nationale Print-Firmenwerbung sprachregi-

onal abgegrenzt (vgl. Rz 99). Die räumliche Marktabgrenzung der lokalen/regionalen Print-Firmenwerbung erfolgt grundsätzlich nach Verbreitungsgebiet, in der Regel nach dem korrespondierenden WEMF-Wirtschaftsgebiet (vgl. Rz 99).<sup>77</sup>

#### **B.3.1.13.3. Relevante Märkte**

105. Somit sind im Bereich der Print-Firmenwerbung der Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz und der Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im WG 22 zugrunde zu legen.

### **B.3.1.14 Sprachregionale Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen**

#### **B.3.1.14.1. Sachlich relevanter Markt**

106. Nach Praxis der WEKO ist im Bereich der Online-Firmenwerbung zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden.<sup>78</sup>

107. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen (Bannerwerbung) stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und

<sup>72</sup> Vgl. RPW 2016/1, 324 f. Rz 229, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/3, 524 Rz 72, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2012/3, 673 Rz 49, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 20012/1, 146 Rz 44 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2009/3, 266 Rz 162 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.3.2 (= RPW 2013/1, 127 ff. E. 9.2.3.2 ff.), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe*, m. H. auf BGE I 72, E. 7.3.2 (= RPW 2007/2, 336 E. 7.3.2), *BZ/20Minuten*.

<sup>75</sup> Vgl. RPW 2022/2, 355 f. Rz 244 f., *[A]/[B]*; RPW 2018/4, 946 Rz 102, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 326 Rz 233, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 712 Rz 50, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 685 Rz 67, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 49 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 267 Rz 167, *Tamedia/PPSR*.

<sup>76</sup> Vgl. 2022/2, 354 Rz 240, *[A]/[B]*; RPW 2018/4, 946 Rz 101, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 712 Rz 50, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 684 Rz 56, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 141 Rz 44, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 265 f. Rz 158 ff. und 266 Rz 163, *Tamedia/PPSR*.

<sup>77</sup> Vgl. 2022/2, 354 Rz 240 und 355 f. Rz 244 f., *[A]/[B]*; RPW 2018/4, 946 Rz 102, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 326 Rz 233, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/3, 685 Rz 67, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 49 und 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

<sup>78</sup> Vgl. Rz 107 mit Angaben in Fussnote sowie RPW 2015/3, 481 Rz 101 und 102, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 105 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 523 Rz 64, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 296 Rz 32, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/4 352 ff. Rz 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/3, 383 Rz 38, *Tamedia/Starticket*; RPW 2012/3, 673 Rz 47, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 154 Rz 98 f., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2012/3, 684 f. Rz 56 und 62, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber.<sup>79</sup> Statische Werbeformen sind häufig Gegenstand einer direkten und meist längerfristigen Vertragsbeziehung mit dem Werbetreibenden. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen gehört insbesondere Bannerwerbung.<sup>80</sup>

108. Auf den BOM-News-Sites *bernerzeitung.ch*, *berneroberlaender.ch* und *thunertagblatt.ch* könnten gemäss Meldung Werbetreibende Banner-Werbung buchen. Weiter bietet BOM keine Suchmaschinenwerbung an, stellt aber Werberaum für Netzwerkwerbung bereit. Dazu ist in der Meldung die Meinung vertreten, dass anders als die WEKO-Praxis der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung nicht in Teilmärkte unterteilt werden könne und sowohl die Bannerwerbung, die sog. Suchmaschinenwerbung als auch die sog. Netzwerkwerbung umfasse. Die verschiedenen Formen der Online-Werbung liessen sich heute kaum noch unterscheiden und seien aus der Sicht des Werbetreibenden untereinander substituierbar.

109. BOM sei nicht im Bereich der Vermittlung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung tätig.

#### B.3.1.14.2. Räumlich relevanter Markt

110. Gemäss Praxis der WEKO erfolgt die räumliche Marktabgrenzung für die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen zumeist sprachregional. Ausdrücklich bleibt eine weitere lokale/regionale räumliche Marktabgrenzung nach Verbreitungsgebieten je nach Umständen des Zusammenschlussvorhabens vorbehalten.<sup>81</sup>

#### B.3.1.14.3. Relevante Märkte

111. Somit sind im Bereich der Online-Firmenwerbung der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz zugrunde zu legen.

#### B.3.1.15 Nationaler Markt oder sprachregionale Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen

##### B.3.1.15.1. Sachlich relevanter Markt

112. Nach Praxis der WEKO ist im Bereich der Online-Firmenwerbung zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden (vgl. Rz 106).<sup>82</sup>

113. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen (insb. Netzwerkwerbung und Suchmaschinenwerbung) stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website dynamischen Werberaum direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber.<sup>83</sup> Im Vergleich zur Bereitstellung von Online-Werbung für statische Werbeformen wird bei dynamischen Werbeformen die Auslieferung der Werbeanzeige oft über ein Netzwerk und automatisiert (bspw. im Rahmen eines Programmatic Advertising) koordiniert.<sup>84</sup>

114. Zum Markt für die Bereitstellung von Online-Werbung für dynamische Werbeformen gehört insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> Vgl. RPW 2019/2, 537 Rz 21, *Swisscom Directories/Websheep*; RPW 2019/2, 543 Rz 21, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*; RPW 2019/1, 183 Rz 62, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2018/3, 648 Rz 256, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; RPW 2015/3, 407 Rz 343, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2014/3, 523 Rz 65, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 481 Rz 101, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 287 Rz 8 und 289 Rz 22, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*; RPW 2013/3 632 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2013/3 352 ff. Rz 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*.

<sup>80</sup> Vgl. 2022/2, 351 Rz 201, [A]/[B]; RPW 2018/4, 947 Rz 106, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 407 Rz 343, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2014/3, 523 Rz 65, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/1, 97 Rz 40, *PubliGroupe/ImproveDigital*; RPW 2012/1, 153 Rz 89 und 154 Rz 99, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXsense/PPN*.

<sup>81</sup> Vgl. RPW 2022/2, 350 Rz 200 und 202, [A]/[B]; RPW 2019/1, 184 Rz 74, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2018/4, 947 Rz 108, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2016/1, 270 Rz 111, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 288 Rz 34, *Tamedia/Adextra*; RPW 2018/3, 649 Rz 257, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; RPW 2015/3, 519 Rz 112, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 407 Rz 344, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2015/3, 481 Rz 109, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 519 Rz 113, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2014/4, 762 Rz 49, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 523 Rz 67, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 287 f. Rz 8 f. und 22, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*; RPW 2014/1, 297 Rz 38, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2012/3, 673 Rz 48, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2013/3, 383 Rz 43, *Tamedia/Starticket*; RPW 2013/1 98 Rz 49 f., *Publigroupe/Improve Digital*; RPW 2012/3, 685 f. Rz 67, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 49 und 51, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2012/1, 153, Rz 114 ff.; *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2009/4, 404 Rz 228 (insb. Rz 233), *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2009/3, 265 Rz 157, *Tamedia/PPSR*.

<sup>82</sup> Vgl. Rz 107 mit Angaben in Fussnote sowie RPW 2015/3, 481 Rz 101 und 102, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 518 Rz 105 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 523 Rz 64, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2014/1, 296 Rz 32, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2013/4 352 ff. Rz. 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 67, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/1, 154 Rz 98 f., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

<sup>83</sup> Vgl. 2022/2, 351 Rz 203, [A]/[B]; RPW 2019/2, 537 Rz 21, *Swisscom Directories/Websheep*; RPW 2019/2, 543 Rz 23, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*; RPW 2019/1, 183 Rz 63, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2019/1, 183 Rz 62, *Tamedia/Zattoo International*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2018/3, 648 Rz 256, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*; RPW 2017/4, 584 Rz 56, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 407 Rz 345, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2015/3, 518 Rz 105 f., *JobCloud/JobScout24*; RPW 2015/3, 481 Rz 102, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 523 Rz 66, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/4 352 ff. Rz. 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*; RPW 2013/3, 362 Rz 69, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

<sup>84</sup> Vgl. 2022/2, 351 Rz 203, [A]/[B]; RPW 2015/3, 407 Rz 345, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2014/3, 523 Rz 66, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/4 352 ff. Rz 27 ff., *Tamedia AG/PPN AG*.

<sup>85</sup> Vgl. RPW 2016/1, 270 Rz 104, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 481 Rz 102, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 407 Rz 345, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2014/4, 762 Rz 43, *Tamedia/home.ch*.

115. Wie bereits erwähnt, stelle BOM Werberaum für Netzwerkwerbung bereit (vgl. Rz 108).

### B.3.1.15.2. Räumlich relevanter Markt

116. Die Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurden sprachregional oder auch schweizweit abgegrenzt.<sup>86</sup>

### B.3.1.15.3. Relevanter Markt

117. Somit sind im Bereich der Online-Firmenwerbung der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz zugrunde zu legen.

### B.3.1.16 Übersicht relevante Märkte

118. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergeben sich zusammengefasst folgende relevante Märkte:

- Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22;
- Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer von News-Sites im WG 22;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22;

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22.
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz;
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im WG 22;
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz;
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz.

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

#### B.3.2.1 Marktanteile und betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU

119. 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.

120. Die Berücksichtigung von betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bei einem gemeinsamen Marktanteil von 20 % trifft auch bei Gemeinschaftsunternehmen zu, für die es im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens zu einem Kontrollwechsel kommt (vorliegend BOM).<sup>87</sup> Das einem Kontrollwechsel unterliegende Gemeinschaftsunternehmen stellt ein beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 VKU dar. Somit liegt ein betroffener Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auch vor, wenn die kontrollierlangenden Unternehmen (vorliegend die TX-Gruppe) und das beteiligte Gemeinschaftsunternehmen unter Kontrollwechsel (vorliegend BOM) einen gemeinsamen Marktanteil von mindestens 20 % aufweisen.

<sup>86</sup> Vgl. 2022/2, 350 Rz 200 und 351 Rz 204, [A]/[B]; RPW 2019/2, 543 Rz 21, *Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag*; RPW 2018/4, 947 Rz 110, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 877 Rz 102, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/4, 584 Rz 62, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 270 Rz 109, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2015/3, 407 Rz 346, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; RPW 2015/3, 481 Rz 109, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2015/3, 519 Rz 113, *JobCloud/JobScout24*; RPW 2014/4, 713 Rz 56, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/4, 762 Rz 50, *Tamedia/home.ch*; RPW 2014/3, 523 Rz 67, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/3, 363 Rz 73, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2012/1, 142 Rz 49 und 51, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2012/1, 156 Rz 119 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>87</sup> Vgl. RPW 2017/4, 579 Rz 2 ff., 580 Rz 14 ff. und 586 Rz 65 f., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 493 Rz 4 und 494 Rz 7, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 709 ff. Rz 27 ff., *Ringier/Le Temps*; RPW 2012/4, 885 Rz 11, *Migros/Angehrn (CCA)*.

121. Bei BOM handelt es sich unbestrittenermassen um ein am Zusammenschlussvorhaben beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 VKU. Deshalb liegen betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d-f VKU vor, wenn der gemeinsame Marktanteil der TX-Gruppe und von BOM in der Schweiz 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen (d. h. der TX-Gruppe oder von BOM) 30 % oder mehr beträgt.

122. Von dieser Vorgehensweise zur Ermittlung der betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d-f VKU ist die Berücksichtigung der Marktanteile von Gemeinschaftsunternehmen, die im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens keinen Kontrollwechsel erfahren, zu unterscheiden. Die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens sind für die Beurteilung der Marktstellung jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen, da vom Gemeinschaftsunternehmen kein Wettbewerbsdruck ausgeht.<sup>88</sup> Entsprechend sind die Marktanteile von Gemeinschaftsunternehmen, die von der TX-Gruppe mitkontrolliert werden, jeweils zu 100 % bei der TX-Gruppe berücksichtigt.<sup>89</sup> Analoges gilt für Gemeinschaftsunternehmen, die von BOM mitkontrolliert werden.

123. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Meldung bei den relevanten Märkten bezüglich Stellen-Rubrikanzeigen (Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz, Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22) Microsoft mit ihrer Plattform «LinkedIn» als Konkurrenz aufführt und somit bei den Marktanteilen berücksichtigt. Gemäss Meldung könnten Nutzer auf «LinkedIn» nach Stellen-Rubrikanzeigen suchen und Unternehmen Stellen-Rubrikanzeigen publizieren könnten.

124. Zu diesem Vorgehen in der Meldung ist festzuhalten, dass das soziale Netzwerk «LinkedIn» grundsätzlich andere Charakteristiken als die Stellen-Plattformen aufweist, an welchen die TX-Gruppe beteiligt ist (jobcloud.ch mit bspw. den Plattformen jobs.ch, jobup.ch oder jobwinner.ch).<sup>90</sup> Die TX-Gruppe bezeichnet ihre Stellen-Plattformen als «TX Markets» oder Marktplätze.<sup>91</sup> Demgegenüber basiert «LinkedIn» auf einem «Social-Media»-Konzept und stellt ein soziales Netzwerk dar.

125. Allerdings bietet «LinkedIn» auf der Einstiegsseite die Schaltung einer Stellenanzeige an.<sup>92</sup> Mit dieser Möglichkeit können Mitglieder von «LinkedIn» dann Stellenanzeigen innerhalb des «LinkedIn»-Netzwerkes aufschalten. Weiter zeigt sich, dass die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) im Zusammenschlussvorhaben Randstad Holding/Monster Worldwide der Beurteilung nationale Märkte für Online-Stellenportale/Stellenbörsen («online job board services») zugrunde legt, dabei die Marktabgrenzung letztlich offenlässt.<sup>93</sup> Von diesen Märkten unterzieht die EU-Kommission den spanischen Markt für Online-Stellenbörsen einer weiteren Analyse. Im Rahmen dieser Analyse nennt die EU-Kommission «LinkedIn» als

starken Wettbewerber im Markt für Online-Stellenbörsen in Spanien.<sup>94</sup>

126. Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass Microsoft mit «LinkedIn» in den vorliegend relevanten Märkten bezüglich Stellen-Rubrikanzeigen als Konkurrenz zu berücksichtigen ist. Letztlich kann die Frage hier allerdings offengelassen werden: wie nachfolgend gezeigt erweisen sich die Stellen-Rubrikanzeigen-Märkte mit und ohne Berücksichtigung von Microsoft mit «LinkedIn» als betroffene Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, welche allerdings in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht in beiden Fällen nicht weiter zu analysieren sind. Um zu zeigen, dass für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben bei den Stellen-Rubrikanzeigen keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen, erfolgt bei den Stellen-Rubrikanzeigen-Märkten die Angabe der Marktanteile ohne Berücksichtigung von Microsoft mit «LinkedIn».

127. Tabelle 2 enthält die Marktanteile der TX-Gruppe und von BOM gemäss Meldung zur Bestimmung derjenigen Märkte, bei welchen die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht werden (sog. «betroffene Märkte»).

<sup>88</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*.

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*.

<sup>90</sup> Vgl. <<https://www.jobcloud.ch/c/de-ch/>> (24.4.2023). Bei der JobCloud AG handelt es sich um ein Joint Venture der TX-Gruppe und der Ringier AG (vgl. RPW 2021/3, Fn 3, *TX Group/Acheter-Louer.ch*).

<sup>91</sup> Vgl. <<https://tx.group/de/marken>> (24.4.2023).

<sup>92</sup> Vgl. <<https://ch.linkedin.com/>> (25.4.2023).

<sup>93</sup> Vgl. EU-KOMM, Comp M.8201 vom 26. Oktober 2016, Rz 18 ff., *Randstad Holding/Monster Worldwide*.

<sup>94</sup> Vgl. EU-KOMM, Comp M.8201 vom 26. Oktober 2016, Rz 36, *Randstad Holding/Monster Worldwide*.



|  | Relevanter Markt  | TX-Gruppe (ohne BOM) | BOM      | Gemeinsamer Marktanteil | Betroffener Markt |
|--|---|----------------------|----------|-------------------------|-------------------|
|  | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22  | [0-10]%              | [70-80]% | [70-80]%                | ja                |
|  | Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz   | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | ja                |
|  | Markt für Nutzer von News-Sites im WG 22  | [10-20]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | ja                |
| Rubrik- und Ankündigungsanzeigen                                       | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>95</sup>                    | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | ja                |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22 <sup>96</sup>                                 | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | ja                |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz                               | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22  | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22              | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz                                    | [10-20]%             | [0-10]%  | [10-20]%                | nein              |
|  | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22   | [10-20]%             | [0-10]%  | [10-20]%                | nein              |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz <sup>97</sup>                       | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | ja                |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22 <sup>98</sup>                                    | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | ja                |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz                                  | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen im WG 22   | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) in der Deutschschweiz    | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) im WG 22                 | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
|  | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz                                       | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |
| Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen im WG 22 | [0-10]%   | [0-10]%              | [0-10]%  | nein                    |                   |
| Werbung  | Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz                    | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | ja                |
|  | Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im WG 22                                   | [10-20]%             | [20-30]% | [30-40]%                | ja                |
|  | Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz                      | [10-20]%             | [0-10]%  | [10-20]%                | nein              |
|  | Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz                     | [0-10]%              | [0-10]%  | [0-10]%                 | nein              |

Tabelle 2: Zusammenfassung relevante Märkte und Übersicht Marktanteile im Jahr 2022

<sup>95</sup> Berechnung des Marktanteils ohne Berücksichtigung von Microsoft («LinkedIn») anhand der Angaben der Meldung. Dem Marktanteil der TX-Gruppe sind dabei die Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens JobCloud AG vollständig zugerechnet.

<sup>96</sup> Berechnung des Marktanteils ohne Berücksichtigung von Microsoft («LinkedIn») anhand der Angaben der Meldung. Dem Marktanteil der TX-Gruppe sind dabei die Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens JobCloud AG vollständig zugerechnet.

<sup>97</sup> Berechnung des Marktanteils ohne Berücksichtigung von Microsoft («LinkedIn») anhand der Angaben der Meldung. Dem Marktanteil der TX-Gruppe sind dabei die Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens JobCloud AG vollständig zugerechnet.

<sup>98</sup> Berechnung des Marktanteils ohne Berücksichtigung von Microsoft («LinkedIn») anhand der Angaben der Meldung. Dem Marktanteil der TX-Gruppe sind dabei die Marktanteile des Gemeinschaftsunternehmens JobCloud AG vollständig zugerechnet.

128. Gestützt auf die Angaben in der Meldung erreichen damit vorliegend folgende Märkte die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

- Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22;
- Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer von News-Sites im WG 22;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz;
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22;
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz;
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im WG 22.

### B.3.2.2 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten

129. Wie erwähnt dient die vorläufige Prüfung der Beurteilung, ob Anhaltspunkte vorliegen, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (vgl. Rz 34 f.). Es ist daher in der Folge zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Dazu ist für die jeweiligen nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkten der aktuelle und allenfalls potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen. Der Übersicht halber erfolgt diese Berücksichtigung im vorliegenden Fall nachfolgend in tabellarischer Form in Tabelle 3.

130. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht *per se* eine marktbeherrschende Stellung.<sup>99</sup> Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.<sup>100</sup> Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr, Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung. In einem solchen Fall ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung daher grundsätzlich nur noch zu untersuchen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird. Ob sich die Anhaltspunkte erhärten lassen und tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt ist Gegenstand der Prüfung gemäss Art. 33 KG.

131. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick über die Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass sich bei Plattformmärkten («two-sided markets» oder «multi-sided business») aufgrund der

Zweiseitigkeit auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann. Somit können bei Plattformmärkten auch bei Marktanteilen unter 50 % Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bestehen.<sup>101</sup>

132. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung bzw. Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf den einem bestimmten Bereich vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann.<sup>102</sup>

133. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann. In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, bei welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.<sup>103</sup>

134. Die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden in nachfolgenden betroffenen Märkten in Tabelle 3 erreicht. Gleichzeitig weist Tabelle 3 die Märkte aus, die genauer zu analysieren sind.

<sup>99</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>100</sup> BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. Neven, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

<sup>101</sup> Vgl. RPW 2022/2, 927 Rz 105, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 356 Rz 251 f., *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 665 Rz 75 ff., *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 500 Rz 45 ff., *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 510 f. Rz 64 ff., *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>102</sup> Vgl. RPW 2022/2, 927 Rz 106, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 356 Rz 253, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 666 Rz 79, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 500 Rz 49, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 68, *TX Group/Immowelt Schweiz*.

<sup>103</sup> Vgl. RPW 2022/2, 927 Rz 107, *TX Group/AdUnit*; RPW 2022/2, 356 Rz 254, *[A]/[B]*; RPW 2021/3, 666 Rz 81, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 501 Rz 51, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 511 Rz 70, *TX Group/Immowelt Schweiz*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.

|                                | Relevanter Markt   | TX-Gruppe (ohne BOM) | BOM      | Gemeinsamer Marktanteil | Weitere Analyse |
|--------------------------------|--|----------------------|----------|-------------------------|-----------------|
|                                | Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22   | [0-10]%              | [70-80]% | [70-80]%                | ja              |
|                                | Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz  | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | nein            |
|                                | Markt für Nutzer von News-Sites im WG 22   | [10-20]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | nein            |
| Rubrik- und Ankundigungsanzei- | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz               | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | nein            |
|                                | Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22                            | [20-30]%             | [0-10]%  | [20-30]%                | nein            |
|                                | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz                  | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | nein            |
|                                | Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen im WG 22                               | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | nein            |
| Werbung                        | Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der Deutschschweiz | [30-40]%             | [0-10]%  | [30-40]%                | nein            |
|                                | Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und Anzeigern im WG 22                | [10-20]%             | [20-30]% | [30-40]%                | nein            |

Tabelle 3: Triage der weiter zu analysierenden Märkte

### B./3.2.3 Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22

135. Tabelle 4 gibt eine Übersicht über die Marktanteile gemäss Meldung und somit die Grössenverhältnisse.

Tabelle 4: Marktanteile aktuelle Konkurrenz

| Jahr | TX-Gruppe (ohne BOM) | BOM      | TX-Gruppe mit BOM | Ringier-Gruppe | NZZ AG  |
|------|----------------------|----------|-------------------|----------------|---------|
| 2022 | [0-10]%              | [70-80]% | [70-80]%          | [10-20]%       | [0-10]% |
| 2021 | [0-10]%              | [70-80]% | [70-80]%          | [10-20]%       | [0-10]% |
| 2020 | [0-10]%              | [70-80]% | [80-90]%          | [10-20]%       | [0-10]% |

136. Nach Übergang der alleinigen Kontrolle über BOM an die TX-Gruppe, verfügt die TX-Gruppe im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [70-80] %. Die nächst grösseren Wettbewerber sind die Ringier-Gruppe mit einem Marktanteil von [10-20] % und die NZZ AG mit einem Marktanteil von [0-10] %. Der Abstand der TX-Gruppe zu diesen beiden Wettbewerbern beträgt gemessen in Marktanteilen [50-60] % und mehr. Eine Marktanteilsdifferenz von [50-60] % ist als äusserst hoch einzustufen. Die Marktanteilsdifferenz ist höher als die Hälfte des Gesamtmarktes. Damit besteht grundsätzlich ein Indiz für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der TX-Gruppe im Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 22.

137. Zu den Marktanteilen ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die TX-Gruppe gemäss Meldung heute im WG 22 über keine Tageszeitung verfüge, die auf dieses WG ausgerichtet sei. Dass die TX-Gruppe im WG 22 trotzdem über einen (kleinen) Marktanteil verfüge, sei darauf zurückzuführen, dass gewisse Tageszeitungen der TX-Gruppe teilweise auch von Personen im WG 22 gelesen würden.

138. Im vorliegenden Fall erfolgt durch das Zusammenschlussvorhaben ein Wechsel von gemeinsamer zu al-

leiniger Kontrolle. Grundsätzlich können sich durch die Übernahme der alleinigen Kontrolle in qualitativer Hinsicht Änderungen der Marktverhältnisse ergeben. Das neu allein kontrollierende Unternehmen hat die Interessen des anderen beteiligten Unternehmens nicht mehr zu berücksichtigen. Deshalb ist mit einem Übergang zur alleinigen Kontrolle eine Erhöhung der Einflussmöglichkeiten verbunden.<sup>104</sup>

139. Allerdings ist bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben aufgrund der gemeinsamen Kontrolle vom Gemeinschaftsunternehmen kein Wettbewerbsdruck auf die Muttergesellschaften ausgegangen. Deshalb sind praxismässig auch die Umsätze und Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Mutterunternehmen vollständig zuzurechnen (vgl. Rz 122).

<sup>104</sup> Vgl. RPW 2012/4, 888 Rz 35, *Migros/Angehrn (CCA)*; DIKE KG-SÜSLÜ (Fn 11), Art. 4 Abs. 3 N 253.

140. Folglich verfügt die TX-Gruppe wegen der gemeinsamen Kontrolle bei BOM bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben über die strategischen Einflussmöglichkeiten. Die TX-Gruppe konnte bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben ihre Strategie mit jener von BOM abstimmen, wovon auch auszugehen ist.<sup>105</sup>

141. So beabsichtige die TX-Gruppe, die Zeitungen von BOM als eigenständige regionale Tageszeitungen für die Region Berner Oberland zu erhalten und deren publizistische Zukunft zu sichern (vgl. Rz 8). Dies zeigt zudem, dass keine Einstellung der bestehenden Zeitungstitel vorgesehen ist, welche in Marktanteilen betrachtet zu Veränderungen in der Marktstruktur führen würden.<sup>106</sup>

142. Aus diesen Gründen und weil die Marktanteilsaddition gering ausfällt, ergeben sich somit durch den Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle von BOM in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Veränderungen. Es kommt zu keinen Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse.<sup>107</sup>

143. Aus diesen Gründen kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keiner massgeblichen Veränderung der Marktverhältnisse, welche eine Einzelmarktbeherrschung durch die TX-Gruppe auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten begründet oder verstärkt.

### B.3.3 Ergebnis

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

---

<sup>105</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 494 Rz 9, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 725 Rz 6, *Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH*; RPW 2012/4, 885 Rz 11, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2001/4, 735 Rz 55, *Tamedia/Belcom*.

<sup>106</sup> RPW 2001/4, 735 Rz 57, *Tamedia/Belcom*.

<sup>107</sup> Vgl. RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, 494 Rz 9, *Bell Food Group AG/Hilcona AG*; RPW 2014/4, 725 Rz 6, *Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH*; RPW 2012/4, 885 Rz 11, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2001/4, 735 Rz 55, *Tamedia/Belcom*.

B 2.3

**6. Medbase/Zur Rose Schweiz**

*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 26. April 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 26. April 2023*

**A Sachverhalt**

1. Am 28. März 2023 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Medbase AG (nachfolgend: **Medbase**), die alleinige Kontrolle über das Schweizer Geschäft der Zur-Rose-Gruppe (**ZRCH**) von der Zur Rose Group AG (**ZRG**) zu erwerben. Das ausländische Geschäft ist vom Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert. Medbase erwirbt alle Aktien von der Zur Rose Suisse AG (nachfolgend: **ZRS**), der Bluecare AG (nachfolgend **Bluecare**), der Speciality Care Therapiezentrum AG (nachfolgend: **SCT**), der Aertzemedika AG (nachfolgend: **Aertzemedika**) und der Clustertec AG (nachfolgend: **Clustertec**) und erhält damit die alleinige Kontrolle über diese Gesellschaften (**Erwerb der alleinigen Kontrolle**). Durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle über ZRS gehen auch die heute bereits von ZRS und Medbase gemeinsam kontrollierten Gesellschaften MBZR Apotheken AG (nachfolgend: **MBZR**) und ZRMB Marketplace AG (nachfolgend: **ZRMB**) in die alleinige Kontrolle von Medbase über (**Übergang von der gemeinsamen in die alleinige Kontrolle**). Durch den Erwerb der alleinigen Kontrolle über ZRS erwirbt Medbase sodann auch die Mit-Kontrolle über die die PolyRose AG (nachfolgend **Polyrose**). Die Polymed Medical Center AG (nachfolgend **Polymed**) bleibt mitkontrollierende Aktionärin (**Erwerb der gemeinsamen Kontrolle**).

2. **Medbase** ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Migros Vita AG und gehört zur **Migros-Gruppe**. Die Migros-Gruppe ist in verschiedensten Bereichen, hauptsächlich im Detailhandel sowie in der Gastronomie, im Treibstoffgeschäft, im Reisemarkt und mit Medbase im Gesundheitswesen tätig. Medbase bietet ein breites Behandlungsangebot insb. im Bereich der ambulanten Grundversorgung bzw. der Hausarztmedizin, der ambulanten Operationen, der ambulanten Spezialarztmedizin sowie der Zahnmedizin an. Weiter erbringt Medbase diverse Therapien und Beratungen, Dienstleistungen zur Bestimmung des Gesundheitszustands und der körperlichen Leistungsfähigkeit sowie Dienstleistungen im Bereich der Rehabilitation und Reintegration. Zudem ist Medbase in den Bereichen der medizinischen Massage und der Komplementärmedizin tätig und organisiert Kurse zur Steigerung des Wohlbe-

findens. Medbase betreibt ausserdem 49 Apotheken in der Schweiz (Medbase Apotheken), wozu auch die ehemaligen Topwell-Apotheken gehören, über welche Medbase 2019 die alleinige Kontrolle erwarb.<sup>3</sup> Diese wurden in der Zwischenzeit in «Medbase Apotheken» umbenannt und wirtschaftlich in Medbase integriert.

3. Die **ZRG** ist die kotierte Muttergesellschaft der Zur-Rose-Gruppe und ist im Ausland, schwerpunktmässig in Deutschland, Frankreich und Spanien über Tochtergesellschaften primär unter der Marke «DocMorris» im Arzneimittelversand tätig und betreibt einen Online-Marktplatz für Gesundheits- und Körperpflegeprodukte. Sie ist zudem im Pharmagrosshandel aktiv. **ZRCH** umfasst das Schweizer Geschäft der ZRG. Dazu gehören die ZRS, Aertzemedika, SCT, Bluecare und Clustertec, welche heute alle von ZRG allein kontrolliert werden.

4. **ZRS** umfasst die primären Geschäftstätigkeiten der ZRCH. Dies ist zum einen der Pharmagrosshandel, insbesondere im Kanal für selbstdispensierende Ärzte (SD-Kanal). Zum anderen betreibt ZRS eine Versandapotheke, wovon der Grossteil des Umsatzes auf rezeptpflichtige Arzneimittel der Kategorien A und B entfällt (nachfolgend: Rx-Versandhandel) und ein geringer Teil auf Over-the-counter Arzneimittel (nachfolgend OTC-Arzneimittel). Die ZRS betreibt zudem eine stationäre Apotheke in Steckborn und einen Webshop für apotheken-nahe, frei verkäufliche Produkte in den Bereichen Patientenpflege, Körperpflege und besondere Ernährung. Der ZRS-Webshop verkauft heute gemäss Meldung ausschliesslich über den ZRMB Marktplatz.

5. **SCT** beschäftigt Pflegepersonal im Bereich der Patientenbetreuung bei komplexeren Darreichungsformen sowie Therapien zuhause und verfügt in verschiedenen Kantonen über entsprechende Spitex-Bewilligungen.

6. **Bluecare** ist ein IT-Unternehmen spezialisiert auf die Digitalisierung von Prozessen im Gesundheitswesen. **Clustertec** ist ebenfalls ein IT-Unternehmen, dessen Produkte die Geschäftstätigkeit von ZRCH unterstützen. Clustertec entwickelt Hard- und Softwarelösungen zur Anbindung von Arztpraxen an Pharmagrosshändler.

7. ZRCH hält zudem Beteiligungen an den Gemeinschaftsunternehmen PolyRose, MBZR und ZRMB. **PolyRose** ist ein Logistikunternehmen für Arzneimittel und medizinisches Verbrauchsmaterial und entstand aufgrund der Entscheidung von ZRS und Polymed, die Logistikdienstleistungen in einer gemeinsamen Gesellschaft zusammenzulegen. PolyRose ist aktuell ausschliesslich für die Muttergesellschaften ZRS und Polymed tätig und plant auch in Zukunft keine Tätigkeit für

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> RPW 2019/4, 1209 ff., *Migros/Topwell*.

Dritte. **MBZR** betreibt sieben stationäre Shop-in-Shop Apotheken in Migros-Verkaufsstellen. **ZRMB** betreibt einen Online-Marktplatz für Produkte aus dem Gesundheitsbereich, auf welchem Anbieterinnen ihre eigenen Produkte in eigenem Namen auf eigene Rechnung direkt an die Endkundschaft verkaufen. ZRMB tritt auf diesem Online-Marktplatz nicht selbst als Verkäuferin auf. Der ZRS-Webshop ist der wichtigste Seller auf dem Online-Marktplatz. Medbase ist bereits jetzt zusammen mit ZRS mitkontrollierendes Unternehmen an der MBZR und ZRMB.

8. Gemäss Meldung sind die Angebote von Medbase und ZRCH komplementär. So betreibt Medbase vor allem eigene medizinische Zentren («Medical Centers») resp. Arztpraxen und physische Apotheken («Medbase

Apotheken»), während ZRCH primär im Bereich des SD-Ärzte-Pharmagrosshandels und des Rx-Versandhandels tätig ist. Medbase beabsichtigt gemäss Meldung, dank des Zusammenschlusses seine Angebotspalette zu ergänzen und Synergieeffekte zu erzielen.

## B Erwägungen/

9. Durch den Erwerb sämtlicher Aktien der ZRCH von ZRG (Rz 1), erwirbt Medbase die alleinige Kontrolle über ZRCH. Dies stellt ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU dar.

10. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Umsatzen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist:

**Tabelle 1: Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr<sup>4</sup>**

| Beteiligtes Unternehmen | Umsätze weltweit in Mio. CHF | Umsätze in der Schweiz in Mio. CHF |
|-------------------------|------------------------------|------------------------------------|
| Migros-Gruppe           | 30'069.0                     | +/-30'069.0                        |
| ZRCH                    | [...]                        | [...]                              |

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

### B.1 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

11. 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).

12. 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.

13. 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.1.1 Vorbemerkungen zur Unterteilung der Geschäftsbereiche

14. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende Geschäftsbereiche durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

<sup>4</sup> Das relevante Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr 2022.

Tabelle 2: Marktanteile in den Geschäftsbereichen der meldenden Unternehmen

| Geschäftsbereiche                            | Medbase / Migros | ZurRose  | Marktanteil-addition | Total    | Betroffener Markt |
|--|------------------|----------|----------------------|----------|-------------------|
| <b>Pharmgrosshandel</b>                      |                  |          |                      |          |                   |
| Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft     | 0.0%             | [30-40]% | Nein                 | [30-40]% | Ja                |
| Pharmagrosshandel Apothekenkanal             | 0.0%             | [0-5]%   | Nein                 | [0-5]%   | Nein              |
| <b>Detailhandel</b>                          |                  |          |                      |          |                   |
| Apotheken (national, nach Anzahl Apotheken)  | [0-5]%           | [0-5]%   | Ja                   | [0-5]%   | Nein              |
| Apotheken (lokal, nach Anzahl Apotheken)     |                  |          |                      |          |                   |
| MS Region 4 (Knonaueramt)                    | [20-30]%         | 0.0%     | Nein                 | [20-30]% | Nein              |
| MS Region 24 (Grenchen)                      | [20-30]%         | 0.0%     | Nein                 | [20-30]% | Nein              |
| MS Region 32 (Einsiedeln)                    | [30-40]%         | 0.0%     | Nein                 | [30-40]% | Ja                |
| MS Region 46 (Solothurn)                     | [20-30]%         | 0.0%     | Nein                 | [20-30]% | Nein              |
| MS Region 77 (Untersee/Rhein)                | 0.0%             | [10-20]% | Nein                 | [10-20]% | Nein              |
| Produkten der Patientenpflege                | [10-20]%         | [0-5]%   | Ja                   | [10-20]% | Nein              |
| Produkten für Körperpflege, Kosmetik, Parfum | [10-20]%         | [0-5]%   | Ja                   | [10-20]% | Nein              |
| Ernährungsprodukten                          | [10-20]%         | [0-5]%   | Ja                   | [10-20]% | Nein              |
| <b>Versandhandel mit Arzneimitteln</b>       | [0-5]%           | [20-30]% | Ja                   | [20-30]% | Ja                |
| <b>Andere Geschäftsbereichen</b>             |                  |          |                      |          |                   |
| IT-Lösungen im Gesundheitsbereich            | 0.0%             | [0-5]%   | Nein                 | [0-5]%   | Nein              |
| Spitex-Dienstleistungen                      | 0.0%             | [0-5]%   | Nein                 | [0-5]%   | Nein              |
| Logistik- und Transportdienstleistungen      | 0.0%             | [0-5]%   | Nein                 | [0-5]%   | Nein              |

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

15. Die Tabelle zeigt einen wichtigen Unterschied in der Darstellung der Geschäftsbereiche gegenüber dem Vorschlag der Parteien in ihrer Meldung. Dementsprechend zeigt die Tabelle die Situation im Bereich des Versandhandels getrennt vom Verkauf über die Apotheken. Die indikativen Marktanteile wurden neu berechnet, um dieser neuen Situation zu entsprechen, was zu Änderungen in Bezug auf allfälligen betroffenen Märkten führte. Dies erklärt sich daraus, dass der Markt für den Verkauf von Arzneimitteln in Apotheken, anders als in der Meldung angenommen, nicht den Verkauf von Arzneimitteln durch die SD-Ärzeschaft und durch den Versandhandel, umfasst. Vielmehr sind diese beiden Bereiche des Zugangs zu Arzneimitteln nach der Praxis der WEKO als unvollständige Substitute zu betrachten und daher nicht mit den Apotheken gleichzusetzen.<sup>5</sup>

16. Vorliegend wird deshalb nur auf die Geschäftsbereiche eingegangen, bei welchen aufgrund der zur Verfügung stehenden Angaben zu den Marktanteilen, vom Zusammenschlussvorhaben betroffene Märkte vorliegen könnten, und daher Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht auszuschliessen sind. Dabei handelt es sich um den Pharmagrosshandel im Kanal der SD-Ärzeschaft, um den lokalen Verkauf von Medikamenten in Apotheken und den Versandhandel mit Medikamenten.

### B.1.2 Relevante Märkte

17. 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).

18. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfas-

senden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

#### B.1.2.1 Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft

19. Die WEKO hat in früheren Entscheiden im Bereich Pharmagrosshandel mit Arzneimitteln entsprechend den Bedürfnissen der Abnehmerinnen nach Absatzkanälen differenziert. Dabei hat sie die Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, Pharmagrosshandel im Drogeriekanal, Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft und Pharmagrosshandel im Spitalkanal unterschieden.<sup>6</sup> In PHOENIX/Voigt Holding AG beschäftigte sich die WEKO ausführlich mit der Marktabgrenzung im Bereich Pharmagrosshandel und kam zum Schluss, dass es in Einklang mit der bisherigen Praxis gerechtfertigt sei, in der Schweiz weiterhin von einer Unterteilung nach Absatzkanälen im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung auszugehen.<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund und angesichts der jüngsten WEKO-Praxis zu diesen Märkten, wird dieser Marktabgrenzung sodann auch vorliegend gefolgt.

<sup>5</sup> RPW 2018/2, 397 Rz 102 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>6</sup> RPW 2018/2, 395 Rz 77 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 501 Rz 24 ff., *Galenica/Unione*; RPW 2005/4, 644 Rz 59 ff., *Galenica SA/Alliance Uni-Chem*.

<sup>7</sup> WEKO, 21.02.2023, Rz 62, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

20. Pharmagrosshändlerinnen, die auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisiert sind, beraten SD-Ärztinnen und SD-Ärzte auf deren Bedürfnisse zugeschnitten, besuchen jährlich deren Arztpraxis und bieten zusätzliche Dienstleistungen an (z. B. Spezialretouren-Regelungen). Solche Dienstleistungen können nur durch Pharmagrosshändlerinnen erbracht werden, die auch oder nur auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisiert sind. SD-Ärztinnen und SD-Ärzte haben kleine Lagerkapazitäten und sind daher auf tägliche Arzneimittelieferungen angewiesen. Eine Pharmaherstellerin oder Importeurin kann die SD-Ärztenschaft nicht täglich mit allen Arzneimitteln direkt beliefern, welche diese in der Praxis benötigen. Des Weiteren ist ein Bezug direkt bei der Pharmaherstellerin oder Importeurin für eine SD-Ärztin oder einen SD-Arzt nur rentabel, wenn grosse Mengen eines Arzneimittels bei dieser bestellt werden. Dies wird in einer üblichen Arztpraxis nur ausnahmsweise der Fall sein. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht spezialisierte Vollgrossistinnen und Teilgrossistinnen sowie Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen nur zur Ergänzung des Sortiments einer Arztpraxis dienen können; sie vermögen aber die Dienstleistungen einer auf den Kanal SD-Ärztenschaft spezialisierten Pharmagrosshändlerin nicht zu ersetzen.<sup>8</sup>

21. Die Parteien vertreten die Auffassung, dass Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen an SD-Ärzte einzurechnen seien. Weiter seien gemäss Auffassung der Parteien auch Pre-Wholesale-Dienstleistungen (**PWS-Dienstleistungen**) miteinzuberechnen, sofern diese nicht gegenüber den Pharmagrosshändlerinnen erbracht werden. In diesem Fall würden die Pre-Wholesaler als Wholesaler agieren.

22. Gemäss Praxis der WEKO bilden Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen nicht Teil des Marktes für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal.<sup>9</sup> Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen an Spitäler beurteilte die WEKO ebenfalls als komplementären Bezugskanal gegenüber dem Bezug von Arzneimitteln bei Pharmagrosshändlerinnen. Begründet wurde dies damit, dass bei Pharmagrosshändlerinnen Arzneimittel bezogen werden können, welche von Pharmaherstellerinnen nicht direkt angeboten werden und andererseits Pharmagrosshändlerinnen kurzfristig benötigte kleinere Mengen von Arzneimitteln liefern können, welche üblicherweise in grösseren Mengen bei den Pharmaherstellerinnen erworben werden.<sup>10</sup> Diese Erwägungen scheinen sodann auch für SD-Ärztinnen und SD-Ärzte mehr als plausibel. Eine Pharmagrosshändlerin die spezifisch SD-Ärztinnen und SD-Ärzte beliefert, bietet diesen spezifische auf sie zugeschnittene Dienstleistungen an (Rz 20). Der Direktbezug von Arzneimitteln bei Pharmaherstellerin vermag das Dienstleistungsangebot von Pharmagrosshändlerinnen nicht umfänglich zu ersetzen und kann deshalb nicht als substituierbarer Bezugskanal betrachtet werden. Die Direktlieferungen durch Pharmaherstellerinnen und Importeurinnen bilden somit auch nicht Teil des Marktes für Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft.

23. Die Argumentation der Parteien, dass Unternehmen, die PWS-Dienstleistungen erbringen als Pharmagrosshändlerinnen («Wholesaler») agieren, wenn diese nicht Pharmagrosshändlerinnen beliefern und deshalb zum

Markt Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft hinzuzurechnen sind, ist nicht überzeugend. PWS-Dienstleistungen bestehen hauptsächlich in der Lagerungs- und Vertriebslogistik im Auftrag der Pharmaherstellerinnen. Pre-Wholesaler können den Pharmaherstellerinnen weitere Dienstleistungen anbieten.<sup>11</sup> Die Pharmagrosshändlerinnen bilden im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Arzneimitteln das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellerinnen und dem Detailhandel.<sup>12</sup> Die EU-Kommission definiert PWS-Dienstleistungen als die Erbringung logistischer Dienstleistungen für pharmazeutische Herstellerinnen. Die Kundenbeziehung besteht gemäss EU-Definition nicht mit der Produkteempfängerin, sondern mit der Herstellerin, bei welcher üblicherweise auch das Eigentum an den Produkten verbleibt.<sup>13</sup> Entsprechend hält die EU-Kommission einen separaten Markt für PWS-Dienstleistungen für plausibel.<sup>14</sup> Die Marktgegenseite von PWS-Dienstleisterinnen sind folglich die Pharmaherstellerinnen und nicht die Pharmagrosshändlerinnen oder der Detailhandel. PWS-Dienstleisterinnen agieren zwischen den Stufen Pharmaherstellung und Pharmagrosshandel bzw. im Falle des Direktvertriebs Detailhandel. PWS-Dienstleisterinnen erbringen nicht dieselben Dienstleistungen wie Pharmagrosshändlerinnen. In der Meldung wird nicht weiter ausgeführt inwiefern die genannten PWS-Unternehmen als Pharmagrosshändlerinnen auftreten. Aufgrund dieser Erwägungen sind PWS-Dienstleistungen nicht Teil des Marktes für Pharmagrosshandel.

24. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund des oben Gesagten und in Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO von einem sachlich relevanten **Markt für Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft** ausgegangen.

25. Die WEKO ist bisher von **einem nationalen räumlich relevanten Markt** ausgegangen für den Pharmagrosshandel im Kanal-SD-Ärztenschaft.<sup>15</sup> Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen.

<sup>8</sup> RPW 2018/2, 396 Rz 91 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2006/3, 502 Rz 27, *Galenica/Unione*.

<sup>9</sup> RPW 2018/2, 395 Rz 82 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; WEKO, 21.02.2023, Rz 54, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

<sup>10</sup> WEKO, 21.02.2023, Rz 67, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

<sup>11</sup> WEKO, 21.02.2023, Rz 37 und 70, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend; vgl. auch RPW 2018/2, 391 f. Rz 60 f., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.

<sup>12</sup> WEKO, 21.02.2023, Rz 38, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend.

<sup>13</sup> Europäische Kommission, Case M. 6044 vom 16.12.2010, Rz 6, *Alliance Boots/Andraee-Noris Zahn*.

<sup>14</sup> Europäische Kommission, Case M. 6044 vom 16.12.2010, Rz 9, *Alliance Boots/Andraee-Noris Zahn*.

<sup>15</sup> WEKO, 21.02.2023, Rz 77, *PHOENIX Pharma Switzerland AG / Voigt Holding AG / Gemeinschaftsunternehmen*, RPW-Publikation ausstehend; RPW 2018/2, 398 Rz 116, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*; RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store SA/Aristera SA/Distripharm SA/Galenica AG*; RPW 2006/3, 503 Rz 41, *Galenica/Unione*.



### B.1.2.2 Markt für den Verkauf von Arzneimitteln in Apotheken

26. Die WEKO hat in ihrer Praxis vier Märkte auf Stufe Apotheken unterschieden, ohne dabei zukünftige Modifikationen bei der Unterteilung zwischen und innerhalb dieser Sortimente auszuschliessen<sup>16</sup>:

- Markt für Arzneimittel;
- Markt für Körperpflege, Kosmetik, Parfum;
- Markt für Ernährung (inkl. Reformhausprodukte, Diätetika, Babynahrung);
- Markt für Patientenpflege (z.B. Verbandsmaterial, medizinische Produkte).

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

28. Wie bereits oben erwähnt, umfasst die Definition dieses Marktes weder Arzneimittel, die von SD-Ärzten, noch Arzneimittel, die über den Versandhandel verkauft werden (Rz 34), sondern nur Arzneimittel, die in Apotheken verkauft werden. Die vorliegend notwendige Analyse bezieht sich auf einen lokalen Markt und ist dementsprechend örtlich vorzunehmen. In diesem Fall besteht deshalb keine Notwendigkeit, eine weitere Unterteilung des Marktes in verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel oder danach, ob sie von den Krankenversicherer erstattet werden oder nicht, zu erwägen.

29. Der sachlich relevante Markt ist daher der **Markt für den Verkauf von Arzneimitteln in Apotheken**.

30. Der räumlich relevante Markt ist, wie auch von den Parteien geltend gemacht, der **regionale Markt**, der die MS-Region<sup>17</sup> 32 Einsiedeln umfasst.

### B.1.2.3 Versandhandel von Arzneimitteln

31. Der Versandhandel mit Arzneimitteln ist grundsätzlich untersagt, denn Arzneimittel stellen keine gewöhnlichen Konsumgüter dar. Ihre Abgabe bedingt im Hinblick auf die Arzneimittelsicherheit und den Patientenschutz grundsätzlich eine persönliche und sachgerechte Fachberatung. Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ist gemäss den Bestimmungen des Heilmittelgesetzes<sup>18</sup> (Art. 27 HMG) und der Verordnung über die Arzneimittel<sup>19</sup> (Art. 55 VAM) eine Bewilligungserteilung durch den jeweiligen Kanton jedoch möglich.

32. Eine Bewilligung zum Versandhandel mit Arzneimitteln berechtigt zur Belieferung von Patientinnen und Patienten in der Schweiz mit in der Schweiz zugelassenen Arzneimitteln, Arzneimitteln nach Formula magistralis und officinalis<sup>20</sup> oder mit eingeführten, nicht zugelassenen verwendungsfertigen Arzneimitteln nach Art. 49 Abs. 1 AMBV<sup>21</sup> gestützt auf einer in der Schweiz gültigen ärztlichen Verschreibung (im Original). Dies bedeutet, dass der Versand von Arzneimitteln nur dann zulässig ist, wenn das Rezept im Original in der Apotheke vorliegt.<sup>22</sup> Der Versandhandel beschränkt sich somit auf verschreibungspflichtige Arzneimittel.

33. In der Schweiz verfügen ungefähr 70 Apotheken<sup>23</sup> über eine Bewilligung für den Versandhandel mit Arzneimitteln.

34. Die WEKO hat den Versandhandel mit Arzneimitteln bislang nicht definiert. Die Eigenschaften dieser Tätigkeit im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Versandhandel mit Arzneimitteln in der Schweiz sowie im Hinblick auf die Marktgegenseite (hauptsächlich Patientinnen und Patienten mit chronischen oder seltenen Krankheiten) lassen allenfalls vermuten, dass es sich um einen eigenen Markt handeln könnte, der nicht mit dem Bezug von Arzneimitteln in Apotheken oder dem Bezug bei der SD-Ärztenschaft substituierbar ist.

35. Für die Zwecke der vorliegenden Analyse ist eine weitere Unterteilung des Marktes beispielsweise nach verschiedenen Kategorien verschreibungspflichtiger Arzneimittel (Kategorie A und B), nicht erforderlich. Dies schliesst nicht aus, dass eine weitere Unterteilung in künftigen Fällen angezeigt sein kann. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, wird vorliegend von einem sachlich relevanten Markt für den **Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln** ausgegangen. In räumlicher Hinsicht kann von einem **nationalen Markt** ausgegangen werden.

<sup>16</sup> RPW 2009/2, 176 und 177 Rz 22, *Sun Store SA/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

<sup>17</sup> Die 106 MS-Regionen (MS = mobilité spatiale) werden insbesondere als mikroregionale Zwischenebene für zahlreiche wissenschaftliche und regionalpolitische Zwecke verwendet (Vgl. Bundesamt für Statistik <MS-Regionen | Bundesamt für Statistik (admin.ch)>).

<sup>18</sup> Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21).

<sup>19</sup> Verordnung über die Arzneimittel vom 21. September 2018 (Arzneimittelverordnung, VAM, SR 812.212.21).

<sup>20</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. a und b HMG.

<sup>21</sup> Verordnung vom 14. November 2018 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (AMBV, SR 812.212.1).

<sup>22</sup> Merkblatt «Versandhandel mit Arzneimitteln», Departement Gesundheit und Soziales, Kanton Aargau, Version März 2021, <def-merkblatt-versandhandelsbewilligung-kt-ag-version-maerz-2021.pdf> (20.02.2023).

<sup>23</sup> Webseite kantonsapotheke.ch <Liste\_Autorisation\_Versandhandel\_aktuell (1).xlsx (kantonsapotheke.ch)> (20.04.2023).

### B.1.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

#### B.1.3.1 Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft

36. Nach den von den Parteien vorgelegten Informationen stellen sich die Marktanteile wie folgt dar:

**Tabelle 3: Marktanteile betreffend den Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft im Jahr 2022**

| Markt                                    | Medbase | ZurRose  | Wettbewerber 1 (Galenica) | Wettbewerber 2 (RegioMed) | Wettbewerber 3 (Medicom Pharma) |
|--|---------|----------|---------------------------|---------------------------|---------------------------------|
| Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft | --      | [30-40]% | [40-50]%                  | [0-10]%                   | [0-5]%                          |

(Quelle: Angaben der Parteien, Darstellung durch das Sekretariat)

37. Der Zusammenschluss führt zu keinen Marktanteilsadditionen auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft. Der grösste Marktanteil wird von der Galenica-Gruppe gehalten, die in der Schweiz führend im Vertrieb und Verkauf von Arzneimitteln ist.

38. Medbase ist auf dem Markt für Arztpraxen tätig, wobei es sich um einen dem Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft nachgelagerten Markt handelt. Die Stellung von Medbase auf diesem Markt ist allerdings vergleichsweise klein.<sup>24</sup> Zu berücksichtigen ist zudem, dass Medbase bereits jetzt von ZRCH beliefert wird, womit keine Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse zu erwarten sind.

39. Auf den, dem Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft vorgelagerten Märkten, ist die Migros-Gruppe nicht tätig. Als eng benachbarte Märkte<sup>25</sup> kommen die Pharmagrosshandelsmärkte in anderen Kanälen (wie Apotheken, Drogerien, Spitaler, Heime) in Frage. Auf diesen Märkten ist die Migros-Gruppe ebenfalls nicht tätig.

40. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärzeschaft eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

#### B.1.3.2 Märkte im Bereich Apotheken

41. Zunächst ist festzuhalten, dass einerseits in der MS-Region 32 "Einsiedeln" keine Marktanteiladdition stattfindet. Der Zusammenschluss bringt Medbase nicht eine zusätzliche Apotheke, die vorher zu ZRCH gehört hätte. Andererseits verbleibt die Medbase Apotheke Einsiedeln Engel in den Händen von Medbase, hat aber die Besonderheit, eine von nur drei Apotheken in diesem Gebiet zu sein, so dass der Marktanteil nach Anzahl der Apotheken den vorgegebenen 30%-Marktanteil überschreitet.

42. Die Parteien machen glaubhaft, dass vertikale Abschottungseffekte gegenüber den anderen beiden in dieser Region tätigen Apotheken unwahrscheinlich sind. Folglich gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung auf diesem lokalen Markt begründet oder verstärkt werden könnte.

#### B.1.3.3 Versandhandel von Arzneimitteln

43. Wie auch die Parteien betonen, gibt es keine harten Zahlen über den im Markt für Versandhandel erzielten Umsatz, da die Hauptinformationsquelle für Arzneimittel, das Unternehmen IQVIA, keine Zahlen dazu hat. Die Parteien haben den Umsatz auf etwa CHF 444 Millionen im Jahr 2022 geschätzt. Im Rahmen der Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, das derzeit vom Sekretariat geprüft wird und den Versandhandel mit Arzneimitteln betrifft, unterteilen die beteiligten Unternehmen einerseits den Markt in drei Sektoren je nach Art des verkauften Medikaments und/oder spezifischer gesetzlicher Bestimmungen und schätzen den Gesamtumsatz für die verschiedenen Sektoren auf CHF 200 Millionen bis CHF 2,7 Milliarden.

44. Da die Situation nur für eine schwache Marktaddition untersucht wird (Tabelle 2), kann vorliegend auf das Einholen von Informationen bei den rund 70 Unternehmen mit einer Versandhandelsbewilligung verzichtet werden. Fest steht jedoch, dass die bedeutendsten Akteure im Versandhandel von Arzneimitteln die ZRCH, die von Medbase/Migros übernommen wird und MediService, ein Unternehmen der Galenica-Gruppe, sind. Unabhängig von den tatsächlichen Umsatzzahlen und Marktanteilen wird der Zusammenschluss weder horizontal (schwache Marktanteiladdition) noch vertikal (keine Effekte im Zusammenhang mit den Aktivitäten von Migros) zu einer Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führen.

45. Es gibt deshalb keine Anhaltspunkte dafür, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt begründet oder verstärkt werden könnte.

<sup>24</sup> Der Anteil von Medbase am gesamten Beschaffungsvolumen der SD-Ärzeschaft in der Schweiz beträgt lediglich [0-5] %.

<sup>25</sup> Vgl. Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009, Abschnitt IV.

46. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der Wettbewerbskommission nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission beziehungsweise der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.<sup>26</sup>

#### **B.1.4 Ergebnis**

47. Betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU liegen im Pharmagrosshandel im Kanal SD-Ärztenschaft, im Bereich Apotheken sowie im Versandhandel vor. Mangels Marktanteilsadditionen in den jeweiligen Märkten und aufgrund der Bestätigung der Parteien, dass es zu keinen relevanten vertikalen Effekten durch den Zusammenschluss kommt, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass in diesen Märkten eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

48. Zusammenfassend kann von der Unbedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlusses ausgegangen werden. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

---

<sup>26</sup> Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Rz 19, <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (1.11.2022); sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.

---

B 2.3

**7. Implenia/Wincasa**

*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 1. Mai 2023*

**A Zusammenschlussvorhaben****A.1 Einleitung**

1. Am 19. April 2023 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Implenia Schweiz AG mit Sitz in Opfikon 100 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte und damit die alleinige Kontrolle über die Wincasa AG mit Sitz in Winterthur (nachfolgend: Wincasa) zu übernehmen. Die nachfolgende Beurteilung stützt sich weitgehend auf den in der Meldung beschriebenen Sachverhalt.

**A.2 Beteiligte Unternehmen****A.2.1 Übernehmendes Unternehmen**

2. Die Implenia Schweiz AG ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Implenia AG mit Sitz in Opfikon, der Holdinggesellschaft der Implenia-Gruppe (nachfolgend: Implenia). Die Implenia AG ist an der SIX Swiss Exchange kotiert. Die Implenia AG wird nicht von einem Unternehmen oder einer Person kontrolliert: Es gibt keine Aktionärin, die mehr als 20 % des Aktienkapitals der Implenia AG hält.

3. Implenia ist in der Schweiz und im Ausland insbesondere in den folgenden Bereichen tätig:

- Tiefbau: Insbesondere Tunnelbau, Spezialtiefbau und Strassenbau.
- Hochbau: Neu- und Umbau von Gebäuden von der Planung bis zum schlüsselfertigen Gebäude.
- Dienstleistungen im Zusammenhang mit Immobilien: Insbesondere Management von Immobilien Portfolios, Verkauf von Stockwerkeigentum oder Erstvermietungen.
- Weitere Tätigkeiten: Insbesondere Holzbau, Bauleistik oder Fassadentechnik.

**A.2.2 Zu übernehmendes Unternehmen**

4. Wincasa wird derzeit von der Swiss Prime Site AG mit Sitz in Zug gehalten (100 % des Aktienkapitals), die beabsichtigt, Wincasa an Implenia zu verkaufen. Wincasa bietet Dienstleistungen im Bereich der Immobilienbewirtschaftung an.

**A.3 Verfolgte Ziele**

5. Implenia beabsichtigt mit der Übernahme von Wincasa, die Wertschöpfungskette im Immobilienbereich um eine weitere Marktstufe zu ergänzen. Dadurch wäre

Implenia künftig in der Lage, den Kundinnen und Kunden Leistungen anzubieten, die alle Marktstufen von der Planung bis zur Bewirtschaftung von Immobilien umfassen. Dadurch sollen Synergien zum Beispiel in Bezug auf das sogenannte ESG-Reporting (Environment, Social and Governance Reporting) entstehen, weil durch den geplanten Zusammenschluss Daten in den Bereichen Umwelt, Soziales und Unternehmensführung über den gesamten Lebenszyklus von Immobilien erhoben werden könnten.

**A.4 Meldepflicht**

6. Der vorliegende Zusammenschluss ist meldepflichtig, da die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht werden.

**B Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung****B.1 Einleitung**

7. 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). Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen.

8. Nachfolgend werden diejenigen Märkte abgegrenzt, in welchen Wincasa tätig ist. Auf dieser Grundlage kann anschliessend geprüft werden, ob der geplante Zusammenschluss in diesen Märkten zu Marktanteilsadditionen und damit zu einer Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen könnte.

9. Märkte, in welchen nur Implenia tätig ist, werden hingegen nicht abgegrenzt. Gemäss eigenen Angaben hat Implenia in keinem die Schweiz umfassenden Markt einen Marktanteil von mindestens 30 %, sofern dieser Markt eine relevante Beziehung zu den Tätigkeiten von Wincasa aufweist.

**B.2 Relevante Märkte****B.2.1 Sachlich relevante Märkte**

10. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer bisherigen Praxis in Betracht gezogen, einen Gesamtmarkt für Facility Management abzugrenzen. Ein solcher Markt würde sämtliche Dienstleistungen umfassen, die zum Betreiben und Unterhalten von Gebäuden erforderlich sind.<sup>1</sup> Damit würde ein so abgegrenzter Gesamtmarkt zahlreiche

<sup>1</sup> Vgl. z.B. RPW 2006/4, 683 Rz 15, *ISS/Edelweissfm*.

unterschiedliche Dienstleistungen umfassen, die jedenfalls teilweise aus Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar sind (z.B. sind Reinigungsdienste kein Substitut für die Wartung der Heizung). Das spricht gegen eine derart weite sachliche Marktabgrenzung.

11. Anders könnte die Einschätzung ausfallen, wenn die Wettbewerbsverhältnisse in den zu einem Gesamtmarkt für Facility Management zusammengefassten Märkten ähnlich sind. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der überwiegende Anteil der in diesen Märkten tätigen Unternehmen alle der im Gesamtmarkt zusammengefassten Dienstleistungen erbringen. Vorliegend deutet vieles darauf hin, dass zahlreiche Unternehmen nur einen Teil der dem Gesamtmarkt für Facility Management zuzuordnenden Dienstleistungen erbringen.<sup>2</sup> Aus diesen Gründen ist zu prüfen, ob separate Teilmärkte abzugrenzen sind.

12. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer neueren Praxis die folgenden drei Teilmärkte in Betracht gezogen:<sup>3</sup>

- Technisches Facility Management (Energiemanagement, Inspektion, Wartung und Instandsetzung von gebäudetechnischen Anlagen)
- Kaufmännisches Facility Management (insbesondere Buchhaltung)
- Allgemeines Facility Management (Sicherheitsdienste, Reinigung, Hausmeisterdienste)

13. Vorliegend ist in erster Linie der Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management relevant, weil die Tätigkeiten von Wincasa im Wesentlichen diesem zuzuordnen sind. Dieser Markt umfasst Dienstleistungen kaufmännischer Art, die zum Betreiben und Unterhalten von Gebäuden erforderlich sind. Darunter fallen neben der bereits erwähnten Buchhaltung insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Vermietung und Kündigung, der Mieterbetreuung, der Heiz- und Nebenkostenabrechnung, der Schlüsselverwaltung oder des Parkplatzmanagements.<sup>4</sup>

### B.2.2 Räumlich relevante Märkte

14. Die Wettbewerbskommission ist in ihrer bisherigen Praxis von einer schweizweiten räumlichen Abgrenzung des Gesamtmarkts für Facility Managements sowie der entsprechenden Teilmärkte ausgegangen, liess die genaue räumliche Abgrenzung aber offen.<sup>5</sup>

15. Insbesondere wegen sprachlicher Barrieren ist fraglich, ob die Marktgegenseite Leistungen im Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management tatsächlich schweizweit nachfragt. Trotzdem kann die genaue räumliche Marktabgrenzung des Teilmarktes für kaufmännisches Facility Management vorliegend aus den folgenden Gründen offen bleiben: Mehrere der grösseren Anbieterinnen dieser Dienstleistungen betreiben in allen drei Sprachregionen Niederlassungen. Obwohl es trotzdem möglich ist, dass diese Anbieterinnen je nach Sprachregion unterschiedlich stark vertreten sind, fallen dadurch die regionalen Unterschiede in Bezug auf die Marktstellung der Zusammenschlussparteien tendenziell geringer aus. Ausserdem sind die Marktanteile der Zusammenschlussparteien bei einer schweizweiten räumlichen Abgrenzung gering. Aus diesem Grund ist die

nachfolgend vorzunehmende Beurteilung nicht von der genauen räumlichen Marktabgrenzung abhängig.

### B.3 Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

16. Im Jahr 2022 erzielte Wincasa einen Umsatz von rund [ $> 100$ ] Millionen Franken. Dieser Umsatz wurde ausschliesslich in der Schweiz und ausschliesslich im Gesamtmarkt für Facility Management erwirtschaftet. Davon entfallen rund [...] Millionen Franken bzw. rund [ $> 66$ ] % auf den Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management.

17. In Tabelle 1 sind die von den Zusammenschlussparteien geschätzten Marktanteile von Wincasa im Gesamtmarkt für Facility Management und im Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management angegeben. Beide Marktanteile liegen deutlich unter [ $< 20$ ] %. Insbesondere die Schätzung des Marktvolumens des Teilmarktes für kaufmännisches Facility Management ist zwar mit gewissen Unsicherheiten behaftet. Alternative Berechnungen führen aber ebenfalls zu Marktanteilen von Wincasa von weniger als [ $< 20$ ] %. Das trifft unabhängig davon zu, ob unternehmensinterne Umsätze berücksichtigt werden oder nicht.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Vgl. z.B. RPW 2006/4, 684 Rz 19, *ISS/Edelweissfm*: Demnach beauftragten damals nur rund 3 % der befragten Eigentümer von Immobilien Leistungserbringer, die alle Aspekte des Facility Managements abdeckten.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. RPW 2022/3, 603 Rz 33, *Burkhalter Holding AG/poenina holding ag*, m.w.H.

<sup>4</sup> Vgl. die Dienstleistungen, welche die Wettbewerbskommission im Entscheid *ISS/Edelweissfm* dem Teilmarkt «Verwaltung (kaufmännische Sicht)» zugeordnet hat (RPW 2006/4, 684 Rz 20, *ISS/Edelweissfm*).

<sup>5</sup> Vgl. z.B. RPW 2022/3, 603 Rz 34, *Burkhalter Holding AG/poenina holding ag*, m.w.H.

<sup>6</sup> Manche Eigentümer von Immobilien fragen Dienstleistungen, die dem Markt für kaufmännisches Facility Management zuzurechnen sind, bei unternehmensinternen Leistungserbringern nach. Diese Leistungen werden deshalb zwar nicht im Markt nachgefragt, sind aber zur Beurteilung der Marktstellung der im Markt auftretenden Leistungserbringer (vorliegend Wincasa) ebenfalls relevant.

Tabelle 1: Marktanteile Wincasa bei schweizweiter Abgrenzung 2022.

|                                    | Marktvolumen<br>(Mio. Fr.) | Umsatz Wincasa<br>(Mio. Fr.) | Anteil Wincasa |
|------------------------------------|----------------------------|------------------------------|----------------|
| Gesamtmarkt Facility Management    | 23 000                     | [> 100]                      | [< 20] %       |
| Kaufmännisches Facility Management | 11 000                     | [...]                        | [< 20] %       |

Quelle: Meldung.

18. Neben Wincasa gibt es mehrere andere Anbieterinnen von Dienstleistungen im Bereich des kaufmännischen Facility Managements, die ebenfalls schweizweit tätig sind. Ausserdem sind die Eintrittsschranken tief, da es keine besonderen regulatorischen Vorgaben in Bezug auf die Ausbildung des Personals gibt und weil auch keine besonderen Bewilligungen erforderlich sind. Auch die notwendigen Investitionen sind eher tief. Deshalb und aufgrund ihrer geringen Marktanteile verfügt Wincasa weder im Gesamtmarkt für Facility Management noch im Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management über eine marktbeherrschende Stellung. Gleiches gilt auch für die Teilmärkte des technischen und des allgemeinen Facility Managements.

19. Implemia bietet ebenfalls gewisse Dienstleistungen im Zusammenhang mit Immobilien an (vgl. Rz 3 vorne). Diese gehören aber nicht zum Gesamtmarkt für Facility Management und damit auch nicht zum Teilmarkt des kaufmännischen Facility Managements, weil sie vor Fertigstellung der Gebäude erbracht werden. Es kann zum Beispiel vorkommen, dass Implemia Erstmieterrinnen und Erstmieter für ein noch nicht fertiggestelltes Gebäude sucht. Die entsprechenden Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Vermietung bietet Implemia aber höchstens dann an, wenn Implemia bereits vor der Fertigstellung der Gebäude zum Beispiel als Generalunternehmerin involviert war. Wenn Implemia im Rahmen ihrer Tätigkeiten einen Bedarf nach Dienstleistungen im Bereich des Facility Managements hat, vergibt Implemia dafür regelmässig Aufträge an Drittfirmen. Deshalb kommt es weder im Gesamtmarkt für Facility Management noch im Teilmarkt für kaufmännisches Facility Management zu Marktanteilsadditionen.

20. Wincasa hat wie erwähnt weder im Gesamtmarkt für Facility Management noch in den drei Teilmärkten eine marktbeherrschende Stellung. Implemia ist in diesen Märkten nicht tätig. Ausserdem sind die zu erwartenden Synergien nicht bedeutend genug, dass allein dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet werden könnte.

#### B.4 Nebenabreden

21. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind ein Wettbewerbs- und ein Abwerbeverbot vorgesehen. Diese beiden Nebenabreden werden nachfolgend geprüft.

22. Nebenabreden müssen einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem geplanten Zusammenschluss haben und für dessen Durchführung notwendig sein. Ein

Wettbewerbsverbot soll die Erwerberin vor Wettbewerbshandlungen des Veräusserers schützen, damit diese das Vertrauen der Kundinnen gewinnen und sich das Know-how des zu übernehmenden Unternehmens aneignen und dieses nutzen kann. Wettbewerbsverbote sind gerechtfertigt, wenn sie in persönlicher, zeitlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen. Für die zeitliche Dimension sei präzisiert, dass ein Wettbewerbsverbot bis zur Dauer von drei Jahren gerechtfertigt ist, wenn durch den Zusammenschluss sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen wird. In sachlicher Hinsicht wird der Schutz der Erwerberin vor Tätigkeiten, welche das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht ausgeübt hat, als unnötig erachtet.<sup>7</sup> Ein Abwerbeverbot soll gewährleisten, dass die Mitarbeitenden beim zu übertragenden Unternehmen bleiben.<sup>8</sup> Es wird nach den Massstäben beurteilt, die für Wettbewerbsverbote gelten.<sup>9</sup>

23. Das Wettbewerbsverbot gemäss Meldung sieht vor, dass die Verkäuferin das Zielunternehmen mit seiner Tätigkeit in der Schweiz während [ $\leq$  3 Jahre] ab Vollzugsdatum nicht mit Produkten oder Tätigkeiten der Wincasa konkurrenzieren darf, wobei Ausnahmen vorgesehen sind. Das Abwerbeverbot gemäss Meldung legt fest, dass die Verkäuferin während [ $\leq$  3 Jahre] [...]. Das Wettbewerbsverbot und das Abwerbeverbot sind in persönlicher, zeitlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht beschränkt und gehen nicht über das erforderliche Mass zur Erreichung der genannten Ziele hinaus. Die beiden Verbote sind daher als zulässige Nebenabreden zu qualifizieren. In sachlicher Hinsicht ist allerdings klarzustellen, dass dies nur für Produkte und Dienstleistungen gilt, die Wincasa zum Zeitpunkt der Übernahme anbietet.

#### C Ergebnis

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

<sup>7</sup> Siehe zum Ganzen: RPW 2022/3, 595 Rz 23 ff., *Beratung Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden*.

<sup>8</sup> RPW 2022/2, 433 Rz 33, *Bouygues/Equans*.

<sup>9</sup> RPW 2022/3, 648 Rz 42, *Galenica AG/Medical AG*.

B 2.3

**8. CA Consumer Finance/Stellantis/FCA Bank Free2MoveLease**

*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 10. Dezember 2022*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Dezember 2022*

**A Sachverhalt**

1. Am 15. November 2022 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft – gemäss Angaben der Parteien – zwei miteinander verbundene Transaktionen:

- i. CA Consumer Finance S.A. (nachfolgend: CACF) beabsichtigt, die alleinige Kontrolle über die FCA Bank S.p.A. (nachfolgend: FCAB) zu erwerben, welche derzeit von CACF und Stellantis N.V. (nachfolgend: Stellantis) gemeinsam kontrolliert wird, und
- ii. CACF und Stellantis beabsichtigen, die gemeinsame Kontrolle über die Geschäftsaktivitäten der Free2MoveLease (nachfolgend: F2ML), die im Bereich des B2B-Operational-Leasing (Flottenleasing) liegen, zu erwerben.

2. Hintergrund des Zusammenschlussvorhabens ist, dass durch die Fusion der Automobilkonzerne Peugeot S.A. (nachfolgend: PSA) und Fiat Chrysler Automobiles N.V. (nachfolgend: FCA) ein komplexes Gefüge von Finanzierungsoperationen und Joint Ventures entstanden ist, die für die Finanzierung des Verkaufs von Fahrzeugen bestimmter Stellantis-Marken mit drei Finanzpartnern zuständig sind: CACF, BNP Paribas Personal Finance (nachfolgend: BNPP PF) und Santander Consumer Finance (nachfolgend: SCF).

3. Mit dem Ziel, die bestehende Zusammenarbeit zu straffen und umzustrukturieren und dadurch diese Finanzierungsoperationen konsistent und effizient zu gestalten, haben Stellantis und jeder der drei Finanzpartner (CACF, BNPP-PF und SCF) vereinbart, ihre jeweiligen Kooperationsvereinbarungen neu zu gestalten. Gemäss Ausführungen der Parteien in der Meldung wird die ausgearbeitete Struktur es den daraus resultierenden unternehmenseigenen Finanzgesellschaften, die in einem bestimmten Land tätig sind, ermöglichen, ein komplettes Mehrmarkenangebot bereitzustellen und die Dienstleistungen für ihre Kunden zu verbessern.

4. CACF, mit Sitz in Massy, Frankreich, ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Crédit Agricole SA (nachfolgend: CASA), dem zentralen Organ der Group Crédit Agricole (nachfolgend: GCA). Die GCA bietet eine breite Palette von Bank- und Versicherungsdienstleis-

tungen an, darunter Vermögensverwaltung, Privatkundengeschäft, spezialisierte Finanzdienstleistungen und die Betreuung von Grosskunden. CACF verwaltet über ihre Tochtergesellschaften den gesamten Bereich «Konsumkredite» der GCA. CACF ist hauptsächlich in Europa tätig, hat aber auch Niederlassungen in China und Marokko.

5. Stellantis ist ein börsennotiertes Unternehmen mit Hauptsitz in Amsterdam, Niederlande. Stellantis ist ein multinationaler Automobilhersteller, der 2021 aus einer grenzüberschreitenden 50:50-Fusion zwischen dem italienisch-amerikanischen Konglomerat FCA und der französischen PSA-Gruppe hervorgegangen ist.<sup>1</sup> Stellantis ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Kraftfahrzeugen unter den folgenden fünfzehn Marken tätig: Peugeot, Citroën, DS Automobiles, Opel, Vauxhall, Abarth, Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Fiat, Fiat Professional, Jeep, Lancia, Maserati und Ram.

6. CACF und Stellantis sind die meldenden bzw. kontrollierenden Unternehmen. Beim Zielunternehmen FCAB handelt es sich um eine nach italienischem Recht gegründete Gesellschaft mit Sitz in Torino, Italien. FCAB ist im Bereich der Fahrzeugfinanzierung tätig und arbeitet dort mit verschiedenen Automarken sowie Wohnmobil- und Wohnwagenherstellern zusammen. Die Geschäftsaktivitäten der FCAB umfassen drei Geschäftsbereiche:

- i. Finanzierung von Händlernetzen der Originalhersteller («*original equipment manufacturer*», nachfolgend: OEM);
- ii. Kundenfinanzierungen für Privatkunden; und
- iii. langfristige Leasingdienstleistungen für Firmenkunden entweder direkt oder über Händler sowie Mobilitätsaktivitäten.

7. Das Dienstleistungsportfolio der FCAB umfasst Fahrzeugfinanzierungslösungen wie Kredite, Leasingoptionen und entsprechende Zusatzleistungen für Privat- und Firmenkunden sowie den Vertrieb von Fahrzeugversicherungen.

8. Die FCAB ist ein Joint Venture (JV) von CACF und Stellantis, deren Hauptgeschäft die Finanzierung von Händlern und Fahrzeugen der FCA-Marken ist. FCAB wird derzeit gemeinsam von CACF/CASA und FCA Italy (und somit indirekt von Stellantis) kontrolliert.

9. Das F2ML-Business ist die B2B-Leasing-Abteilung von Stellantis, die aus dem ehemaligen PSA-Geschäft hervorgegangen ist. Es ist im B2B-Operational-Leasing über Finanzierungs-JV-Gesellschaften<sup>2</sup> tätig, welche gegründet wurden mit:

<sup>1</sup> Die Gründung von Stellantis wurde von der WEKO (vgl. RPW 2020/4b, 1906, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A.*) und der EU-Kommission (vgl. EU KOMM, COMP/M.9730 vom 21.12.2020, *FCA/PSA*) genehmigt.

<sup>2</sup> [...].

- i. SCF einerseits für die Fahrzeuge der Marken Peugeot, Citroën und DS Automobiles, die in Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, den Niederlanden, Luxemburg, Polen, Portugal und Spanien im Einsatz sind,
- ii. BNPP-PF andererseits für die Fahrzeuge der Marke Opel/Vauxhall, die in Frankreich, Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Italien und Österreich im Einsatz sind, sowie über eine White-Label-Vereinbarung mit Arval in Spanien, Belgien, Luxemburg, den Niederlanden, Polen und Portugal.

10. Handelt es sich bei Gegenstand eines Zusammenschlussvorhabens um einen Teil eines Unternehmens, so gilt grundsätzlich dieser Teil als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU<sup>3</sup>, sofern er einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz bildet, dem eindeutig ein Marktumsatz zugewiesen werden kann.<sup>4</sup>

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 15. November 2022 bei der Europäischen Kommission gemeldet (nachfolgend: EU-Meldung). Darüber hinaus wurde das Zusammenschlussvorhaben am 16. Mai 2022 in China gemeldet (und am 30. Juni 2022 freigegeben) und wird zudem in Marokko gemeldet werden.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

12. 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

13. 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

14. 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). 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). Art 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen oder Transaktionen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrol-

länderungen zusammen als ein einziger (meldepflichtiger) Vorgang zu qualifizieren sind.

15. Es ist vorgesehen, dass nach Vollzug der geplanten Umstrukturierung:

- i. CACF und Stellantis ein JV betreiben werden, welches sich hauptsächlich dem B2B-Operational-Leasing widmet (die LeaseCo) und zwar für alle Stellantis-Marken, die von der geplanten Umstrukturierung betroffen sind;
- ii. BNPP-PF und Stellantis ihre Finanzierungstätigkeit hauptsächlich über ein JV betreiben werden (das BNPP PF-Stellantis-JV), für alle Stellantis-Marken in Deutschland, Österreich und dem Vereinigten Königreich;
- iii. SCF und Stellantis ihre Finanzierungstätigkeit hauptsächlich über JV ausüben werden (die SCF-Stellantis-JV), für alle Stellantis-Marken in Frankreich, Italien, Spanien, Belgien, Polen, den Niederlanden, Luxemburg und (indirekt) in Portugal.

16. Dafür werden CACF, BNPP-PF sowie SCF ihre Geschäftsvermögenswerte in den Ländern, in denen sie nach der Umstrukturierung nicht mehr als Partner von Stellantis tätig sein werden, auf das jeweils entstehende JV übertragen, das für dieses Geschäft zuständig sein wird. Im Bereich des B2B-Operational-Leasings werden mit der Umstrukturierung die beiden derzeitigen Operational-Leasing-Abteilungen von Stellantis (Leasys und F2ML) in der LeaseCo zusammengeführt, mit dem Ziel, ihr Angebot im B2B-Operational-Leasing-Segment in Europa zu verbessern. Die LeaseCo wird Vermögenswerte erhalten, die dem B2B-Operational-Leasing in bestimmten Ländern zugeordnet sind (unter der Marke F2ML), und diese werden dem bestehenden B2B-Operational-Leasing-Geschäft von Leasys hinzugefügt.

17. Daraus resultiert, dass (1) CACF die Anteile an der FCAB erwerben und auf der Grundlage der bestehenden Aktivitäten (ohne Leasys) und der Mitarbeiter eine unabhängige Gesellschaft für Automobilfinanzierung und -Leasing formen wird, die nicht mehr von der Zusammenarbeit mit Stellantis in den von der geplanten Umstrukturierung betroffenen Ländern profitiert. Die FCAB wird somit nicht mehr ein JV von CACF und Stellantis sein, sondern eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von CACF. Zudem werden (2) CACF und Stellantis die beiden bestehenden Leasinggeschäfte von Stellantis (Leasys, derzeit im Besitz von FCAB, und F2ML) in der LeaseCo zusammenführen, die unter gemeinsamer Kontrolle von CACF und Stellantis stehen wird. Diese Gesellschaft und ihre Tochtergesellschaften werden das Personal für das B2B-Operational-Leasing von den anderen JV mit BNPP-PF und SCF übernehmen.

<sup>3</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2009/4, 452 Rz 16, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.



18. Gemäss Angaben der Parteien besteht das Zusammenschlussvorhaben aus zwei zusammenhängenden Transaktionen (FCAB-Transaktion und LeaseCo-Transaktion):

#### B.1.2.1 FCAB-Transaktion

19. CACF wird bei Vollzug der FCAB-Transaktion die alleinige Kontrolle über die FCAB erwerben. Ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG liegt auch bei einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle vor, was vorliegend der Fall ist. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Transaktion wird sich der Tätigkeitsbereich von FCAB jedoch von seinem derzeitigen Tätigkeitsbereich unterscheiden. Insbesondere wird die Leasys an die LeaseCo verkauft worden sein und die FCAB wird nicht mehr von Stellantis Exklusivitätsverpflichtung in Bezug auf die FCA-Marken<sup>5</sup> profitieren.

20. Die FCAB-Transaktion wird es CACF bzw. GCA ermöglichen, ihre Aktivitäten auf dem Automobilfinanzierungsmarkt weiter auszubauen, indem sie ein europaweites unabhängiges Automobilfinanzierungs-, Leasing- und Mobilitätsunternehmen gründen.<sup>6</sup>

21. Gemäss den Parteien, stellt die LeaseCo-Transaktion für CACF und GCA eine Möglichkeit dar, die langjährige Partnerschaft zwischen CACF und Stellantis neu zu definieren und Stellantis privilegierter Partner im Bereich des B2B-Operational-Leasings zu werden. Die Neugestaltung der besagten Partnerschaft wird die Strategie von GCA, sich auf Automobilfinanzierungs-, Leasing- und Mobilitätsdienstleistungen zu konzentrieren, verbessern und ihr Ziel unterstützen, ihre Position in der Automobilfinanzierung und Mobilität zu stärken. In dieser Hinsicht ist der Betrieb eines JV im Bereich des Operational Leasings von entscheidender Bedeutung, um die Bedürfnisse der Kunden mit zugänglichen und innovativen Lösungen zu erfüllen und eine grosse Fahrzeugflotte zu verwalten zu können.

22. Gemäss der Meldung wird die FCAB nach der FCAB-Transaktion weiterhin Fahrzeugfinanzierungsdienstleistungen anbieten sowie Leasingoptionen – einschliesslich Zusatzleistungen für Privat- und Firmenkunden – sowie den Vertrieb von Fahrzeugversicherungen. Insbesondere wird die FCAB über sogenannte White-Label-Vereinbarungen Dienstleistungen für Fahrzeugfinanzierung und -Leasing für andere OEMs als Stellantis anbieten sowie an Händler oder andere Vertriebshändler durch andere Vereinbarungen. Die FCAB wird auch weiterhin Vermietungs- und Flottenmanagementdienste anbieten, vergleichbar mit denen, die derzeit unter der Marke Leasys Rent betrieben werden (d. h. kurz-, mittel- und langfristige Autovermietungen, Unterabonnements, Carsharing usw.), die bei FCAB verbleiben werden.

#### B.1.2.1 Die LeaseCo-Transaktion

23. Für Stellantis bietet die LeaseCo-Transaktion eine Möglichkeit, die Struktur ihrer Partnerschaften mit Finanzunternehmen zu straffen und ihre Organisation in Europa nach der Fusion von FCA und PSA zu klären. Diese Umstrukturierung wird es Stellantis ermöglichen, sich auf Geschäftsprodukte zu konzentrieren und somit ein wettbewerbsfähiger Akteur auf dem europäischen Markt für Operational Leasing zu bleiben.

24. Die LeaseCo wird nach dem Vollzug der Transaktion gemeinsam von CACF und Stellantis kontrolliert werden. LeaseCo wird nach dem Erwerb des F2ML-Business alle Funktionen einer eigenständigen wirtschaftlichen Einheit ausüben. Deshalb wird, obwohl alle von der LeaseCo zu betreibenden Geschäftsbereichen vor der LeaseCo-Transaktion von den zwischen Stellantis und BNPP-PF bzw. SCF gebildeten JV betrieben werden, die Transaktion dazu führen, dass CACF indirekt die gemeinsame Kontrolle über das F2ML Business erwirbt.

25. LeaseCo ist als Vollfungtionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU zu qualifizieren. Sie wird über ausreichende Ressourcen, Vermögenswerte und Personal verfügen, um auf Dauer angelegte Tätigkeiten im Bereich des Operational Fahrzeugleasing zu erbringen:

- i. Die LeaseCo wird einen direkten Zugang zum Markt und zu ihren eigenen Kunden haben, so dass ihre Tätigkeit keine Hilfstätigkeit für ihre Muttergesellschaften sein wird.
- ii. Die Parteien beabsichtigen, ihre Zusammenarbeit über die LeaseCo auf Dauer angelegt fortzusetzen.

26. Damit stellt die LeaseCo-Transaktion einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

#### B.1.3 Die FCAB und die LeaseCo Transaktionen sind voneinander abhängige Transaktionen

27. Nach Praxis der Wettbewerbsbehörden und der EU-Kommission sind zwei oder mehr Transaktionen als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einheitlichen Charakter haben. Um festzustellen, ob die fraglichen Transaktionen «einheitlichen Charakter» haben, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob diese Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die Eine nicht ohne die Andere durchgeführt worden wäre. Transaktionen, die angesichts des von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zwecks zusammengehören, sollen auch in einem Verfahren geprüft werden. In diesen Fällen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit dieser Transaktionen bewirkt. Wenn jedoch andererseits mehrere Transaktionen nicht voneinander abhängig sind und die Beteiligten eine Transaktion auch ohne die anderen durchführen würden, sollten die Transaktionen jeweils einzeln geprüft werden. Allerdings können mehrere voneinander abhängige Transaktionen nur dann als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden, wenn letztlich die Kontrolle von dem bzw. denselben Unternehmen übernommen wird.<sup>7</sup> Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind diese drei Bedingungen erfüllt, wie nachfolgend dargelegt wird.

<sup>5</sup> Dazu gehören Alfa Romeo, Chrysler, Dodge, Fiat, Fiat professional, Jeep, Lancia und Ram.

<sup>6</sup> [...].

<sup>7</sup> RPW 2013/3, 358 Rz 28 mit Verweis auf die Praxis der EU, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

- i. Erstens werden die FCAB-Transaktion und die LeaseCo-Transaktion jeweils für sich einen Kontrollwechsel nach sich ziehen, sodass beide Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 1 VKU darstellen
- ii. Zweitens sind die FCAB-Transaktion und die LeaseCo-Transaktion de jure in dem Sinne miteinander verbunden, dass sie durch wechselseitige Bedingungen miteinander verknüpft sind.
- iii. Drittens erwirbt CACF – und letztlich GCA – sowohl bei der FCAB-Transaktion und der LeaseCo-Transaktion die Kontrolle.

28. Daher sind die LeaseCo-Transaktion und die FCAB-Transaktion voneinander abhängig und müssen somit als ein einziger Zusammenschluss betrachtet werden.

Der geplante Zusammenschluss – bestehend aus der LeaseCo-Transaktion und der FCAB-Transaktion – ist ein Kontrollerwerb gemäss Art. 9 KG in Verbindung mit Art. 1 VKU.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

## B.3 Meldepflicht

30. Im Geschäftsjahr 2021 erzielten die beteiligten Unternehmen folgende konsolidierten Umsätze in der Schweiz:

**Tabelle 1: Umsätze in der Schweiz für das Geschäftsjahr 2021**

| Unternehmen | Umsatz (in Mio. EUR) | Umsatz (in Mio. CHF) <sup>8</sup> |
|-------------|----------------------|-----------------------------------|
| GCA         | [...]                | [...]                             |
| Stellantis  | [...]                | [...]                             |
| FCAB        | 23,5                 | 25,4                              |
| F2ML        | -                    | -                                 |
| Insgesamt   | [...]                | [...]                             |

Quelle: Angaben der Parteien

31. Damit haben zwei beteiligte Unternehmen im Jahr 2021 in der Schweiz einen Umsatz von mehr als 100 Millionen Franken erzielt. Der Schwellenwert nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG ist somit überschritten. Auch der Grenzwert nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist überschritten, da die beteiligten Unternehmen im Jahr 2021 einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Mrd. erzielt haben.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

32. 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).

33. 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.

34. Vorausgeschickt sei gesagt, dass der Zusammenschluss nur begrenzte Auswirkungen in der Schweiz

haben wird, da (1) die LeaseCo bei ihrer Gründung keine Dienstleistungen in der Schweiz erbringen wird und (2) die FCAB bereits von CACF mitkontrolliert wird, so dass der Erwerb der alleinigen Kontrolle über die FCAB durch CACF gemäss Angaben der Parteien keine wesentliche Änderung der Struktur des Schweizer Marktes zur Folge haben wird.

## B.4.1 Relevante Märkte

35. 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).

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

<sup>8</sup> Umrechnung gemäss Jahresdurchschnitt der Devisenkurse für 2021 (EUR 1 = CHF 1.0810), wie er von der Schweizerischen Nationalbank veröffentlicht wird.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2020/2, 650 Rz 19, AXA/Predica/ELL; RPW 2017/4, 575 Rz 18, Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos; RPW 2015/1, 88 f. Rz 12, Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; RPW 2015/1, 127 Rz 29 f., Swisscom AG/Sixt SE.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2015/1, 127 Rz 29 f., Swisscom AG/Sixt SE.

#### B.4.1.1 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für den Automobil-Leasing-Markt

37. Innerhalb des Leasingsektors tendiert die WEKO dazu, ein eigenes nationales Segment für Automobil-Leasing zu definieren.<sup>9</sup> Die WEKO hat in ihrer Praxis bisher offen gelassen, ob eine weitere Segmentierung in Flottenleasing (Operational Leasing) in Betracht gezogen werden soll.<sup>10</sup> Für die vorliegende Meldung kann offen gelassen werden, ob das Automobil-Leasing weiter segmentiert werden soll, insbesondere auch, ob andere Finanzierungsformen Substitute für das Automobil-Leasing sind, da der Zusammenschluss unabhängig von der Marktdefinition keinerlei Bedenken aufwirft.

38. Hinzu kommt, dass die FCAB-Transaktion tendenziell zu einer Dekonzentration auf dem Markt führt, da Stellantis nicht mehr die Kontrolle über die FCAB ausübt.

39. Was die geographische Dimension betrifft, so hat die WEKO stets die Auffassung vertreten, dass das Automobil-Leasing einen nationalen Bezug hat.

40. Die Parteien schätzen den Marktanteil der FCAB auf dem Markt für Automobil-Leasing auf deutlich unter [0-10] %<sup>11</sup>. Die Parteien haben ihren Anteil auf der Grundlage des Gesamtmarktvolumens aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (nachfolgend: SLV) geschätzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zahlen der SLV-Statistik nicht alle Marktteilnehmer umfassen, da einige Anbieter (einschliesslich der FCAB selbst, aber auch z.B. der Mercedes-Benz Financial Services AG) ihre Daten nicht mehr an den SLV übermitteln, weshalb die Parteien davon ausgehen, dass derzeit nur etwa 90 % des Marktes durch die SLV-Zahlen erfasst sind. Daher überzeichnet der FCAB-Marktanteil die tatsächliche Lage (und der geschätzte Marktanteil liegt somit noch tiefer).

#### B.4.1.2 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für Konsumkredite

41. In Bezug auf Konsumkredite hat die WEKO in der Vergangenheit ein eigenes Segment für Konsumkredite definiert und die Auffassung vertreten, dass dieses Segment Barkredite, Festkredite, Teilzahlungskredite (einschliesslich Abzahlungsverträge für Fahrzeuge) und Kontokorrentkredite umfasst.<sup>12</sup> Für die Zwecke dieser Meldung kann offen gelassen werden, ob Leasing, Zahlungskarten und Kontoüberziehungslimiten Substitute für Konsumkredite sind, da der Zusammenschluss in keiner Segmentdefinition Bedenken aufwirft.

42. Die WEKO hat das Segment für Verbraucherkredite als nationales Segment definiert.

43. Die Parteien schätzen den Anteil der FCAB am Markt für Konsumkredite auf weit unter [0-10] %.<sup>13</sup>

#### B.4.1.3 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für Firmenkredite an KMU

44. In Bezug auf die Finanzierung für Autohändler hat die WEKO offengelassen, ob diese Tätigkeit Teil des Marktes für Firmenkredite für KMU ist.<sup>14</sup> Die Parteien machen geltend, dass Firmenkredite für KMU ein Substitut für die Finanzierung von Autohändlern sind. Die Frage kann jedoch offengelassen werden, da der Zusam-

schluss bei keiner möglichen Marktdefinition ein Wettbewerbsproblem aufwirft.

45. Die Parteien gehen von einem nationalen Markt für Firmenkredite an KMU aus, da die Wettbewerbsbedingungen in der ganzen Schweiz homogen seien.

46. Der geographische Markt für die Finanzierung von Autohändlern könnte ein nationaler Markt sein. Im vorliegenden Fall sind die Marktanteile selbst bei einer engstmöglichen Abgrenzung, d. h. einem nationalen Markt für die Finanzierung von Autohändlern, gering. Die geographische Marktabgrenzung kann im vorliegenden Fall offengelassen werden, da der Unternehmenszusammenschluss unabhängig von der gewählten Markt-abgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwirft.

47. Die Parteien schätzen, dass der Marktanteil der FCAB am Markt für Firmenkredite an KMU (inkl. Factoring) bei weit unter [0-10] % liegt.

48. GCA ist nicht in der Finanzierung von Autohändlern tätig ist. Der Marktanteil von CACF auf dem Markt für Firmenkredite für KMU (inkl. Faktoring) liegt deutlich unter [0-10] %.

#### B.4.1.3 Sachliche und räumliche Marktabgrenzung für den Vertrieb von Versicherungsprodukten

49. Bei den Versicherungen unterscheidet die WEKO zwischen Erst- und Rückversicherung sowie zwischen Lebensversicherung und Nicht-Lebensversicherung. Innerhalb dieser breiteren Kategorien hat die WEKO für jedes Risiko eigene Märkte definiert.<sup>15</sup>

50. Was die räumliche Dimension betrifft, so wurde festgestellt, dass die Märkte für Erstversicherungen und deren Vertrieb im Prinzip national sind.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Beim Automobil-Leasing haben die Parteien ihren Marktanteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehenden Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichen Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (SLV), abrufbar unter, <[www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.html](http://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.html)> (29.11.2022).

<sup>12</sup> RPW 2019/2, 546 Rz 18, *Santander Consumer Bank AG/Hyundai Capital Services Inc.*; RPW 2017/4, 575 Rz 18, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos*; RPW 2007/3, 368 Rz 25, *Konsumkredit*.

<sup>13</sup> Bei den Konsumkrediten haben die Parteien ihren Anteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehende Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichem Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus dem Jahresbericht des Vereins für den Betrieb einer Zentralsstelle für Kreditinformation (ZEK) geschätzt, abrufbar unter <[www.zek.ch/de-ch/uber-uns/jahresbericht-statistiken/archiv](http://www.zek.ch/de-ch/uber-uns/jahresbericht-statistiken/archiv)> (29.11.2022).

<sup>14</sup> RPW 2019/2, 545 Rz 19, *Santander Consumer Bank AG/Hyundai Capital Services Inc.*; RPW 2017/4, 575 Rz 18, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos*; RPW 2015/1, 89 Rz 14, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.*; RPW 2007/1, 86 Rz 27, *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

<sup>15</sup> RPW 2018/3, 597 Rz 6 ff., *AXA SA/XL Group Ltd.*; RPW 2015/1, 89 Rz 14, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.*; RPW 2005/2, 387 Rz 24, *Vaudoise Générale/La Suisse*; RPW 2006/3, 494 Rz 11, *Axa/Winterthur*.

<sup>16</sup> RPW 2018/3, 597 Rz 9, *AXA SA/XL Group Ltd.*; RPW 2008/3, 469 Rz 43 ff., *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*; RPW 2008/2, 263 Rz 37 ff., *Swiss Life/AWD*.

51. Die Parteien schätzen die Marktanteile der FCAB in der Schweiz auf je weit unter [0-10] % bei den Nicht-Lebensversicherungen (inkl. Garantieverlängerungsprodukte), bei den Lebensversicherungen und bei den Motorfahrzeugversicherungen.

#### B.4.2 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 grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

53. Im Jahr 2020 hatten die beteiligten Unternehmen auf den relevanten Produktmärkten in der Schweiz die folgenden Marktanteile gemäss nachstehender Tabelle inne:

**Tabelle 2: Geschätzte Marktanteile in der Schweiz 2020 (in %)**

| Relevante Produktmärkte                |                             | FCAB <sup>17</sup> | CACF <sup>18</sup> | Stellantis |
|--|-----------------------------|--------------------|--------------------|------------|
| Automobil-Leasing                      |                             | < [0-10] %         | -                  | < [0-10] % |
| Konsumkredite                          |                             | < [0-10] %         | -                  | < [0-10] % |
| Firmenkredite an KMU (inkl. Factoring) |                             | < [0-10] %         | < [0-10] %         | < [0-10] % |
| Vertrieb von                           | Kraftfahrzeugversicherungen | < [0-10] %         | < [0-10] %         | < [0-10] % |
|  | Nicht-Lebensversicherungen  | < [0-10] %         | < [0-10] %         | < [0-10] % |
|  | Lebensversicherungen        | < [0-10] %         | < [0-10] %         | < [0-10] % |

Quelle: Angaben der Parteien.<sup>19</sup>

54. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

#### B.4.3 Ergebnis

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

<sup>17</sup> Die *geschätzten* Marktanteile liegen gemäss Angaben der Parteien weitgehend noch deutlich unter [0-10] %. Zur Vereinfachung wurden sie aber vorliegend alle mit < [0-10] % angegeben.

<sup>18</sup> Die *geschätzten* Marktanteile liegen laut Angaben der Parteien weitgehend noch deutlich unter [0-10] %. Zur Vereinfachung wurden sie aber alle mit < [0-10] % angegeben. Was den Vertrieb von Versicherungsprodukten betrifft, so wurde die Marktpräsenz von CACF nur vorsorglich angegeben und berechnet. [...].

<sup>19</sup> Beim Automobil-Leasing haben die Parteien ihren Marktanteil auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehenden Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichen Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus der Statistik des Schweizerischen Leasingverbandes (SLV), abrufbar unter, <[www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.html](http://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/statistiken-und-marktuebersicht/index.html)> (29.11.2022). Bei den Konsumkrediten haben die Parteien ihren Anteil

auf der Grundlage von zwei Methodologien geschätzt, namentlich aufgrund der ausstehenden Vermögenswerte (Bestand) und der jährlichen Volumina (Neuabschlüsse in diesem Jahr) auf Basis der Gesamtmarktzahlen aus dem Jahresbericht des Vereins für den Betrieb einer Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK) geschätzt, abrufbar unter <[www.zek.ch/de-ch/uber-uns/jahresbericht-statistiken/archiv](http://www.zek.ch/de-ch/uber-uns/jahresbericht-statistiken/archiv)> (29.11.2022).

B 2.3

**9. Blackstone Inc./Resolution Life Group Holdings Ltd.**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Januar 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Januar 2023*

**Kurzbegründung**

1. Am 3. Januar 2023 hat die Wettbewerbskommission die erleichterte Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben besteht aus dem Erwerb der indirekten Kontrolle durch Blackstone Inc. (nachfolgend: Blackstone) über Resolution Life Group Holdings Ltd. (nachfolgend: Resolution Life) und ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b und Art. 9 KG i. V. m. Art. 1 VKU. Der Kontrollenerwerb ergibt sich aus dem folgenden Sachverhalt:

2. Alle wichtigen Entscheidungen in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der Resolution Life Gruppe werden vom Verwaltungsrat von Resolution Life getroffen. Die neuen Statuten von Resolution Life, welche ab Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in Kraft treten werden, sehen vor, dass sich der Verwaltungsrat von Resolution Life nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens aus [...] Mitgliedern zusammensetzen wird; [...] Sitze davon gehen an Blackstone Verwaltungsräte. Zwar werden die meisten Beschlüsse des Verwaltungsrates durch Mehrheitsbeschluss gefasst, aber bestimmte unternehmenswesentliche und -strategische Angelegenheiten erfordern eine qualifizierte Mehrheit (d. h. über 75 %) des Verwaltungsrats der Resolution Life. Entsprechende strategische Entscheidungen können nur mit mindestens einer Stimme eines Blackstone Verwaltungsrats durchgesetzt werden. Folglich wird Blackstone in der Lage sein, die alleinige negative Kontrolle über die Zielgesellschaft im Sinne von Art. 1 VKU auszuüben.<sup>1</sup>

3. Die Blackstone ist eine im US-Bundesstaat Delaware gegründete Kapitalanlagegesellschaft für alternative Anlagen mit Sitz in New York City. In der Schweiz ist die Blackstone-Gruppe vor allem über die Portfoliounternehmen tätig, die sie indirekt durch ihre Fondsverwaltungstätigkeit kontrolliert. Der überwiegende Teil des Umsatzes der Blackstone-Gruppe in der Schweiz wird von einem dieser Portfoliounternehmen erwirtschaftet, nämlich Building Materials Europe B.V. Dieses Portfoliounternehmen liefert Baumaterialien an professionelle Bauherren, Spezialfirmen und Heimwerker und erwirtschaftet rund [...] % des Umsatzes der Blackstone-Gruppe in der Schweiz. Die Aktivitäten der von Blackstone kontrollierten Portfoliounternehmen in der Schweiz

überschneiden sich nicht mit den Aktivitäten der Zielgesellschaft Resolution Life. Blackstone selbst ist in der Schweiz über eine hundertprozentige (indirekte) Tochtergesellschaft, die Blackstone Switzerland GmbH, mit Sitz bei der Intertrust (Suisse) SA, Zweigniederlassung Zürich, Limmatquai 72, 8001 Zürich, Schweiz, tätig. Die Blackstone Switzerland GmbH erzielt jedoch selbst keine externen Umsätze, sondern ist im Marketing und Vertrieb der Blackstone Private Wealth Solutions-Fonds an Schweizer Anleger tätig.

4. Die Resolution Life ist eine globale Lebensversicherungsgruppe, die sich auf den Erwerb, die Rückversicherung und die laufende Verwaltung von Lebensversicherungsportfolios konzentriert. Die Resolution Life hat es sich zur Aufgabe gemacht, d/ie Erstversicherungsbranche zu unterstützen, indem sie ein sicheres und gut verwaltetes Domizil für ihre Legacy- und Non-Core-Portfolios bietet. Die Resolution Life bietet Lösungen an, die den Erwerb ganzer Unternehmen, einschliesslich des Geschäftsbetriebs und der Mitarbeiter, sowie die Rückversicherung von Policenblöcken umfassen. Sie ist bestrebt, dies in reifen Märkten weltweit, in grossem Umfang und über mehrere Produktlinien hinweg zu tun. Dabei konzentrieren sich die Aktivitäten der Resolution Life namentlich auf den Erwerb und den Betrieb von Blöcken von Lebensversicherungen, welche das Lebensversicherungsgeschäft mit neuen Kunden eingestellt haben (d. h. geschlossene Lebensversicherungsfonds und Fonds im run-off<sup>2</sup>).

5. Diese Aktivitäten der Resolution Life-Gruppe sind mit der Schweiz nur durch einen einzelnen Vertrag mit der Allianz Suisse Lebensversicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Allianz Suisse Life) verbunden, auf welchem ihre gesamten (einmaligen) Schweizer Einnahmen entfallen (Diese Vertragszahlung wird in der Meldung als Umsatz oder genauer als Proxy für die gemäss Art. 6 VKU für die Umsatzberechnung bei Versicherungsgesellschaften massgeblichen Bruttoprämieeinnahmen verwendet.<sup>3</sup>). Die Resolution Life Group ist ansonsten auf keinem Markt in der Schweiz tätig. Sie verfügt lediglich über eine Zweigniederlassung in der Schweiz bestehend aus [...], der Support Dienstleistungen und Unter-

<sup>1</sup> S. zum Ganzen: Meldung Zusammenschlussvorhaben Rz 34 ff., insb. Rz 37.

<sup>2</sup> Der Begriff «Run-off-Portfolio» bezieht sich auf beendete Versicherungs- oder Rückversicherungsverträge, für die der Versicherer oder der Rückversicherer bis zur endgültigen Abwicklung und Auszahlung der Schäden haftet.

<sup>3</sup> Wie die Meldung Zusammenschlussvorhaben in Rz 47 und Fn 5 ausführt, erhält die Resolution Life in der Schweiz keine Prämieeinnahmen direkt von den Versicherungsnehmern. Der vorliegend der Schweiz zugewiesene Umsatz besteht aus der anfänglichen Rückversicherungsprämie von Resolution Re bei Abschluss der Vereinbarung mit der Allianz Suisse Life, [...], zuzüglich der laufenden Prämie im Zusammenhang mit dem von der Allianz Suisse Life übernommenen geschlossenen Policenblock.

stützung betreffend Geschäftstätigkeit, Verwaltung, Investmentanalyse und Research zugunsten der Gesellschaften der Resolution Life-Gruppe erbringt. Die vorerwähnten Schweizer Einnahmen sind der Resolution Life 2021 angefallen. Aufgrund ihrer Einmaligkeit werden sie von der Resolution Life als atypisch [...].

6. Bei dem Geschäft mit Allianz Suisse Life handelt es sich um ein geschlossenes Buch von Policen (d.h. es gibt keine Neuabschlüsse mehr), die sich im run-off befinden und insgesamt 4,0 Mrd. CHF (4,3 Mrd. USD) an Verbindlichkeiten umfassen. Bei den erwähnten Einnahmen handelte es sich letztlich um eine «Einmalprämie», gezahlt im 2021, es werden keine wesentlichen künftigen Prämien im Zusammenhang mit der Vereinbarung erwartet.

7. Im Rahmen dieser Vereinbarung mit Allianz Suisse Life wurde ein Quotenanteil von 80 % der Verbindlichkeiten eines geschlossenen Portfolios an Resolution Re<sup>4</sup> übertragen, welche damit den weitüberwiegenden Teil der Markt- und Versicherungsrisiken dieses Altportfolios übernahm. Durch die Vereinbarung erfolgte zugunsten der Allianz Suisse Life eine Risikoreduktion («derisking») von 80 % des geschlossenen Portfolios von Policen im run-off. Resolution Life erhält keine Prämieinnahmen direkt von den Versicherungsnehmern und die Allianz Suisse Life bleibt der Vertrags- und Ansprechpartner für die einzelnen Versicherungsnehmer.

8. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zusätzlich, dass die Resolution Life nicht um neue Kunden in der Schweiz konkurriert, da Vertragsgegenstand dieses Einzelgeschäfts ein geschlossenes Altportfolio im run-off ist.

9. Im Ergebnis übernimmt die Resolution Life somit «nur» einen wesentlichen Teil der Markt- und Versicherungsrisiken des Altportfolios von Allianz Suisse Life. Die typische Geschäftstätigkeit von Rückversicherungen ist die Versicherung des vom Erstversicherer übernommenen Risikos. Letztlich nichts anderes tut vorliegend die Resolution Life, weshalb ihre Tätigkeit in der Schweiz in den Bereich der allgemeinen Rückversicherung fällt.

10. Demgegenüber ist die Blackstone Gruppe in der Schweiz, wie schon gezeigt, nicht im Rückversicherungsgeschäft tätig.

11. Das Zusammenschlussvorhaben soll die Investorenbasis der Resolution Life verbreitern und erweitern und der Resolution Life zusätzliches Wachstumskapital verschaffen. Blackstone hat einen bedeutenden Zugang zu den institutionellen Kapitalmärkten, was der Resolution Life die erwarteten zukünftigen Akquisitionen von Lebens- und Rentenversicherungsgeschäften und die Deckung des allgemeinen Betriebsbedarfs ermöglichen wird. Es kann daraus geschlossen werden, dass Blackstone, entsprechend ihrem Unternehmenszweck, die Resolution Life als reines Finanzinvestment und weitere Portfoliogesellschaft im Rahmen ihrer Fondsverwaltungstätigkeit erwirbt.

12. Dieser geplante Zusammenschluss unterliegt auch in den USA der Anmeldepflicht für die Fusionskontrolle. Diese Anmeldung wird offenbar in Kürze eingereicht.

13. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gemeldet werden, sofern die dort angeführten Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erreicht werden. Für das Geschäftsjahr 2021 belaufen sich die relevanten Umsätze der beteiligten Unternehmen Blackstone und Resolution Life auf zirka CHF [...] Milliarden weltweit und CHF [...] Milliarden der Schweiz. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind somit überschritten.

14. Hinsichtlich der Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen in der Schweiz kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen und festgestellt werden, dass sich diese nicht überschneiden.<sup>5</sup> Sie sind in nicht miteinander verbundenen Segmenten tätig. Das Zusammenschlussvorhaben führt folglich zu keiner Marktanteilsaddition.

15. Gemäss Parteiaussage bestehen auch keine relevanten vertikalen Beziehungen in der Schweiz, noch sind solche geplant. Kurzum: Aufgrund der Meldung ist nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Zusammenschlussvorhaben die Gefahr von Marktabschottung, der Diskriminierung von Wettbewerbern oder Erhöhung von Marktzutrittschranken in sich tragen könnte.

16. In Bezug auf die sich nicht überschneidenden Aktivitäten der Parteien bestätigen die Parteien überdies, dass, soweit ihnen bekannt ist, keine von ihnen einen Marktanteil von 30 % oder mehr in der Schweiz oder in einem relevanten geografischen Markt, der die Schweiz umfasst, hat.

17. Somit kann eigentlich bereits jetzt festgehalten werden, dass vorliegend wohl keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bestehen.

18. Es kann bereits aus den vorstehenden Ausführungen geschlossen werden, dass das gegenständliche Zusammenschlussvorhaben kaum negative horizontale, vertikale oder Konglomerate Auswirkungen auf dem Wettbewerb haben dürfte. Es ergeben sich m. a. W. keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

19. Ergänzend noch dies zu einer Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte im vorliegenden Fall:

20. Wie bereits erwähnt, wurden die Einnahmen von Resolution Life, die dem Gebiet der Schweiz zugeordnet werden können, im allgemeinen Bereich der Rückversicherung erzielt.

<sup>4</sup> Resolution Re ist das globale Rückversicherungsunternehmen der Resolution Life Group.

<sup>5</sup> Blackstone weist darauf hin, dass [...] der von ihr kontrollierten Portfoliounternehmen, die in der Schweiz Umsätze erzielen, als entfernt in Verbindungen mit den Aktivitäten von Resolution Life in der Schweiz stehend angesehen werden könnten. Diese [...] Portfoliounternehmen machen jedoch nur einen de minimis Umsatz aus und sind nicht in einem Bereich tätig, der sich direkt mit den Aktivitäten von Resolution Life überschneidet (s. Meldung Zusammenschlussvorhaben Fn 10).

21. In früheren Fällen, die Versicherungsleistungen betrafen, hat die WEKO zwischen Erstversicherung, Rückversicherung und einem separaten Markt für Underwriting- und Managementdienstleistungen unterschieden.<sup>6</sup> In Bezug auf die Rückversicherung betonte die WEKO, dass ein Rückversicherer dem Erstversicherer hilft, die Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen in Form von Schadenzahlungen zu erfüllen. Da die Produkte unterschiedliche Ziele verfolgen und auf andere Marktgegenparteien ausgerichtet sind, sind sie sowohl auf der Anbieter- als auch auf der Nachfrageseite nicht substituierbar.<sup>7</sup> Weitergehend hat die WEKO in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis offengelassen, ob der Rückversicherungsmarkt zusätzlich in die Segmente Leben und Nichtleben unterteilt werden sollte. Sie hat jedoch festgehalten, dass die grössten Rückversicherungsgesellschaften sowohl im Lebensversicherungs- als auch im Nichtlebensversicherungsbereich aktiv sind.<sup>8</sup> Diese Praxis der WEKO steht soweit im Einklang mit den Marktdefinitionen der Europäischen Kommission.

22. In räumlicher Hinsicht geht die Praxis der WEKO dahin, dass der räumlich relevante Markt für Rückversicherungen weltweit abzugrenzen ist.<sup>9</sup>

23. Die Aktivitäten der Resolution Life in der Schweiz konzentrieren sich auf den Rückversicherungsbereich oder genauer auf den Erwerb und den Betrieb von Beständen von Lebensversicherungsprodukten, die das Lebensversicherungsgeschäft für Neukunden eingestellt haben, sog. geschlossene Lebensversicherungsfonds und Fonds im «run-off»). Diese Aktivitäten der Resolution Life gehen im Übrigen auf einen einzelnen Vertrag mit der Allianz Suisse Life.

24. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben bisher Teilsegmente des Rückversicherungsmarktes bestimmt, die die vorerwähnte Tätigkeit von Resolution Life in Schweiz sachlich abgrenzen würden. In der Zusammenschlussmeldung wird aber erwähnt,

dass die irische Wettbewerbs- und Verbraucherschutzkommission (Competition and Consumer Protection Commission, CCPC) dazu der Ansicht war, dass es nicht notwendig sei, den genauen relevanten Markt zu bestimmen, wenn es sich – wie hier – um einen geschlossenen Bestand von Lebensversicherungsprodukten handelt, mit welchem nicht um neue Kunden konkurriert wird. In ähnlicher Weise habe das damalige britische Office of Fair Trading (OFT, heute Competition and Markets Authority [CMA]) geprüft, ob bei Lebensversicherungspolice eine weitere Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Lebensversicherungsfonds getroffen werden könne. Die OFT habe zwei Ansätze in Erwägung, ohne jedoch zu einer endgültigen Schlussfolgerung zu gelangen: (i) dass die Verfügbarkeit von Policen mit wettbewerbsfähigen Preisen, die von offenen Lebensversicherungsfonds angeboten werden, die Betreiber geschlossener Lebensversicherungsfonds einschränken könne und daher Teil desselben Bezugsrahmens sei; und (ii) dass hohe Wechsel- oder Kündigungskosten für die Versicherungsnehmer auf getrennte Bezugsrahmen hindeuten könnten.<sup>10</sup>

25. Da das Zusammenschlussvorhaben, wie schon ausgeführt, ohnehin keine wettbewerblichen Bedenken weckt, kann offengelassen werden, ob der Rückversicherungsmarkt weiter segmentiert werden sollte oder nicht. Angemerkt sei dazu, dass dem meldenden Unternehmen, wie es versichert, keine verlässlichen Marktdaten über die Rückversicherung von geschlossenen (closed book) Altbeständen von Lebensversicherungsprodukten bekannt sind.<sup>11</sup> Entsprechend wenig belastbar wären irgendwelche Schätzungen dazu.

26. Vor diesem Hintergrund bezeichnet das meldende Unternehmen den Rückversicherungsmarkt als den sachlich relevanten Markt für das von Resolution Life in der Schweiz generierte Geschäft. Darauf basierend ergeben sich folgende Marktanteile für die beteiligten Unternehmen in der Schweiz:

## 27. Tabelle: Marktanteile für den Rückversicherungsmarkt in der Schweiz im Jahr 2021 (in CHF)

| Segment            | Räumlicher Markt | Blackstone |             | Resolution Life     |             | Marktvolumen         |               |
|--------------------|------------------|------------|-------------|---------------------|-------------|----------------------|---------------|
|                    |                  | Prämien    | Marktanteil | Prämien             | Marktanteil | Prämien total        | Volumen total |
| Rückversicherungen | Schweiz          |            |             | [...] <sup>12</sup> | [0-10] %    | 45'559 <sup>13</sup> | 100%          |

Quelle: Schätzungen der Parteien und basierend auf Daten der FINMA.

<sup>6</sup> RPW 2022/2, 449 Rz 18, *Swiss Life International Holding AG/Elips Life AG*; RPW 2020/1, 231 Rz 18, *Swiss Re Ltd/Daimler AG*; RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*.

<sup>7</sup> RPW 2008/3, 469 Rz 38, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.

<sup>8</sup> RPW 2008/3, 469 Rz 39, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.

<sup>9</sup> RPW 2020/1, 231 Rz 20, *Swiss Re Ltd/Daimler AG*; RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Ver-*

*sicherungsgesellschaft AG*; RPW 2008/3, 469 Rz 44, *Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace*.

<sup>10</sup> S. zum Ganzen: Meldung Zusammenschlussvorhaben Rz 62.

<sup>11</sup> S. Meldung Zusammenschlussvorhaben Rz 64.

<sup>12</sup> Bei der gezahlten Rückversicherungsprämie handelte es sich um eine Einmalprämie, und es werden keine wesentlichen künftigen Rückversicherungsprämien im Zusammenhang mit der Vereinbarung erwartet. [...].

<sup>13</sup> Vgl. Versicherer-Report der Finma: <<https://vrep.finma.ch/reports/fr/detaill/REP19>> (17.01.2023).

---

28. Angesichts der oben genannten Marktanteile ist der Gesamtmarkt für Rückversicherungen kein betroffener Markt. Darüber hinaus gibt es, wie schon ausgeführt, keine Überschneidungen und die Marktanteile der Resolution Life bleiben deutlich unter 30 % und basieren auf einer einzigen Vereinbarung mit der Allianz Suisse Life. Diese betrifft einzig das Altportfolio im run-off, mit welchem Resolution Life ohnehin nicht um neue Kunden in der Schweiz konkurriert.

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

---



B 2.3

**10. AMAG Leasing AG/Volkswagen Financial Services AG/Gemeinschaftsunternehmen**

*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 5. Juni 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Juni 2023*

1. Am 2. Mai 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Meldung betrifft die Gründung eines gemeinsam kontrollierten, vollfunktionalen Gemeinschaftsunternehmens (GU) durch AMAG Leasing AG (nachfolgend: ALAG) und Volkswagen Financial Services AG (nachfolgend: VWFS), über deren hundertprozentige Tochtergesellschaft Volkswagen Finance Overseas B.V. (nachfolgend: VFO), in das die Geschäftstätigkeiten der meldenden Unternehmen in den Bereichen Flottenleasing und Flottenmanagement in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein eingebracht werden. Die restlichen Tätigkeiten der meldenden Unternehmen in- und ausserhalb der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein werden nicht eingebracht. Das GU soll gemäss Joint Venture-Vertrag von den meldenden Unternehmen zu je 50 % gehalten werden.

2. Es kann deshalb vorab festgestellt werden, dass auf eine Darstellung der übrigen Märkte, in denen die meldenden Unternehmen ausserhalb des GU tätig sind, verzichtet werden kann, weil das GU – gemäss der Meldung – ausschliesslich auf dem Markt für Fahrzeugleasing und daselbst genauer ausschliesslich im Teilsegment des Flottenleasings tätig sein wird. Überdies führt der Zusammenschluss zu keinerlei Marktanteilsadditionen, da die VWFS – wie sich zeigt – in diesem Segment in der Schweiz nicht tätig ist. Dem Antrag auf erleichterte Meldung kann demgemäss stattgegeben werden, so mit Bezug auf den Verzicht auf Informationen und Dokumente betreffend die weiteren Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen und die Produktemärkte, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht, die aber nicht als betroffen zu qualifizieren sind, sowie mit Bezug auf den Verzicht auf gewisse Informationen und Dokumente betreffend die Produktemärkte, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht und die als betroffen zu qualifizieren sind.

3. Die AMAG-Gruppe ist eine hauptsächlich im Automobilhandel tätige Schweizer Unternehmensgruppe. Die AMAG-Gruppe ist Generalimporteurin des Volkswagen-Konzerns in der Schweiz für Personenwagen der Marken VW, Audi, SEAT, ŠKODA und CUPRA sowie für Nutzfahrzeuge der Marke VW Nutzfahrzeuge (Geschäftsbereich AMAG Import). Die AMAG-Gruppe ist zudem im Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen tätig. Sie

verkauft Fahrzeuge der oben genannten Marken des Volkswagen-Konzerns und erbringt Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten (Service) an Fahrzeugen dieser Marken (Geschäftsbereich AMAG Retail).

4. Die ALAG ist eine Gesellschaft der AMAG-Gruppe mit Sitz in Cham, Kanton Zug, und ist in den Bereichen Leasing- und Flottenleasing für Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein tätig. Sie ist eine Dienstleisterin für alle Retail-Betriebe der AMAG-Gruppe sowie für die Partnergaragen in der ganzen Schweiz für Produkte des Volkswagen-Konzerns und anderer Nutzfahrzeugmarken.

5. VWFS ist die Finanzdienstleistungsgesellschaft des Volkswagen-Konzerns mit Sitz in Braunschweig (DE), die in den Bereichen Finanzierung, Leasing, Versicherung und Mobilität tätig ist. Die Tätigkeit der VWFS erstreckt sich auf den Vertrieb und die Abwicklung eigener und fremder Finanzdienstleistungen im In- und Ausland, die der Förderung des Geschäftsbetriebs der Volkswagen AG und der mit ihr verbundenen Unternehmen dienen. In der Schweiz ist die VWFS über die Tochtergesellschaft Volkswagen Financial Services Schweiz AG (nachfolgend: VWFS CH) mit Sitz in Wallisellen, Kanton Zürich, tätig. Die Tätigkeit der VWFS in der Schweiz beschränkt sich auf den Bereich Versicherungen für Fahrzeuge.<sup>1</sup>

6. Die VFO mit Sitz in Amsterdam (NL) ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der VWFS und wird die Vertragspartei sein, welche die Verträge betreffend das Zusammenschlussvorhaben unterzeichnet und somit direkte Joint Venture-Partnerin der ALAG sein wird.

7. Die VWFS und die VFO sind gemäss Meldung in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein im Bereich Fahrzeugleasing (einschliesslich Flottenleasing) nicht am Markt tätig und haben keine Verträge mit Leasingkunden.

8. Der Volkswagen-Konzern ist ein weltweit tätiges Unternehmen der Automobilbranche aus Deutschland. Zehn Marken aus fünf europäischen Ländern gehören insbesondere zum Volkswagen-Konzern: Volkswagen, Volkswagen Nutzfahrzeuge, Audi, ŠKODA, SEAT, CUPRA, Lamborghini, Bentley, Porsche und Ducati. Darüber hinaus bietet der Volkswagen-Konzern ein breites Spektrum an weiteren Marken und Geschäftsbereichen an. Darunter auch Finanzdienstleistungen, wozu die Händler- und Kundenfinanzierung, das Leasing, das Bank- und Versicherungsgeschäft sowie das Flottenmanagement zählen.

<sup>1</sup> RPW 2021/1, 132, Neues Versicherungsmodell ALAG/VWFS.

9. Die meldenden Unternehmen (ALAG und VWFS) planen die Gründung eines GU, wie folgt: ALAG hat am 16. Februar 2023 unter dem Namen movon AG eine neue Tochtergesellschaft mit Sitz in Cham, Kanton Zug, gegründet. Nach Vollzug der Transaktionsvereinbarung wird sich anschliessend die VFO in einem zweiten Schritt zu 50 % an der durch die ALAG neu gegründeten movon AG beteiligten. Die meldenden Unternehmen werden gegen die Ausgabe von Aktien gewisse Vermögenswerte bzw. Geschäftstätigkeiten in das GU einbringen.

10. Im Ergebnis werden die Aktien des GU von den beiden meldenden Unternehmen zu je 50 % gehalten. Es bestehen keine Stimmrechtsaktien. Entscheide der Generalversammlung (wie auch des paritätisch besetzten Verwaltungsrats) müssen von der Zustimmung beider Unternehmen getragen sein, womit vorliegend eine gemeinsame Kontrolle gegeben ist.

11. Das geplante GU wird ein eigenständiges Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU sein. Das GU wird künftig das Flottenleasing- und Flottenmanagementgeschäft sowie damit verbundene Geschäftsbereiche in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein für Flottenkunden betreiben. Dazu wird ALAG ihre bestehenden Geschäftstätigkeiten in diesen Bereichen in das GU einbringen, während VWFS Barmittel sowie die internationalen Kontakte zu internationalen Grosskunden einbringen wird. Das GU wird in diesen Bereichen künftig eigenständig tätig sein und unter der eigenen Marke «movon» auftreten.

12. Zudem wird das GU auf unbeschränkte Zeit hin gegründet und ist somit auf Dauer angelegt. Auch wird das GU mit allen notwendigen betrieblichen und personellen Ressourcen ausgestattet sein, damit es sein Geschäft betreiben kann. Insbesondere wird das GU über ein eigenes Management verfügen, welches das Geschäft des GU führt und die unternehmerische Verantwortung trägt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunk-

tionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.<sup>2</sup>

13. Der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen im jeweils relevanten letzten Geschäftsjahr beläuft sich auf insgesamt CHF 284,9 Milliarden weltweit und CHF [...] (AMAG-Gruppe: CHF [...], Volkswagen-Konzern: CHF [...]) in der Schweiz.<sup>3</sup> Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG<sup>4</sup> sind damit überschritten.

14. Gemäss bisheriger Praxis der WEKO lässt sich ein sachlich relevanter Markt für Fahrzeugleasing definieren, welcher vom Mobilien- sowie dem Immobilienleasing abzugrenzen ist.<sup>5</sup> Der Markt für Fahrzeugleasing umfasst gemäss dieser Praxis das Leasing von Fahrzeugen sowohl an Privatkunden als auch an Unternehmen und kann möglicherweise weiter in die Teilsegmente Einzel- und Flottenleasing unterteilt werden.<sup>6</sup>

15. Vorliegend kann eine genaue Marktabgrenzung offenbleiben, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktdefinition zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt. Für den Zweck dieser Fusionskontrollmeldung stellen die meldenden Unternehmen entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO Marktanteilschätzungen für das Fahrzeugleasing sowie zusätzlich für das Teilsegment Flottenleasing zur Verfügung (weil das zu gründende GU wie erwähnt ausschliesslich im Bereich Flottenleasing tätig sein wird).

16. Aus räumlicher Sicht hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis den Markt für Fahrzeugleasing national abgegrenzt.<sup>7</sup>

17. Das Gesamtmarktvolumen für den Markt im Bereich Fahrzeugleasing basiert im Wesentlichen auf den durch den Schweizerischen Leasingverband (nachfolgend: SLV) publizierten Zahlen zum PKW-Leasing.

18. Nachfolgend eine Übersicht der Daten des SLV auf Basis des Volumens der Neuabschlüsse in Milliarden CHF:

| Jahr              | Fahrzeugleasing | Einzelleasing | Flottenleasing |
|-------------------|-----------------|---------------|----------------|
| 2021 <sup>8</sup> | 7,44            | 6,50          | 0,94           |
| 2020              | 8,49            | 7,60          | 0,89           |
| 2019              | 8,80            | 7,80          | 1,00           |

Quelle: SLV Geschäftsbericht 2019 (S. 19 und 25)<sup>9</sup> und SLV Geschäftsbericht 2020 (S. 21 und 27)<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2022/3, 620 Rz 8, *Sony/Honda/JV*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

<sup>3</sup> Meldung, Rz 53 und 55.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>5</sup> RPW 2015/1, 88 Rz 12, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot SA*; RPW 2015/1, 127 Rz 29, *Swisscom AG/Sixt SE*; RPW 2009/1, 68 Rz 58 ff., *BNP Paribas/Entités Fortis SA*.

<sup>6</sup> RPW 2015/1, 127 Rz 29, *Swisscom AG/Sixt SE*; RPW 2009/1, 68 Rz 58 ff., *BNP Paribas/Entités Fortis SA*.

<sup>7</sup> RPW 2015/1, 88 Rz 12, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot SA*; RPW 2015/1, 127 Rz 29, *Swisscom AG/Sixt SE*; RPW 2009/1, 74 Rz 60, *BNP Paribas/Entités Fortis SA*.

<sup>8</sup> S. Meldung, Rz 73.

<sup>9</sup> <[www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch\\_documents/Administrator/Geschaeftsbericht\\_2019\\_d\\_final\\_9699244.pdf](http://www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch_documents/Administrator/Geschaeftsbericht_2019_d_final_9699244.pdf)> (23.05.2023).

<sup>10</sup> <[www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch\\_documents/Geschaeftsbericht\\_2020.pdf](http://www.leasingverband.ch/cms/upload/fullsearch_documents/Geschaeftsbericht_2020.pdf)> (23.05.2023).

19. Die Zahlen des SLV, welche nach eigenen Angaben des SLV nur 80 % des Marktvolumens abdecken,<sup>11</sup> wurden in der Meldung auf 100 % hochgerechnet (in Milliarden CHF):

| Jahr | Fahrzeugleasing | Einzelleasing | Flottenleasing |
|------|-----------------|---------------|----------------|
| 2021 | 9,28            | 8,10          | 1,18           |
| 2020 | 10,61           | 9,50          | 1,11           |
| 2019 | 11,00           | 9,75          | 1,25           |

Quelle: Schätzungen der Parteien.

20. Tabelle 1: Markt für Fahrzeugleasing und Flottenleasing

Basis des Volumens der Neuabschlüsse in CHF wie folgt:

Die meldenden Unternehmen schätzen ihre Marktanteile im Markt für Fahrzeugleasing und Flottenleasing auf

| Marktanteile für Fahrzeugleasing und Teilsegment Flottenleasing auf Basis des Volumens der Neuabschlüsse in CHF - Schweiz |                        |                        |                        |
|---|------------------------|------------------------|------------------------|
| Relevante Produktmärkte / Teilsegmente  | 2021                   | 2020                   | 2019                   |
| <b>Fahrzeugleasing</b>  |                        |                        |                        |
| Gesamtmarktvolumen in CHF   | 9,28 Mia.              | 10,61 Mia.             | 11,00 Mia.             |
| Marktanteil ALAG in CHF / %   | [...] <b>[20-30] %</b> | [...] <b>[10-20] %</b> | [...] <b>[10-20] %</b> |
| Marktanteil VWFS in CHF / %   | [...] <b>[0-10] %</b>  | [...] <b>[0-10] %</b>  | [...] <b>[0-10] %</b>  |
| <b>Teilsegment Flottenleasing</b>   |                        |                        |                        |
| Gesamtmarktvolumen in CHF   | 1,18 Mia.              | 1,11 Mia.              | 1,25 Mia.              |
| Marktanteil ALAG in CHF / %   | [...] <b>[10-20] %</b> | [...] <b>[10-20] %</b> | [...] <b>[10-20] %</b> |
| Marktanteil VWFS in CHF / %   | [...] <b>[0-10] %</b>  | [...] <b>[0-10] %</b>  | [...] <b>[0-10] %</b>  |

Quelle: Schätzungen der Parteien.

21. Aus den vorstehenden Marktanteilen ergibt sich kein betroffener Markt, da das GU ausschliesslich im Teilsegment Flottenleasing tätig sein wird, wo die Marktanteile unterhalb der relevanten Schwellenwerte liegen. Auch ist die VWFS in der Schweiz nicht in diesem Teilsegment tätig, womit es zu keinen Marktanteilsadditionen kommen wird. Hinzu kommt, dass es auch im übrigen Markt für Fahrzeugleasing zu keinen Auswirkungen kommt, da die meldenden Unternehmen diese Tätigkeiten nicht in das GU einbringen, sondern separat weiter betreiben werden und da die VWFS in diesem Bereich in der Schweiz nicht tätig ist.

22. Darüber hinaus konkurrieren die Unternehmen respektive das zu gründende GU in einem wettbewerbsintensiven Markt, in welchem ihr gemeinsamer Marktanteil im Teilsegment Flottenleasing ca. **[10-20] %** beträgt. Auch nach Gründung des GU verbleiben zahlreiche Captive und Non-Captive Wettbewerber.

23. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden (EU-Bekanntmachung)<sup>12</sup> gerichtet. Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten als auch für Konkurrenzverbote.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Resultierend daraus, dass nicht alle auf dem Schweizer Markt tätigen Leasinganbieter im Bereich Fahrzeugleasing Mitglieder des SLV sind.

<sup>12</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, (nachfolgend: (EU-Bekanntmachung), ABI. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2018/4, 918 Rz 367 m. w. H., AZ Medien/NZZ.

24. Bezugspflicht gegenüber AMAG-Gruppengesellschaften: Gemäss Ziffer 3.1(a) des Joint Venture-Vertrags vereinbaren die Vertragsparteien, dass das GU während der Dauer des Joint Venture-Vertrags, höchstens aber während einer Übergangsfrist von fünf Jahren ab dessen Inkrafttreten, die für seinen Geschäftsbereich benötigten Dienstleistungen und Produkte, welche von AMAG-Gruppengesellschaften angeboten werden, von der entsprechenden AMAG-Gruppengesellschaft bezieht bzw. den Flottenkunden anbietet, sofern die AMAG-Gruppengesellschaften diese zu marktüblichen (at arm's length) Konditionen. Solche Dienstleistungen und Produkte sind zum Beispiel fahrzeugbezogene Dienstleistungen wie Service und Unterhalt der Flottenfahrzeuge, aber auch weitere Dienstleistungen.

25. Bezugspflicht gegenüber VWFS-Gruppengesellschaften: Gemäss Ziffer 3.1(b) des Joint Venture-Vertrags vereinbaren die Parteien, dass das GU während der Dauer des Vertrags, höchstens aber während einer Übergangsfrist von fünf Jahren ab dessen Inkrafttreten, [...].

26. Die genannten Bezugspflichten sind gemäss Meldung für den Erfolg des GU wirtschaftlich notwendig. Der Erfolg des GU setzt voraus, dass das GU von Beginn an in ausreichender Menge und zu attraktiven Konditionen über die für seine Geschäftstätigkeit notwendigen Produkte und Dienstleistungen verfügt. Zudem ermöglichen die Bezugspflichten dank Mengenbündelung im Einkauf Skaleneffekte zu Gunsten des GU. Dank diesen Skaleneffekten wird das GU in der Lage sein, seinerseits den Flottenleasingkunden bessere Konditionen anzubieten. Die Bezugspflichten werden vorliegend auf maximal 5 Jahre beschränkt.

27. Die vorstehend im Sinne einer Nebenabrede zeitlich maximal auf fünf Jahre vereinbarten Bezugspflichten sind unmittelbar mit dem Zusammenschlussvorhaben verbunden und gemäss Meldung überdies für den wirt-

schaftlichen Erfolg des GU notwendig. Es ergibt sich, dass diese Bezugspflichten sowohl in sachlicher als auch räumlicher und zeitlicher Hinsicht der Praxis der WEKO sowie den Vorgaben EU-Bekanntmachung zu Nebenabreden entsprechen, mithin zulässig sind. Gemäss Ziffer 4(a) des Joint Venture-Vertrags verpflichten sich die Vertragsparteien, ab dem Datum des Inkrafttretens des Vertrags und für die Dauer des Vertrages weder direkt noch indirekt über ihre jeweiligen Gruppengesellschaften, allein oder in Absprache mit Dritten, das Flottengeschäft Schweiz, oder Teile davon, ausserhalb des GU selbst zu errichten, zu betreiben oder sich daran zu beteiligen. Räumlich ist das Konkurrenzverbot auf die Schweiz begrenzt. Zeitlich ist das vorgesehene Wettbewerbsverbot auf die Dauer des Joint Venture-Vertrags und somit die Dauer des Bestehens des GU beschränkt.

28. Gemäss Ziffer 5(a) des Joint Venture-Vertrags verpflichten sich die Vertragsparteien, während der Dauer ihrer Beteiligung am GU ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei keine Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen des GU aktiv abzuwerben. Dieses Abwerbverbot gilt auch für sämtliche Gruppengesellschaften der Parteien sowie für die AMAG-Gruppe. Zeitlich ist es auf die Dauer der Beteiligung der Parteien am GU beschränkt.

Sowohl das Wettbewerbsverbot wie auch das Abwerbverbot entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht der Praxis der WEKO sowie den Vorgaben der EU-Bekanntmachung. Sie sind mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und erscheinen für dieses notwendig.

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

|       |   |
|-------|---|
| B 2   | <b>8. BGBM</b><br>LMI<br>LMI  |
| B 2.8 | <b>1. Stellungnahme vom 25. Oktober 2021 zuhanden des Bundesgerichts zu den subsidiären Verfassungsbeschwerden vom 9. Juni 2021 und vom 23. Dezember 2020 i.S. A. AG gegen Einwohnergemeinde U.</b> |

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. Oktober 2021 zuhanden des Bundesgerichts für die zwei Beschwerdeverfahren 2D\_53/2020 und 2D 25/2021 zu den subsidiären Verfassungsbeschwerden vom 9. Juni 2021 und vom 23. Dezember 2020 i.S. A. AG gegen Einwohnergemeinde U.*

### A Grundlagen der Stellungnahme der WEKO

1. Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes (Binnenmarktgesetz, BGBM)<sup>1</sup> durch Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und verfügt in dieser Hinsicht über ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM). Die WEKO kann im Verfahren vor Bundesgericht angehört werden (Art. 10 Abs. 2 BGBM). Die WEKO begrüsst es, in bundesgerichtlichen Verfahren zu binnenmarktrechtlichen Fragestellungen zur Stellungnahme eingeladen zu werden.

2. Die Stellungnahme der WEKO erfolgt gestützt auf Art. 102 Abs. 1 i. V. m. Art. 89 Abs. 2 Bst. d des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG)<sup>2</sup> sowie binnenmarktrechtlich gesehen gestützt auf Art. 10 BGBM. Die WEKO nimmt ausschliesslich zu binnenmarktrechtlichen Aspekten in diesem Beschwerdeverfahren Stellung. Insbesondere erfolgt die Stellungnahme der WEKO in Bezug auf die in den vorinstanzlichen Verfahren aufgeworfene Frage, ob auf eine fehlende Ausrichtung aus den Erträgen der erhobenen Kurtaxen an eine ortsfremde Anbieterin das BGBM anwendbar ist.

### B Wesentliche Elemente des Sachverhalts und der Verfahrensgeschichte

3. Die U. AG bezweckt gemäss ihren Statuten die Erhaltung und den Ausbau der touristischen Infrastruktur sowie die Förderung der touristischen Destination U. Die unter Beteiligung der Einwohnergemeinde U. geführte Aktiengesellschaft betreibt unter anderem die Torrent-Bahnen, die Sportarena und die U.-er Therme. U. AG erhält offenbar Zuschüsse aus den Kurtaxenerträgen der Einwohnergemeinde U.

4. Die A. AG betreibt nebst anderem ebenfalls ein öffentliches Thermalbad in U. A. AG beantragte der Einwohnergemeinde U., dass ihr für die Jahre 2016 bis 2021 Beiträge aus den Kurtaxenerträgen in der Höhe von Fr. 372'500 auszurichten seien.

5. Die Erhebung von **Kurtaxen** ist auf kantonaler Ebene im Wallis im Gesetz über den Tourismus (GTour)<sup>3</sup> sowie in der Verordnung zum Gesetz über den Tourismus

(VTour)<sup>4</sup> geregelt. Eine Kurtaxe wird von den Gästen erhoben, die im Einzugsgebiet eines anerkannten Verkehrsvereins übernachteten (Art. 17 Abs. 1 GTour). Gemäss Art. 22 GTour wird der Kurtaxenertrag im Interesse der Unterworfenen verwendet. Der Ertrag dient namentlich zur Finanzierung des Betriebs eines Informations- und Reservationsdienstes, der Animation am Ort sowie der Erstellung und dem Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen. Auf kommunaler Stufe ist die Erhebung der Kurtaxen in U. im «Kurtaxenreglement Gemeinde U.» (KTR) geregelt. Die Kurtaxe wird bei Gästen erhoben, die in der Gemeinde U. übernachteten und dort keinen Wohnsitz haben (Art. 2 Abs. 1 KTR). Art. 1 Abs. 2 KTR übernimmt betreffend die Verwendung der Kurtaxen praktisch wörtlich die erwähnten kantonalen gesetzlichen Vorgaben des Art. 22 GTour. Gemäss einem in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Kurtaxen in U. erwähnten «Finanzierungskonzept Ferienregion U.» floss der Ertrag der Kurtaxen in die Sparten «Events/Gästeunterhaltung» (ca. 13%), «Infrastruktur und U. Card plus» (ca. 72%) und «Gäste-Center und Verwaltung» (ca. 15 %).<sup>5</sup>

6. Die Einwohnergemeinde U. wies die Anträge der A. AG auf Ausrichtung von Kurtaxenerträgen mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 ab. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies der **Staatsrat** mit Entscheidung vom 25. November 2020 ebenfalls ab, soweit er auf die Beschwerde eintrat, unter anderem mit der Begründung, dass kein Rechtsanspruch auf die Ausrichtung von Kurtaxenbeiträgen bestehe.

7. A. AG erhob **einerseits** am 21. Dezember 2020 Beschwerde gegen den staatsträchtlichen Entscheid an das Kantonsgericht Wallis. Mit Urteil vom 7. Mai 2021 trat das **Kantonsgericht** auf die Beschwerde nicht ein.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>2</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

<sup>3</sup> Gesetz des Kantons Wallis vom 9.2.1996 über den Tourismus (GTour; SGS 935.1).

<sup>4</sup> Verordnung des Kantons Wallis vom 10.12.2014 zum Gesetz über den Tourismus (VTour; SGS 935.100).

<sup>5</sup> BGer, 2C\_519/2016 vom 4.9.2017 E. 2.3.2.

8. **Andererseits** erhob A. AG gegen den Entscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 beim Bundesgericht am **23. Dezember 2020** zudem eine **subsidiäre Verfassungsbeschwerde**, unter anderem da offenbar nicht Klarheit darüber bestand, ob es sich beim staatsträchtlichen Entscheid um eine letztinstanzliche Beurteilung auf kantonaler Ebene handelte. Das Bundesgericht verfügte am 5. Januar 2021, das Verfahren zu sistieren, bis in derselben Angelegenheit das Kantonsgericht seinen Entscheid fällt.

9. Gegen das Urteil vom 7. Mai 2021 des Kantonsgericht Wallis erhob A. AG am **9. Juni 2021** eine weitere **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** beim Bundesgericht, mit teilweise ähnlicher Begründung wie derjenigen vom 23. Dezember 2021. A. AG beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide und ersuchte um die Ausrichtung von Fr. 372'500 an Kurtaxenerträgen, unter anderem begründet durch mögliche Verletzungen der Wirtschaftsfreiheit (auch durch Quersubventionierungen), der Rechtsweggarantie und des Willkürverbots.

10. Im Rahmen dieser Verfahren wurde in den Rechtschriften aus **binnenmarktrechtlicher** Sicht insbesondere Folgendes ausgeführt:

11. In der Beschwerde vom 21. Dezember 2020 an das Kantonsgericht Wallis sowie in den subsidiären Verfassungsbeschwerden vom 23. Dezember 2020 und vom 9. Juni 2021 machte **A. AG** unter anderem Verletzungen des BGBM geltend. Das allgemeine binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot sei heute im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung auch auf Subventionen anzuwenden, seien doch Subventionen und andere Förderungsmassnahmen nicht explizit vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes ausgeschlossen. Das Diskriminierungsverbot verlange, dass die Subventionierung nicht zu einer herkunftsbezogenen Diskriminierung von Konkurrenten führe. Art. 3 BGBM verschaffe A. AG eine hinreichend bestimmte Rechtsposition, nämlich das Recht, gleich behandelt zu werden wie U. AG als ortsansässige Betreiberin der U.-er Therme; es dürfe bei der Auswahl der Subventionsempfänger nicht auf die Herkunft als Kriterium abgestellt werden. Indem die Gemeinde U. die ortsansässige Betreiberin der U.-er Therme gegenüber A. AG bevorzuge und der Betreiberin der U.-er Therme Kurtaxengelder in substantieller Höhe zuteile, verstosse die Gemeinde U. gegen das im BGBM statuierte Prinzip der Nichtdiskriminierung.

12. In seinem **Urteil vom 7. Mai 2021** erwog das Kantonsgericht, dass bevor auf einzelne binnenmarktrechtliche Rügen von A. AG eingegangen werde, zunächst zu prüfen sei, ob das BGBM vorliegend überhaupt anwendbar sei. Das BGBM bezwecke den freien und gleichberechtigten Zugang zum schweizerischen Markt. A. AG behaupte, dass sie vom Markt ausgeschlossen werde. Dieser Auffassung könne aber nicht gefolgt werden. A. AG werde in keiner Weise daran gehindert, ihre Angebote anzubieten. Es werde ihr nicht verboten oder durch Beschränkungen oder Massnahmen erschwert, ihren Gästen den Sauna- oder Thermalbesuch anzubieten. Da das BGBM damit gar nicht zur Anwendung gelange und der freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt nicht betroffen sei, könne sich die A. AG auch nicht auf Art. 9 Abs. 2 BGBM berufen, wonach das kan-

tonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehe (E. 1.4.4.2).

13. In ihrer **Vernehmlassung vom 18. Juni 2021** an das Bundesgericht führte die Gemeinde **U.** mit Bezug auf Art. 1 und Art. 2 BGBM aus, dass A. AG keineswegs daran gehindert werde, ihre Angebote in der Gemeinde U. anzubieten, weder zwischen 2016 und 2018 noch seit der Verlegung ihres statutarischen Sitzes nach U. Offensichtlich sei es A. AG - gleichermassen wie den anderen Betreibern von Thermalbädern in U. - möglich, ihren Gästen den Sauna-, Fitness- oder Thermalbadbesuch anzubieten und zwar ohne Verbote oder anderweitige behördliche Beschränkungen. Die Beschwerdeführerin könne sich deshalb nicht auf das BGBM berufen.

## C Binnenmarktrechtliche Fragestellungen

### C.1 Einleitung

14. Die im BGBM enthaltenen Marktzugangsrechte kommen typischerweise auf diskriminierende **Marktzugangsbeschränkungen** zur Anwendung, welche ortsfremde Anbieterinnen belasten, beispielsweise indem Ortsfremden höhere Anforderungen oder Nachweise zu erbringen haben, um am Bestimmungsort Zugang zum Markt zu erhalten. Es können hingegen auch Konstellationen auftreten, in denen Ortsfremde nicht belastet werden, sondern Ortsansässige **bevorteilt** werden, wobei aus wirtschaftlicher Sicht ein ähnliches Ergebnis wie bei «klassischen» belastenden Marktzugangsbeschränkungen resultieren kann. Die juristische Qualifikation der Art und Weise, auf welche eine solche Bevorteilung erfolgt, beispielsweise durch Subventionen, Beihilfen oder sonstige Unterstützungsleistungen, ist dabei aus binnenmarktrechtlicher Perspektive von untergeordneter Bedeutung.<sup>6</sup> Aus Sicht des BGBM ist entscheidend, ob der freie, diskriminierungsfreie Marktzugang im Interesse eines schweizweiten Binnenmarktes gewährleistet ist. In terminologischer Hinsicht erfolgen die juristische Ausführungen zu diesem Thema regelmässig in Bezug auf die Frage, ob das BGBM auch auf Subventionen oder Beihilfen zur Anwendung gelangt.

15. Nach stetiger bundesgerichtlicher Formulierung ist das Gesetz in erster Linie nach seinem Wortlaut auszuliegen (sprachlich-grammatikalisches Element). Ist der Text nicht ganz klar und sind **verschiedene Auslegungen** möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat es insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Auslegungselement). Weiter hat das Gericht nach dem Zweck und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologisches Element). Zu berücksichtigen ist ferner die systematische Stellung der Norm im Kontext und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematisches Element). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung

<sup>6</sup> Im Rahmen dieser Stellungnahme wird auch nicht weiter unterschieden, ob jeweils Subventionen oder Beihilfen betroffen sind. Die verwendete Terminologie entspricht derjenigen der zitierten Stellen.

von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen.<sup>7</sup> Wo die Gesetzesmaterialien **keine** klare Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe nicht dienlich. Der Wille des historischen Gesetzgebers darf insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend.<sup>8</sup> Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine **verfassungskonforme** Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung.<sup>9</sup> Im Sinne einer geltungszeitlichen teleologischen Auslegung kann bei einer Neuformulierung der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben die Gesetzgebung im Lichte der aktuellen Gegebenheiten eruiert werden.<sup>10</sup>

16. Nachfolgend wird unter teilweiser Berücksichtigung dieser Auslegungsmethoden dreistufig vorgegangen: Erstens wird die Frage behandelt, ob eine fehlende Ausrichtung von Kurtaxen vom BGBM erfasst wird (C.2). Zweitens ist der Geltungsbereich des BGBM in Bezug auf die vorliegenden Verfahren zu erläutern (C.3). Drittens wird die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen dies eine Verletzung des binnenmarktgesetzlichen Rechts auf freien Marktzugang darstellt (C.4).

## C.2 Anwendung des BGBM auf eine fehlende Ausrichtung von Erträgen aus Kurtaxen

17. Ausgehend vom Zweckartikel des BGBM und dessen verfassungsrechtlichen Hintergründen sowie mit Blick auf die juristischen Literaturmeinungen wird in diesem Kapitel die Frage behandelt, ob das BGBM auf eine fehlende Ausrichtung von Erträgen aus Kurtaxen anzuwenden ist. Dies erfolgt unter punktueller Bezugnahme auf die verschiedenen erwähnten Auslegungsmethoden. Die Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten erfolgt dabei methodologisch nicht separat, da in sachlicher Hinsicht die Auslegungsmethoden eng miteinander verknüpft sind.

18. Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und **gleichberechtigten Zugang zum Markt** haben (Art.1 Abs. 1 BGBM). Diese offene Formulierung enthält keine Vorgaben, auf welche Sachverhalte das BGBM anzuwenden ist oder ob auch Unterstützungsleistungen erfasst werden. In Bezug auf die Ausrichtung von Kurtaxenerträgen ist die Terminologie des «gleichberechtigten» Zugangs zum Markt von Interesse. In sprachlicher Hinsicht heisst dies, dass die Erwerbstätigen mit gleichen Rechten ausgestattet sein sollen.

19. Das BGBM bezweckt unter anderem den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern (Art. 1 Abs. 2 Bst. a BGBM). Einer der zentralen Leitgedanken des BGBM ist die Schaffung eines **einheitlichen Schweizer Wirtschaftsraumes**.<sup>11</sup> Das Binnenmarktgesetz ist als Rahmenerlass konzipiert und beschränkt sich darauf die wesentlichsten Grundsätze des freien Marktzugangs festzulegen, wozu unter anderem ein Anspruch auf diskriminierungs- und beschränkungsfreien Marktzugang gehören.<sup>12</sup> Im Vordergrund der Zweckerreichung des BGBM steht insbesondere auch die Nichtdiskriminierung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Wirtschaftsteilnehmern.<sup>13</sup>

20. Aus historischer Perspektive verzichtete der Gesetzgeber im Jahr **1995** beim Erlass des **BGBM** auf den Einbezug wettbewerbsverzerrender Subventionen von Kantonen und Gemeinden, unter anderem im Bewusstsein darum, dass für eine umfassende Binnenmarktregelung des Bundes eine besondere Verfassungsgrundlage hätte geschaffen werden müssen.<sup>14</sup> Subventionen sollten also gemäss Botschaftstext vom BGBM nicht erfasst werden. Allerdings geht aus diesem Passus nicht hervor, ob der Gesetzgeber Subventionen willentlich nicht erfassen wollte oder ob er rein aufgrund einer ungenügenden verfassungsrechtlichen Grundlage auf eine Erfassung verzichtete, die Unterstellung von Subventionen bei einer bestehenden Verfassungsgrundlage jedoch geprüft hätte. In den parlamentarischen Beratungen wurden Beihilfen oder Subventionen nicht diskutiert, weshalb sich daraus keine weiteren Hinweise ergeben. Hervorzuheben ist, dass sich das BGBM von 1995 noch auf die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 und insbesondere den damaligen Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 stützte, wonach der Bund im Interesse der Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben erlassen kann. Mittels einer historischen Auslegung lassen sich vor diesen Hintergründen **keine** klaren Schlüsse ziehen, ob das BGBM auch Subventionen erfassen sollte oder nicht.

21. Anlässlich der **Revision** des Binnenmarktgesetzes im Jahr **2005** wurde dann auch der zwischenzeitlich eingeführte A.rt. 95 Abs. 2 Satz 1 der Bundesverfassung (BV)<sup>15</sup> im Ingress des BGBM aufgenommen. Gemäss bundesrätlicher Botschaft wurde auch bei dieser Revision die Einführung einer Überprüfungsmöglichkeit der kantonalen und kommunalen Beihilfen, aus ähnlichen Überlegungen wie bei den kantonalen und kommunalen Monopolen, **nicht** in Betracht gezogen.<sup>16</sup> Diese ähnlichen Überlegungen beziehen sich auf schwerwiegende **verfassungsrechtliche Bedenken**, die in Bezug auf die Einführung von restriktiveren Voraussetzungen im BGBM für die Errichtung kantonalen oder kommunaler Monopole geäussert wurden, weshalb die Idee einer

7 Dazu nebst anderen und m.w.H. die letztmaligen Leitentscheide: BGE 147 III 218 E. 3.3.2.1, BGE 146 III 217 E. 5.  
8 BGE 139 III 368 E. 3.2, BGE 134 V 170 E. 4.1.  
9 U.a. BGE 145 III 63 E. 2.1, BGE 143 III 600 E. 2.7.  
10 BGE 141 II 262 E. 5.2.  
11 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 1213, 1217 ff.  
12 NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, 2016, Rz 148.  
13 MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 1 BGBM N 7.  
14 Botschaft BGBM (Fn 11), 1249 f.  
15 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).  
16 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 20.11.2004, BBl 2005 465, 477.

solchen Einführung fallen gelassen wurde.<sup>17</sup> Diese verfassungsrechtlichen Bedenken wurden durch ein externes Gutachten bestätigt. Es handelt sich dabei um das **Zusatzgutachten** von AUER/MARTENET, welches die Frage einer weitergehenden binnenmarktrechtlichen Regelung kantonaler oder kommunaler Monopole mit Blick auf Art. 94 Abs. 4 BV betrifft, also der Möglichkeit der Begründung von **Regalrechten** durch die Kantone.<sup>18</sup> Ausführungen bezüglich Beihilfen oder Subventionen finden sich in diesem Gutachten allerdings nicht. Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht gesichert, inwiefern sich verfassungsrechtliche Schlüsse in Bezug auf kantonale und kommunale Beihilfen aus dem eingangs dieses Abschnitts erwähnten Botschaftshinweis ziehen lassen. Auch hier stellt sich wiederum die Frage, was mangels parlamentarischer Debatte der effektive gesetzgeberische Wille war, wenn ein möglicher «Irrtum» hinsichtlich eventueller verfassungsrechtlicher Bedenken vorlag. Die Formulierung im Botschaftstext, dass eine Überprüfungsmöglichkeit von Beihilfen gar «nicht in Betracht gezogen» wurde, könnte darauf hindeuten, dass die – vermeintlichen - verfassungsrechtlichen Bedenken dafür mit-entscheidend waren. **Eindeutige Folgerungen** hinsichtlich der Erfassung von Beihilfen lassen sich jedoch aus historischer Sicht auch bei der Revision des BGBM im Jahr 2005 **nicht** ziehen.

22. Es ist deshalb weiter zu erörtern, wie im Sinne einer heutigen verfassungskonformen Auslegung die Frage der Unterstellung von Subventionen zu beantworten ist. Gemäss **Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV** sorgt der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Mittlerweile besteht mit Art. 95 Abs. 2 BV eine explizite binnenmarktrechtliche Verfassungsgrundlage. Für die Auslegung von Rechtsanwendungsfragen in Zusammenhang mit dem Binnenmarktgesetz ist deshalb insbesondere auf die heute geltende Verfassungsrechtslage abzustellen. Mit Art. 95 Abs. 2 BV wird dem Bund die Sorge für die Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraums übertragen; dadurch wird die anerkannte «Binnenmarktdimension» der Wirtschaftsfreiheit verdeutlicht.<sup>19</sup> Inhaltlich geht es bei Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV um die Verhinderung der Diskriminierung auswärtiger Anbieterinnen und den Abbau übermässiger zwischenkantonalen Beschränkungen des Wirtschaftsverkehrs.<sup>20</sup> Wenn die Ausrichtung von Kurtaxenbeiträgen zu Diskriminierungen von auswärtigen Anbieterinnen zu Lasten eines einheitlichen Wirtschaftsraumes führt, ist es deshalb im Sinne einer möglichst verfassungskonformen Auslegung des Binnenmarktgesetzes im Lichte der geltenden BV geboten, das Binnenmarktgesetz anzuwenden.

23. Der schweizerische Binnenmarkt soll in dem Sinne auch vor **Wettbewerbsverzerrungen** geschützt werden, die durch die Ausrichtung staatlicher Mittel (bspw. durch Beihilfen oder Subventionen) erfolgen. Die selektive Besserstellung einzelner Unternehmen durch den Staat verfälscht den Wettbewerb unter diesen, wenn sie in aktueller oder potenzieller Konkurrenz zueinander stehen. Das «Level-Playing-Field» wird mit anderen Worten durch die selektive Ausschüttung von staatlichen Mitteln gestört. In der Folge wird dadurch der Leistungswettbewerb beeinträchtigt: Es ist nicht mehr gesichert, dass die effizientesten Unternehmen das Angebot am Markt anbieten und dadurch die knappen Ressourcen so ver-

wendet werden, dass aus ihnen der grösste Nutzen für die Gesellschaft gezogen werden kann. Dies erschwert eine effiziente Allokation knapper Ressourcen, womit der Wettbewerb die ihm in einer Marktwirtschaft zugeordneten Funktionen nicht mehr einwandfrei erfüllen kann.<sup>21</sup> Deshalb können staatliche Beihilfen oder Subventionen **volkswirtschaftlich** ineffizient sein.

24. Das Binnenmarktgesetz enthält keine spezifischen Vorschriften zu Beihilfen oder Subventionen, weshalb mangels textueller Vorgaben diesbezüglich keine sprachlich-grammatikalische Auslegung vorgenommen werden kann. Aus einer fehlenden expliziten Regelung für Subventionen oder Beihilfen kann nicht abgeleitet werden, dass diese dem BGBM nicht unterstellt werden sollten, ansonsten hätte der Gesetzgeber eine explizite Ausnahme vorgesehen. Das BGBM enthält jedenfalls keinen Ausschluss einer Beihilfen- oder Subventionskontrolle, weshalb insbesondere mittels einer **teleologisch** orientierten Auslegung zu prüfen ist, ob das BGBM anzuwenden ist, wobei der **Zielsetzung** der **Nichtdiskriminierung** eine zentrale Rolle zukommt. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung durchdringt als materielles Leitbild das ganze Binnenmarktgesetz.<sup>22</sup> In der juristischen **Literatur** wird die **Anwendung** des **BGBM** auf die (Nicht-)Gewährung von kantonalen oder kommunalen Subventionen oder Beihilfen insbesondere mit Blick auf die Zielsetzung der Nichtdiskriminierung **eher bejaht**: Nach geltendem Recht soll das Binnenmarktgesetz Schutz vor Beihilfen bieten, welche den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verletzen.<sup>23</sup> Das allgemeine binnenmarktrechtliche Diskriminierungsverbot könne auch auf Subventionen angewendet werden.<sup>24</sup> Das binnenmarktrechtliche Verbot von herkunftsbezogenen, diskriminierenden Subventionen gelte ohne Weiteres für kantonale und kommunale Förderinstrumente.<sup>25</sup> Mit Blick auf den Regelungszweck des BGBM, auswärtigen Wirtschaftsteilnehmern freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt nach Art. 1 Abs. 1 BGBM zu ermöglichen, scheine es zwingend, die Binnenmarktfreiheit vor Verfälschungen durch kantonale Subventionen zu schützen.<sup>26</sup> Das Binnenmarktgesetz sei auf kantonale und kommunale Subventionen insofern anwendbar, als diese gegen

<sup>17</sup> Botschaft Änderung BGBM (Fn 16), 476.

<sup>18</sup> ANDREAS AUER/VINCENT MARTENET, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit complémentaire, RPW 2004/1, 314.

<sup>19</sup> GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, Art. 95 N 8.

<sup>20</sup> PETER HETTICH, Die Schweizerische Bundesverfassung, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 95 N 14.

<sup>21</sup> MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, 2010, Rz 20 ff.

<sup>22</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Eine rechtsvergleichende Studie zur Äquivalenz von Rechtsnormen im WTO-Recht, im EU-Recht und im schweizerischen Recht, 2014, 228; BGE 132 II 197 E. 2.2.

<sup>23</sup> MATTHIAS OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, 1337 ff., 1340.

<sup>24</sup> NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 2015, 209 ff., 222.

<sup>25</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 12), Rz 487.

<sup>26</sup> MATTHIAS OESCH/NINA BURGHARTZ, Die fehlende Disziplinierung staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Die Volkswirtschaft 5/2018, 26.



das allgemeine binnenmarktgesetzliche Diskriminierungsverbot verstossen.<sup>27</sup> Die Kontrolle von kantonalen oder kommunalen Subventionen sollte nicht dem Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes entzogen sein, da die Gefahr bestünde, dass den Konkurrenten von Subventionsempfängern ansonsten kaum Rechtsschutzmöglichkeiten zustehen würden.<sup>28</sup> Diese juristische Lehrmeinungen stellen im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben in zutreffender Weise insbesondere auch auf die Zielsetzungen des Binnenmarktgesetzes ab.

25. In der juristischen Literatur finden sich auch Ansichten, die sich **gegen** eine **binnenmarktrechtliche** Erfassung von Subventionen oder Unterstützungsleistungen durch das BGBM äussern: Mit Verweis auf die bundesrätlichen Botschaftstexte zum BGBM aus den Jahren 1994 und 2004<sup>29</sup> führt insbesondere BIANCHI DELLA PORTA mit weiteren Hinweisen aus, dass im Unterschied zum europäischen Recht im BGBM darauf verzichtet wurde, Problemstellungen kantonalen oder kommunaler Subventionen zu behandeln.<sup>30</sup> Andere Autoren weisen darauf hin, dass das Fehlen von Schranken für kantonale und kommunale Subventionen im BGBM mit der mangelnden Verfassungsgrundlage begründet worden sei.<sup>31</sup> Weiter wird erwähnt, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen kantonale und kommunale Subventionen, die keinen strukturpolitischen, sondern bloss wirtschaftsfördernden Charakter hätten, nicht erfasst werden könnten.<sup>32</sup> Diese Meinungen sind insofern nachvollziehbar, als dass - im Unterschied zum Beihilferecht der EU - das BGBM keine Bestimmungen zur Frage enthält, **ob** eine Beihilfe überhaupt zulässig ist oder nicht. Wenn aber ein Kanton oder eine Gemeinde Subventionen ausschüttet, so darf sich die Subvention gemäss BGBM nicht als diskriminierende Marktzugangsbeschränkung auswirken, was von den zitierten Lehrmeinungen übersehen wird. Diese juristischen Meinungen stellen zudem auf die Hinweise in den Botschaftstexten zum BGBM ab und erfolgen weniger mit Blick auf die geltende Verfassungsrechtsbestimmung in Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV. Die Lehrmeinungen überzeugen auch weniger, da sie den in dieser Stellungnahme in Rz 20 und Rz 21 geäusserten Bedenken nicht genügend Rechnung tragen.

26. In der **Praxis** treten gelegentlich Fragestellungen der Anwendung des BGBM in Bezug auf die Ausrichtung von Unterstützungsleistungen auf. Rechtsprechung durch die Gerichte dazu ist allerdings nicht ersichtlich. Die WEKO verfasste auf Anfrage der Stadt Genf eine Empfehlung vom 2. Oktober 2017 zur Ausgestaltung einer Schulzulage. Die WEKO bejahte in dieser Empfehlung mit Blick auf die verschiedenen Lehrmeinungen und die gesetzlichen Zielsetzungen die Anwendung des BGBM, da sich die Schulzulage aufgrund ihrer Ausgestaltung als geografische Beschränkung des Marktzugangs und damit als Diskriminierung **ausgewirkt** hätte.<sup>33</sup>

27. Als **Zwischenfazit** gelangt die WEKO zur Einschätzung, dass insbesondere mit Blick auf die Zielsetzungen des Binnenmarktgesetzes und im Lichte einer möglichst verfassungskonformen Auslegung das BGBM auf die Auswirkungen einer fehlenden Ausrichtung von Erträgen aus Kurtaxen zur Anwendung gelangt. Die verschiedenen Auslegungsmethoden, insbesondere die sprachlichen und historischen Methoden führen zu keinem ein-

deutigen Ergebnis. Hauptsächlich aufgrund einer möglichst **verfassungskonformen** Auslegung der geltenden Bundesverfassung sowie in **teleologischer** Hinsicht mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Zielsetzungen ist eine Anwendung des BGBM vorliegend zu bejahen. Die gegenteiligen Schlussfolgerungen des in diesem Punkt eher summarisch begründeten Urteils vom 7. Mai 2021 des Kantonsgerichts Wallis (E. 1.4.4.2) greifen aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu kurz.

### C.3 Geltungsbereich des BGBM

28. An dieser Stelle ist in Bezug auf Art. 1 BGBM auch die Frage des Geltungsbereichs des BGBM hinsichtlich A. AG zu beantworten. Der **persönliche Geltungsbereich** des Binnenmarktgesetzes umfasst in erster Linie die in Art. 1 Abs. 1 BGBM genannten Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz. Die A. AG ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz. Als schweizerische juristische Person fällt A. AG damit in den Geltungsbereich des BGBM.<sup>34</sup> Zu präzisieren ist, dass die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 BGBM ein interkantonales Element voraussetzt, das heisst, dass im Kanton ortsansässige Personen sich grundsätzlich nicht auf die Marktzugangsrechte des BGBM berufen können.<sup>35</sup> A. AG verlegte ihren Sitz von Cham (Kanton Zug) per Ende Februar 2018 nach U.<sup>36</sup> Bis zu dieser Sitzverlegung fällt A. AG damit definitiv in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und kann sich auch auf die im BGBM enthaltenen Marktzugangsrechte berufen. Nach der Sitzverlegung wäre eine Anwendung von Art. 2 Abs. 4 BGBM zu prüfen, wonach eine Tätigkeit nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung ausgeübt werden kann, auch wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird (vorbehaltlich von Art. 3 BGBM). Die der WEKO vorliegenden Akten erlauben bezüglich der Anwendung von Art. 2 Abs. 4 BGBM keine definitive Beurteilung, da die effektiven Tätigkeiten von A. AG nicht genügend dokumentiert und belegt sind.

29. Der **sachliche Geltungsbereich** des BGBM umfasst jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Der statutarische Zweck von A. AG beinhaltet unter anderem den Betrieb von Unternehmen in der Restaurations- und Hotelbranche sowie

<sup>27</sup> Vgl. auch Memorandum an die Konferenz der Kantonsregierungen, Beihilfenkontrolle im Verhältnis Schweiz/EU, erstellt von Prager Dreifuss AG, 30.9.2017, Rz 35, <[https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten\\_staetliche\\_Beihilfen-Prager-Dreifuss.pdf](https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_staetliche_Beihilfen-Prager-Dreifuss.pdf)> (28.9.2021).

<sup>28</sup> YLBER HASANI, Die Beihilfenkontrolle in der Europäischen Union, Ein Rechtsvergleich mit der Schweiz unter Berücksichtigung des Entwurfs zum Institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, Jusletter vom 29.4.2019, Rz 22.

<sup>29</sup> Vgl. Fn 11 und 16.

<sup>30</sup> MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/ Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 1 LMI N 37 ff.

<sup>31</sup> LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, 2016, 100.

<sup>32</sup> RAINER J. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1994, 739 ff., 741.

<sup>33</sup> RPW 2017/3, 513 Rz 27.

<sup>34</sup> BGE 131 I 223 E.1.1.

<sup>35</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 12), Rz 186.

die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. A. AG ist offenbar in diesen Bereichen auch tätig. Damit scheint ohne Weiteres eine Erwerbstätigkeit im Sinne des BGBM vorzuliegen; eine Ausnahme aufgrund hoheitlicher Tätigkeit besteht nicht.

30. A. AG befand sich zumindest im Geltungsbereich des BGBM, solange sie ihren Sitz im Kanton Zug hatte. Damit kommen auch die in Art. 9 BGBM enthaltenen Rechtsschutzgarantien zur Anwendung.

#### C.4 Freier und diskriminierungsfreier Marktzugang gemäss BGBM

31. Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM). Der Anspruch auf freien Marktzugang wird in Art. 2 Abs. 3 und Abs. 4 BGBM durch das sogenannte **Herkunftsprinzip** konkretisiert.<sup>37</sup> In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit konkretisiert Art. 2 Abs. 3 BGBM, dass jede Person das Recht hat, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten.

32. Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individualrechtlichen Anspruch auf **freien Marktzugang**.<sup>38</sup> Erwerbstätige können sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf einen freien und diskriminierungsfreien Marktzugang berufen, um ihre Tätigkeit auszuüben, wenn sie am Herkunftsort zu deren Ausübung berechtigt sind.<sup>39</sup> Die Erwähnung der Diskriminierungsfreiheit des freien Marktzugangs ist kein Zufall. Der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist bereits in der in Art. 1 Abs. 1 BGBM bestehenden Begrifflichkeit des gleichberechtigten Zugangs zum Markt enthalten.<sup>40</sup> Der Grundsatz der **Nichtdiskriminierung** ist im BGBM insbesondere in der Bestimmung über die Beschränkung des Marktzuganges (Art. 3 BGBM) explizit verankert.<sup>41</sup>

33. Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie: (a.) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten; (b.) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und (c.) verhältnismässig sind. Indem Bst. a dieser Bestimmung eine gleichermassen Geltung von Beschränkungen für Ortsansässige statuiert, ist somit auch in dieser Norm ein grundsätzliches **Diskriminierungsverbot** von Ortsfremden enthalten. Art. 3 BGBM enthält im Ergebnis ein Verbot formeller Diskriminierungen; jede öffentliche Handlung, die eine Ungleichbehandlung zwischen den lokalen und den anderen Anbieterinnen schafft, ist stets unzulässig.<sup>42</sup>

34. **Art. 3 Abs. 3 BGBM** sieht sodann vor, dass Beschränkungen in keinem Fall eine verdeckte Marktzugangsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten dürfen. Art. 3 Abs. 3 BGBM schützt ortsfremde Anbieterinnen sowohl vor formeller als auch materieller Diskriminierung.<sup>43</sup> Damit enthält Art. 3 Abs. 3 BGBM ebenfalls ein Diskriminierungsver-

bot. Es darf bei der Auswahl der Subventionsempfänger nicht auf die Herkunft als Kriterium abgestellt werden (Verbot der direkten Diskriminierung) und Subventionen dürfen sich nicht als verdeckte Marktzugangsschranken zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen auswirken (Verbot der indirekten Diskriminierung und Protektionismusverbot).<sup>44</sup> Die WEKO kam auch in ihrer Empfehlung zu den Genfer Schulzulagen unter anderem aufgrund protektionistisch motivierter Voten im Genfer Stadtparlament zum Schluss, dass die geplante Einführung der Schulzulagen einen Verstoss gegen Art. 3 Abs. 3 BGBM dargestellt hätte.<sup>45</sup>

35. Eine Beurteilung unter Bezugnahme auf den vorliegenden Fall führt mit Blick auf die bestehende Praxis und unter einer Auslegung des Rechts auf Marktzugang gemäss BGBM zu folgendem Schluss: Falls die Erträge aus den erhobenen Kurtaxen einzig an ortsansässige Unternehmen ausgerichtet werden, stellt dies eine **Ungleichbehandlung** ortsfremder Anbieterinnen dar, die dem binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbot und damit dem Recht auf Marktzugang widersprechen. Ob vorliegend tatsächlich ein **Verstoss** gegen das Recht auf einen freien Marktzugang, respektive eine unter dem Blickwinkel des Binnenmarktgesetzes unzulässige Diskriminierung vorlag, lässt sich aufgrund der der WEKO vorliegenden Unterlagen allerdings **nicht** abschliessend beurteilen. Aus den verfügbaren Akten ist nicht gesichert ersichtlich, an welche Begünstigten und nach welchen Kriterien (insbesondere der Ortsansässigkeit) Kurtaxenerträge effektiv ausbezahlt wurden. Diese Beurteilung kann im Lichte der vorstehenden Ausführungen aber ohne Weiteres einer gerichtlichen Beurteilung überlassen werden.

36. Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass das Recht auf freien Marktzugang im Sinne des Binnenmarktgesetzes eine Diskriminierung von ortsfremden Anbieterinnen bei der Verwendung von Kurtaxenerträgen nicht zulässt. Ob in diesem Fall ein solcher Verstoss gegen das BGBM vorlag, lässt sich aufgrund der vorliegenden Akten nicht abschliessend beurteilen.

#### D Schlussfolgerungen

Zusammenfassend gelangt die Wettbewerbskommission zu folgenden Ergebnissen:

- Das Binnenmarktgesetz ist auf die Weigerung der Gemeinde U. anzuwenden, der A. AG keine Erträge aus Kurtaxen auszurichten, zumindest solange die A. AG ihren Sitz im Kanton Zug hatte.

<sup>36</sup> SHAB Publ. Nr. 4089253 vom 2.3.2018.

<sup>37</sup> Zum Herkunftsprinzip: BGE 135 II 12 E. 2.1; BGer, 2C\_57/2011 vom 3.5.2011 E. 3.2.; BGer, 2C\_844/2008 vom 15.05.2009 E. 3.1.

<sup>38</sup> OESCH/RENFER (Fn 13), Art. 2 BGBM N 1 f.; Diebold, Freizügigkeit (Fn 12), Rz 1211 ff.

<sup>39</sup> BGE 141 II 280 E. 5.3.

<sup>40</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 12), Rz 442.

<sup>41</sup> HERREN (Fn 21), 228.

<sup>42</sup> BIANCHI DELLA PORTA (Fn 29), Art. 3 LMI N 7.

<sup>43</sup> THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Epiney/Gammthaler/Hochreutener (Hrsg.), 2008, 93 ff., 103 f.

<sup>44</sup> DIEBOLD, Eingriffsdogmatik (Fn 23), 222.

<sup>45</sup> RPW 2017/3, 513 Rz 33 f.

- 
- Wenn die Gemeinde U. Erträge aus Kurtaxen nur an Ortsansässige ausrichtet, diskriminiert sie unter Umständen Ortsfremde in einer Weise, die dem binnenmarkt-gesetzlichen Recht auf freien, diskriminierungsfreien und gleichberechtigten Marktzugang widerspricht. Eine abschliessende rechtliche Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Akten nicht möglich.
-

B 2.8

## 2. Expertise du 5 juin 2023 concernant la licéité de l'interdiction du plastique à usage unique dans la législation cantonale genevoise

*Expertise du 5 juin 2023 au sens de l'art. 10 al. 1 LMI concernant la licéité de l'interdiction du plastique à usage unique dans la législation cantonale genevoise, à l'attention de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV)*

### 1 Etat de fait

1. Par courrier du 3 mars 2023, l'Office fédéral de l'environnement (ci-après: OFEV) a requis de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO) une évaluation de la compatibilité à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02) du nouvel article 16 alinéa 2 lettres a et b de la Loi sur les déchets du 2 septembre 2022 de la République et canton de Genève (LDéchets)<sup>1</sup>, qui prévoit que « toute utilisation, mise à disposition ou vente de produits en plastique à usage unique est interdite: par les restaurants, les services de petite restauration à l'emporter, les cantines d'entreprises, les services de livraison de repas, les services de restauration pour les clientes et clients des hôtels et les commerces de détail pour la nourriture prête à consommer et lors de manifestations publiques ».

2. Ce faisant, cet article de la LDéchets se fonde sur la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE; RS 814.01), en particulier sur son article 65 alinéa 1.

3. D'après l'OFEV, les tentatives purement intracantonales d'interdire certains produits à usage unique ont jusque-là été rejetées par l'OFEV, qui se fondait aussi sur un courrier électronique du Secrétariat de la COMCO<sup>2</sup>. En effet, selon l'interprétation de l'OFEV, l'interdiction de la mise sur le marché de plastique à usage unique exclusivement dans un canton alors que sa mise sur le marché serait autorisée dans au moins un autre canton contreviendrait à l'article 2 alinéa 3 2<sup>e</sup> phrase LMI.

4. L'OFEV considère toutefois que la restriction mise en place par le nouvel article 16 alinéa 2 LDéchets satisfait aux exigences de l'article 3 alinéa 1 LMI et ne contrevient dès lors pas à la LMI. Ce faisant, l'OFEV se fonde notamment sur un avis de droit du 2 septembre 2022 rédigé par ALEXANDRE FLÜCKIGER<sup>3</sup> et CAMILLE VALLIER<sup>4</sup> à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève.

5. L'OFEV et le Secrétariat de la COMCO ont convenu que la présente expertise serait transmise à l'OFEV après traitement par la COMCO lors de la séance du 5 juin 2023.

### 2 Compétence de la COMCO

6. La COMCO est compétente pour la surveillance du respect de la loi sur le marché intérieur par la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). La

surveillance de l'exécution de la loi sur le marché intérieur incombe donc à la COMCO. En tant qu'autorité de surveillance de la loi sur le marché intérieur, il appartient notamment à la COMCO de se prononcer sur les questions d'application de ladite loi<sup>5</sup>.

7. Selon l'article 10 alinéa 1 LMI, la COMCO peut établir des expertises sur l'application de la LMI à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires. En l'occurrence, la question posée par l'OFEV constitue bien une question de droit concernant l'application de la loi sur le marché intérieur. S'agissant des faits, l'expertise se base principalement sur les documents mis à disposition par l'OFEV.

8. La demande d'expertise émane de l'OFEV, soit d'une autorité administrative fédérale. La COMCO est ainsi compétente pour répondre aux questions posées sous la forme d'une expertise au sens de l'article 10 alinéa 1 LMI.

### 3 Relation entre la LMI et la LPE

9. La question centrale de la demande d'expertise de l'OFEV est de savoir si la LDéchets est conforme à la LMI. Afin d'y répondre, il convient de vérifier d'abord que la LMI s'applique, en examinant notamment l'interaction entre la LMI et la LPE, sur laquelle les articles pertinents de la LDéchets se fondent, avant d'apprécier plus en détail le traitement de cette interdiction sous l'angle du droit du marché intérieur.

10. La LMI a pour but de garantir à toute personne physique ou morale ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

<sup>1</sup> Cette disposition devrait entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2025.

<sup>2</sup> Il y a lieu de noter ici que le courrier électronique en question, informel et émis par le Secrétariat de la Commission de la concurrence et non par la COMCO, se fondait sur une analyse sommaire et abstraite. De plus, il réservait explicitement la possibilité qu'une restriction à l'accès au marché soit justifiée conformément à l'article 3 LMI.

<sup>3</sup> Professeur à la Faculté de droit et Directeur du Département de droit public de l'Université de Genève.

<sup>4</sup> Chargée de cours et chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>5</sup> THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum Europarecht, vol. 13, p. 93 ss., 109.

11. La loi sur la protection de l'environnement a quant à elle pour but de protéger les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol (art. 1 al. 1 LPE). Elle prévoit notamment que la production de déchets doit être limitée dans la mesure du possible (art. 30 al. 1 LPE) et que le Conseil fédéral peut interdire la mise dans le commerce de produits destinés à un usage unique et de courte durée, si les avantages liés à cet usage ne justifient pas les atteintes à l'environnement qu'il entraîne (art. 30a let. a LPE). Tant que le Conseil fédéral n'a pas fait expressément usage de sa compétence d'édicter des ordonnances – ce qui n'est effectivement pas encore le cas –, les cantons peuvent, après en avoir référé au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, édicter leurs propres prescriptions dans les limites de la LPE (art. 65 al. 1 LPE)<sup>6</sup>.

12. La LPE ne contient pas de disposition concernant l'accès au marché. Par ailleurs, ni la LMI, ni la LPE ne traitent de la relation entre ces deux lois, qui ne prévoient pas non plus l'exclusion de l'application de la LMI aux législations cantonales, notamment fondées sur l'article 65 alinéa 1 LPE.

13. Le Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur<sup>7</sup> ne contient aucune information concernant la relation entre cette loi et la LPE, qui lui est antérieure.

14. Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a traité d'un recours portant sur la question de l'obligation, à titre de charge pour une autorisation de tenir un stand sur un marché bernois, d'utiliser exclusivement de la vaisselle réutilisable<sup>8</sup>. Il n'y est toutefois pas fait mention de la loi sur le marché intérieur.

15. A l'instar des auteurs de l'avis de droit produit par le Département du territoire de la République et canton de Genève, les quelques auteurs ayant traité la question soutiennent l'application de la LMI, ceux ayant poussé l'analyse concluant également à la justification de l'éventuelle restriction de l'accès au marché que constituerait une interdiction du plastique à usage unique par un canton en application de l'article 65 LPE<sup>9</sup>.

16. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la LPE n'exclut ni ne prime la LMI.

#### 4 Application de la LMI à la LDéchets

17. A titre liminaire, il est relevé qu'en vertu de l'article 49 alinéa 1 de la Constitution fédérale, la loi sur le marché intérieur, en tant que droit fédéral, prime le droit cantonal, dont la LDéchets. Ainsi, dans un cas d'application tombant dans le champ d'application de la LMI, cette dernière, en tant que droit fédéral, primerait sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets comme droit cantonal, le rendant inapplicable dans la mesure où il s'écarte de la LMI. Par ailleurs, la LMI s'applique aux activités lucratives, soit les activités non régaliennes ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI).

18. Il découle de la LMI que les offreurs externes ont le droit, prévu à l'article 2 alinéa 1 LMI, notamment d'offrir

des marchandises sur l'ensemble du territoire suisse. Sont ainsi couverts les états de fait **intercantonaux**, soit lorsqu'une personne offre des marchandises ou des services dans un canton autre que celui où elle a son siège ou son établissement<sup>10</sup>. Sont à cet égard déterminantes les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement (« principe du lieu de provenance », art. 2 al. 3 LMI).

19. En l'espèce, les activités concernées par l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets, soit l'utilisation, la mise à disposition ou la vente de plastique à usage unique par les restaurants, services de petite restauration à emporter, cantines d'entreprises, services de livraisons de repas, services de restauration pour clientèle d'hôtels et les commerces de détails pour la nourriture prête à consommer, ne sont évidemment pas des activités régaliennes et constituent – sous réserve des distributions gratuites de nourriture (par exemple par des associations caritatives) qui échappent ainsi à la LMI – **des activités commerciales** ayant pour but la réalisation d'un gain.

20. Ainsi, et toujours sous réserve d'exceptions telles que la distribution gratuite de nourriture par des associations, l'article 16 alinéa 2 LDéchets tombe en principe dans le champ d'application de la loi sur le marché intérieur.

21. Dans la mesure où elle s'applique à des offreurs locaux (comme par exemple un restaurant ayant son siège sur le territoire du canton de Genève), l'article 16 LDéchets ne soulève pas de problème particulier sous l'angle de la loi sur le marché intérieur. Toutefois, cet article s'appliquerait également à d'éventuels **offreurs externes** (par exemple un stand vaudois de nourriture prête à consommer pour une manifestation publique), soit un état de fait intercantonal couvert par la LMI.

22. Ainsi, la LMI s'applique à l'interdiction du plastique à usage unique contenue dans l'article 16 alinéa 2 LDéchets, dans la mesure où elle interdit l'utilisation sur son territoire, à des offreurs externes, du plastique à usage unique dans le contexte d'une activité commerciale.

#### 5 Principe du lieu de provenance selon la LMI

23. Comme indiqué précédemment (N 18 ci-dessus), l'article 2 alinéa 1 LMI confère à toute personne physique ou morale ayant son siège ou son établissement en Suisse le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Dans ce contexte,

<sup>6</sup> C'est précisément dans ce contexte qu'intervient la nouvelle loi genevoise sur les déchets.

<sup>7</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), FF 1994, 1193 ss.

<sup>8</sup> TF, 2C\_61/2012 du 2.6.2012.

<sup>9</sup> DUNIA BRUNNER, Vers une économie circulaire des emballages de boissons en verre en Suisse – limites et apports du cadre réglementaire, DEP 2020, p. 685, 702 s; HANS STUTZ, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, p. 245, 265 s.

<sup>10</sup> MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, in: OFK/Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2e éd. 2021, art. 2 LMI N 2.

l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement, et toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut en principe être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse (art. 2 al. 3 LMI). Enfin, le droit d'accès au marché permet également à toute personne exerçant une activité lucrative légale de s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement (art. 2 al. 4 LMI).

24. Ce droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance est fondé sur la présomption (réfragable) selon laquelle les réglementations cantonales ou communales relatives à l'accès au marché sont équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). Cette présomption n'est toutefois pas absolue et il convient, dans l'analyse d'une potentielle restriction de l'accès au marché, de vérifier en premier lieu si elle peut être renversée: si la (nouvelle) réglementation au lieu de destination est équivalente à celle du lieu d'origine, une restriction à l'accès au marché ne peut être justifiée<sup>11</sup>.

25. Si la présomption d'équivalence est renversée, l'autorité du lieu de destination peut, sur la base de l'article 3 alinéa 1 LMI, **restreindre l'accès au marché des offreurs externes** au moyen de charges ou de conditions, pour autant que (a) les restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux; (b) elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et (c) elles répondent au principe de la proportionnalité, ces trois conditions devant être remplies cumulativement. La condition du respect du principe de la proportionnalité n'est notamment pas remplie lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance, que les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants, que le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ou encore lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3 al. 2 LMI).

26. Les restrictions visées par l'article 3 alinéa 1 LMI ne doivent en outre en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI). Enfin, les décisions relatives aux restrictions de l'accès au marché doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

## 6 Application à l'article 16 LDéchets

### 6.1 Restriction de l'accès au marché

27. Une restriction à l'accès au marché au sens de la LMI peut se traduire par une impossibilité pour l'offreur externe de proposer ses marchandises, services ou prestations, mais aussi par une difficulté ou une gêne dans l'exercice de son activité lucrative, cette gêne étant le résultat d'une adaptation aux exigences de la réglementation du lieu de destination et pouvant se traduire par des frais supplémentaires ou d'autres obstacles<sup>12</sup>.

28. Dans le cas d'espèce, l'article 16 alinéa 2 lettres a et b LDéchets interdit toute utilisation, mise à disposition ou vente de produits en plastique à usage unique par les restaurants, les services de petite restauration à l'emporter, les cantines d'entreprises, les services de livraison de repas, les services de restauration pour les clientes et clients des hôtels et les commerces de détail pour la nourriture prête à consommer et lors de manifestations publiques.

29. De par sa lettre, cet article s'appliquerait notamment aussi aux éventuelles entreprises ayant leur siège dans d'autres cantons que celui de Genève (soit des **offeurs externes**), mais y vendant du plastique à usage unique. Il en va ainsi principalement d'une part de producteurs et/ou revendeurs de plastique à usage unique, qui se verraient restreints dans leur clientèle potentielle, d'autre part d'entreprises actives dans la restauration au sens large qui ne pourraient notamment plus utiliser d'emballages en plastique à usage unique, telles que des entreprises vaudoises qui tiendraient des stands de restauration lors de manifestations publiques ayant lieu sur le territoire de la République et canton de Genève, des services de traiteur ayant leur siège dans le canton de Vaud ou d'une succursale genevoise d'un restaurant vaudois. L'interdiction prévue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets peut donc constituer une restriction de l'accès au marché selon la LMI pour des offreurs externes. En raison du caractère abstrait de l'article 16 alinéa 2 LDéchets, il est difficile voire impossible d'établir une liste exhaustive des offreurs externes qu'elle pourrait concerner. Toutefois, en ce qui concerne les vendeurs de nourriture (au sens large: restaurants, stands dans les manifestations, commerces de détail, etc.) qui sont touchés en première ligne par cet article, l'analyse qui suit n'en est pas impactée (notamment du fait qu'ils disposent *a priori* tous des mêmes alternatives).

30. De telles entreprises, en tant qu'offreuses externes, bénéficient selon l'article 2 alinéas 1, 3 et 4 LMI, d'un **droit à l'accès au marché**. A noter que l'article 2 alinéa 3 LMI se réfère explicitement à l'offre de marchandises comme dans la restauration, visée par l'article 16 alinéa 2 LDéchets. L'article 2 alinéa 4 LMI prévoit quant à lui le droit d'exercer une activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu de provenance, de telle sorte qu'un offreur extracantonal pourrait se référer également à cette disposition pour se défendre contre une interdiction fondée sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets. Il faut en conclure que, si un offreur externe peut utiliser ou vendre de la vaisselle jetable en plastique sur son lieu de provenance, il peut en principe également le faire sur le territoire de la République et canton de Genève en se fondant sur la LMI.

<sup>11</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENFER (n. 10), art. 2 LMI N 4; Nicolas Diebold, in: SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Cottier/Oesch (éd.), 3e éd. 2020, vol. 11 N 39.

<sup>12</sup> MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2e éd. 2012, art. 2 I-VI LMI N 21 s.

31. Or, les acteurs de la restauration susmentionnés ne pourraient par exemple pas utiliser de vaisselle à usage unique et se verraient ainsi restreints (gênés) dans leur accès au marché. Il en va de même pour d'éventuels producteurs (ou revendeurs) de telles vaisselles en plastique à usage unique ayant leurs sièges dans d'autres cantons, qui se verraient alors restreints dans leur possibilité de vendre ce produit dans le canton de Genève (étant précisé que ces plastiques sont toutefois produits en immense majorité à l'étranger, principalement en Asie<sup>13</sup>).

32. A cela s'ajoute que le plastique à usage unique mis en circulation dans d'autres cantons que celui de Genève verrait son utilisation interdite sur le territoire de la République et canton de Genève, d'une manière contraire à l'article 2 alinéa 3 LMI.

33. Il y a dès lors lieu de retenir, à l'instar de l'OFEV et du Département du territoire de la République et canton de Genève, que l'article 16 alinéa 2 lettres a et b LDéchets pourrait constituer une restriction à l'accès au marché au sens de la loi sur le marché intérieur, dans la mesure où il s'applique à des offreurs externes tels que ceux décrits au N 29, ayant un droit d'accès au marché au sens de l'article 2 alinéas 1, 3 et 4 LMI.

34. Comme indiqué ci-dessus (cf. N 24), il convient aussi d'analyser s'il existe une équivalence (art. 2 al. 5 LMI) entre la nouvelle réglementation genevoise et celles des potentiels lieux de provenance. A ce titre, l'OFEV relève que le Canton de Genève est le premier à introduire une telle interdiction du plastique à usage unique<sup>14</sup>. Certaines interdictions spécifiques, souvent sous la forme d'une obligation d'utiliser de la vaisselle réutilisable, sont prévues dans divers cantons ou communes en lien avec la tenue de manifestations (c'est le cas notamment des cantons de Berne<sup>15</sup>, du Jura<sup>16</sup> et de Neuchâtel<sup>17</sup>) mais aucune interdiction générale en lien avec la restauration au sens large n'est connue. Partant, il convient de retenir qu'il n'existe, sous réserve de ces quelques exemples, pas d'équivalence entre la nouvelle réglementation prévue par la LDéchets et celles des potentiels lieux d'origine. De façon générale, la présomption d'équivalence des réglementations cantonales d'accès au marché pourrait donc être renversée, laissant place à une éventuelle justification d'une restriction sous l'angle de l'article 3 LMI.

## 6.2 Justification selon l'article 3 LMI

### 6.2.1 Propos liminaire

35. L'appréciation d'une norme générale et abstraite telle que l'article 16 alinéa 2 LDéchets sous l'angle de la loi sur le marché intérieur est un exercice difficilement possible, en particulier en ce qui concerne la justification de la restriction du droit à l'accès au marché qu'elle constitue, cette justification dépendant en grande partie des circonstances concrètes. Or, on ne peut imaginer *a priori* tous les potentiels cas qui pourraient se présenter en application de cette norme et, par conséquent, en juger la compatibilité à la loi sur le marché intérieur. Cet examen selon l'article 3 LMI devra en principe être effectué lors de chaque cas d'application, à la lumière de ses spécificités. Ce faisant, il convient de rappeler que les exigences lors de l'appréciation d'une éventuelle justifi-

cation sont élevées en ce qui concerne les aspects centraux de la LMI<sup>18</sup>.

36. Par conséquent, les développements qui suivent représentent une appréciation générale de l'article 16 alinéa 2 LDéchets, et il ne peut pas être exclu que l'analyse d'un cas d'application de cette norme puisse conduire à un résultat différent. À noter aussi que c'est au lieu de destination, donc au Canton de Genève, de démontrer les circonstances permettant de justifier une restriction à la liberté d'accès au marché sous l'angle de l'article 3 LMI, en particulier en ce qui concerne la nature indispensable à la préservation d'un intérêt public prépondérant (cf. section 6.2.3) ainsi que la proportionnalité (en particulier l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit; cf. section 6.2.4) de la mesure concernée.

### 6.2.2 Application aux offreurs locaux

37. Cette condition, prévue à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI, contient une **interdiction des inégalités de traitement directes**, soit une interdiction des restrictions de l'accès au marché ne s'appliquant qu'aux offreurs externes<sup>19</sup>. Il en découle qu'une restriction à l'accès au marché doit s'appliquer de la même manière aux offreurs locaux qu'aux offreurs externes.

38. En l'espèce, la LDéchets contient une interdiction générale des plastiques à usage unique pour certains acteurs, peu importe leur canton de provenance, qui s'applique de la même façon aux offreurs du Canton de Genève. L'article 16 alinéa 2 LDéchets ne constitue donc pas une inégalité de traitement directe et respecte ainsi l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI.

### 6.2.3 Indispensabilité pour la préservation d'intérêts publics prépondérants

39. Selon l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI, les restrictions à l'accès au marché doivent être **indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants**. Cette condition suppose non seulement l'existence d'intérêts publics prépondérants, mais également que la mesure en question soit nécessaire à la sauvegarde de tels intérêts; sur ce dernier point, la lettre b et la lettre c (respect du principe de proportionnalité) ne se distinguent pas entièrement<sup>20</sup>. Suivant l'ordre alphabétique de l'article 3 alinéa 1 LMI, la condition de l'indispensabilité de la lettre b est examinée dans ce chapitre de l'expertise, même si certains aspects touchent également l'examen de proportionnalité, traité sous 6.2.4 ci-dessous.

<sup>13</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 14 s.

<sup>14</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 1.

<sup>15</sup> Article 17a alinéa 1 de l'Ordonnance cantonale du 13 avril 1994 sur l'hôtellerie et la restauration (RS/BE 935.11).

<sup>16</sup> Article 19 de la Loi cantonale du 9 décembre 2020 sur les déchets et les sites pollués du 9 décembre 2020 (RS/JU 814.015).

<sup>17</sup> Article 2 de la loi cantonale du 25 mars 1996 sur l'utilisation du domaine public (RS/NE 727.0).

<sup>18</sup> ATF 125 I 474 consid. 3; ATF 128 I 295 consid. 4c/cc).

<sup>19</sup> Par opposition aux inégalités de traitement indirectes, qui découlent des effets de la restriction en question; SBVR Allgemeines Ausserwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 111.

<sup>20</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-Oesch/Renfer (n. 10), art. 3 LMI N 4, où l'absence d'effets de cet amalgame en pratique est également soulignée. Cf. également CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 33 ss.

40. En l'espèce, l'objectif poursuivi par le nouvel article 16 alinéa 2 LDéchets est évidemment la protection de l'environnement, ce qui est en tout état confirmé par l'exposé des motifs du Conseil d'Etat genevois à l'appui du projet de cette loi<sup>21</sup>.

41. La **protection de l'environnement** est prévue tant dans la Constitution fédérale (art. 74) que genevoise (art. 19 et 157). En ce qui concerne en particulier les déchets, la Constitution genevoise prévoit que l'Etat met en œuvre une politique de réduction à la source des déchets, particulièrement ceux qui sont les plus dommageables pour l'environnement (art. 161 al. 2).

42. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève relèvent également à juste titre que la protection de l'environnement revêt une importance croissante dans le droit international, y compris dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (RS 0.632.21), qui contient à son article XX une norme similaire à l'article 3 LMI, permettant l'adoption ou l'application par les parties contractantes à cet accord de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (let. b)<sup>22</sup>.

43. Dans le même sens, la protection de l'environnement, de même que la protection de la santé et de la vie des animaux et des plantes, figuraient dans la liste exemplative d'intérêts publics prépondérants prévue à l'ancien article 3 alinéa 2 LMI<sup>23</sup>.

44. En ce qui concerne plus particulièrement le « **littering** », soit l'action consistant à abandonner ou à jeter négligemment de petites quantités de déchets urbains sur la voie publique sans utiliser les poubelles ou les postes de collecte prévus à cet effet, il est relevé qu'environ **18'500 tonnes** de produits en **plastique** en font l'objet annuellement en Suisse, dont environ 2'700 tonnes finissent dans les sols et les eaux de surface<sup>24</sup>. Si le « **littering** » ne concerne pas que les déchets en plastique, cette matière est la plus problématique, d'une part compte tenu des quantités concernées, puisque 86 % des déchets collectés sur les berges des lacs et cours d'eau suisses sont en plastique<sup>25</sup>, et d'autre part en raison du temps extrêmement long nécessaire à la dégradation du plastique – y compris des plastiques biodégradables ou oxo-dégradables – dans la nature<sup>26</sup>. Dans sa demande d'expertise, l'OFEV relève également la durée de vie courte et la faible utilité des plastiques à usage unique par rapport à leur charge environnementale, notamment concernant l'énergie et les ressources nécessaires à leur fabrication<sup>27</sup>.

45. Le même rapport souligne la baisse de l'appréciation de la population à l'égard des matières plastiques, et en particulier en ce qui concerne le plastique à usage unique, alors que les préoccupations environnementales de la population augmentent<sup>28</sup>. Il est aussi relevé que les coûts de nettoyage imputables au « **littering** » se montent à environ CHF 200 millions<sup>29</sup>. La lutte contre le « **littering** » a de plus été reconnue comme intérêt public prépondérant dans la jurisprudence fédérale<sup>30</sup>.

46. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 soulignent également que la limitation des déchets est

imposée par les objectifs de développement durable prévus aux articles 2 alinéa 2 et 73 de la Constitution fédérale<sup>31</sup>. L'OFEV relève pour sa part l'augmentation du nombre d'interventions parlementaires allant dans le sens d'une diminution voire d'une interdiction des produits à usage uniques en plastique ainsi que l'opinion publique majoritairement favorable à des mesures juridiquement contraignantes en ce sens<sup>32</sup>.

47. Il faut ainsi retenir que la protection de l'environnement, et en particulier la lutte contre le « **littering** », plus spécifiquement en lien avec les déchets en plastique, constitue un intérêt public prépondérant selon l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI.

48. Par ailleurs, le rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022 sur les matières plastiques dans l'environnement contient une liste des mesures mises en œuvre par les cantons pour lutter contre le « **littering** ». Parmi celles-ci, ce rapport cite l'amélioration de l'infrastructure d'élimination des déchets dans l'espace public, la limitation de la vaisselle jetable lors de grands événements ou dans les stands de restauration installés dans l'espace public, les mesures de sensibilisation, l'introduction d'amendes pour le « **littering** », ainsi que des tables rondes sur les mesures contre les déchets sauvages, en relevant toutefois que les mesures en place ne sont pas suffisantes<sup>33</sup>. Dans les mesures supplémentaires, le rapport du Conseil fédéral susmentionné conseille en premier lieu de réduire la consommation de produits à courte durée de vie et d'augmenter la durée d'utilisation des produits, notamment en remplaçant les produits et les emballages par des matériaux favorables sur le plan écologique<sup>34</sup>. Le droit de l'Union Européenne contient d'ailleurs une interdiction similaire depuis déjà quelques années, motivée par les mêmes motifs<sup>35</sup>.

<sup>21</sup> Département du territoire de la République et canton de Genève, exposé des motifs du projet de loi sur les déchets, p. 26 ss.

<sup>22</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 7.

<sup>23</sup> FF 1994 1193, 1269. Cf. également à ce sujet CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 20.

<sup>24</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 17 s.

<sup>25</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 18.

<sup>26</sup> EBP, Le plastique dans l'environnement Suisse – Etat des connaissances sur les impacts environnementaux des plastiques (micro- et macroplastiques) sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), 2020, p. 45.

<sup>27</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 2.

<sup>28</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 8.

<sup>29</sup> Motion 19.4100 du 23 septembre 2019, « Lutter efficacement contre l'abandon de déchets ».

<sup>30</sup> TF, 2C\_61/2012 du 2.6.2012 consid. 3.2; TF, 2C\_875/2011 du 29.3.2012 consid. 2.3.1.

<sup>31</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 9.

<sup>32</sup> Demande d'expertise de l'OFEV, page 3.

<sup>33</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 39 et 52.

<sup>34</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 48.

<sup>35</sup> Article 5 de la Directive (UE) 2019/904 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juin 2019 relative à la réduction de l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement.



49. Sur la base des informations à disposition, il paraît ainsi plausible que l'interdiction du plastique à usage unique est indispensable à la préservation de l'intérêt public prépondérant qu'est la protection de l'environnement.

50. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'interdiction du plastique à usage unique prévue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets est couverte par un intérêt public prépondérant au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI et qu'il paraît plausible qu'une telle interdiction soit indispensable à la préservation dudit intérêt public sous l'angle de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI.

#### 6.2.4 Proportionnalité

51. La condition de la proportionnalité est prévue à l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI. Elle est complétée à l'alinéa 2 par un catalogue exemplatif de situations dans lesquelles le principe de la proportionnalité n'est pas respecté<sup>36</sup>. Ces situations seront analysées ci-après, avant de procéder à un examen des différents aspects de la proportionnalité: aptitude à atteindre le but visé – cette condition est en principe déjà couverte par l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI<sup>37</sup> –, nécessité et proportionnalité au sens étroit<sup>38</sup>. Lors de l'examen de la condition de la proportionnalité au sens de la LMI, l'accent doit être mis sur les échanges économiques intercantonaux, l'espace économique unifié suisse et le droit à la mobilité des offreurs<sup>39</sup>.

52. Le catalogue exemplatif de l'article 3 alinéa 2 LMI prévoit ainsi qu'une restriction à l'accès au marché ne répond pas au principe de proportionnalité lorsqu'une protection des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des **dispositions applicables au lieu de provenance** ou lorsqu'elle peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance (art. 3 al 2 let. a et d LMI).

53. Comme expliqué ci-dessus (cf. N 40 ss ci-dessus), l'intérêt public prépondérant poursuivi par l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets est la protection de l'environnement, en particulier en diminuant les risques de « littering » surtout avec des matières plastiques. Or, on ne voit pas quelles mesures prises dans d'autres cantons ou quelles activités exercées dans d'autres cantons permettraient d'éviter le risque que du plastique à usage unique vendu sur le territoire genevois soit jeté hors des poubelles prévues à cet effet. Les mêmes réflexions s'appliquent à d'éventuelles attestations de sécurité ou d'autres certificats, obtenus à son lieu de provenance, qui pourraient être produits par un offreur externe (cf. art. 3 al. 2 let. b LMI).

54. Une restriction à l'accès au marché n'est pas non plus proportionnée lorsque **le siège ou l'établissement au lieu de destination** est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 3 al. 2 let. c LMI). En l'espèce, la LDéchets ne contient pas de telle exigence.

55. En ce qui concerne les conditions de **l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit**, la première requiert qu'une mesure soit de nature à atteindre le but qu'elle vise<sup>40</sup>. Il a été démontré sous 6.2.3 ci-dessus que l'interdiction du plastique à usage

unique est une mesure apte à combattre le « littering » ou à tout le moins à en limiter les effets et, de manière plus générale, à protéger l'environnement (N 48 ci-dessus): le plastique à usage unique serait ainsi remplacé par d'autres matériaux à usage unique, ce qui reste peu favorable à l'environnement, mais moins néfaste que le plastique compte tenu de sa très lente dégradation, ou alors par des emballages réutilisables – cas échéant couplés à un système de consigne, ce qui semble être une solution particulièrement efficace d'un point de vue environnemental<sup>41</sup>. La condition de l'aptitude semble donc pouvoir être remplie, même si l'effet concret de l'interdiction du plastique à usage unique ne peut être établi avec certitude, sur la base des informations et connaissances à disposition.

56. Il convient ensuite de vérifier quelles sont les alternatives à cette interdiction permettant d'atteindre l'objectif de protection de l'environnement en diminuant le « littering » en lien avec le plastique (condition de la nécessité). D'après le Conseil fédéral (cf. N 48 ci-dessus), diverses mesures existent et ont été mises en œuvre par les cantons à ce jour: prévention, répression pénale contre le « littering »<sup>42</sup>, tables rondes, augmentation du dispositif d'élimination des déchets dans l'espace public. Toujours d'après le Conseil fédéral, ces mesures, moins incisives, ne sont pas suffisantes. Les quantités de plastiques relevées, soit environ 5 tonnes de plastique transitant par Genève dans le Rhône – dont environ un quart provient d'emballage en plastique<sup>43</sup> – semblent également aller dans ce sens. Ainsi, cette interdiction paraît pouvoir satisfaire également la condition de nécessité.

57. Enfin, l'interdiction du plastique à usage unique n'a *a priori* qu'un impact relativement faible sur l'activité économique des acteurs d'autres cantons que celui de Genève visés par l'article 16 alinéa 2 LDéchets et actifs dans la restauration au sens large: les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et Canton de Genève relèvent ainsi que les offreurs concernés restent libres dans leur choix parmi les diverses alternatives au plastique à usage unique<sup>44</sup>, telles que les vaisselles à usage unique en matériaux biodégradables, matériaux (même plastiques) réutilisables, cas échéant couplés à un système de consigne, que l'on retrouve depuis de nombreuses années dans le cadre de diverses manifestations (festivals, manifestations sportives, etc.)<sup>45</sup>.

<sup>36</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENER (n. 10), art. 3 LMI N 4.

<sup>37</sup> CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 41.

<sup>38</sup> OFK/Wettbewerbsrecht II-OESCH/RENER (n. 10), art. 3 LMI N 4.

<sup>39</sup> SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 114.

<sup>40</sup> CR CONCURRENCE-BIANCHI DELLA PORTA (n. 12), art. 3 LMI N 41.

<sup>41</sup> Matières plastiques dans l'environnement, rapport du Conseil fédéral du 23 septembre 2022, p. 48.

<sup>42</sup> Notamment à Genève, à l'article 11C de la loi pénale genevoise du 22 février 2022 (RS/GE E 4 05).

<sup>43</sup> Département du territoire de la République et canton de Genève, exposé des motifs du projet de loi sur les déchets, p. 26.

<sup>44</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 14.

<sup>45</sup> Ces alternatives sont également mentionnées par le Tribunal fédéral dans son arrêt 2C\_61/2012 du 2.6.2012, consid. 3.3.

58. En ce qui concerne d'éventuels producteurs ou revendeurs de plastique à usage unique, il n'existe certes pas d'alternatives, mais, comme relevé lors de l'examen de l'article 3 alinéa 1 lettre b LMI, l'interdiction du plastique à usage unique semble être indispensable, à teneur des informations à disposition, à la sauvegarde de l'intérêt public prépondérant de protection de l'environnement (cf. N 48 ci-dessus). En tout état, comme mentionné sous N 31 ci-dessus, la production du plastique à usage unique consommé en Suisse est effectuée pour l'essentiel hors de Suisse. Ainsi, l'interdiction du plastique à usage unique contenue à l'article 16 alinéa 2 LDéchets semble pouvoir également remplir la condition de la proportionnalité au sens étroit. Comme pour la condition de la nécessité, il ne peut toutefois être exclu a priori et de façon absolue que, dans un cas d'application concret, la condition de la proportionnalité au sens étroit ne soit pas respectée.

59. Les auteurs de l'avis de droit du 2 septembre 2022 relèvent également à juste titre que l'article 16 alinéa 2 LDéchets entrera en vigueur en principe le 1<sup>er</sup> janvier 2025 (soit un délai de plus de deux ans depuis l'approbation de la LDéchets par le parlement cantonal genevois) en vue notamment de laisser le temps aux acteurs concernés d'écouler leurs stocks de contenants plastiques<sup>46</sup>. Il reste néanmoins difficile, sur la base des informations à disposition et de manière générale et abstraite, d'estimer dans quelle mesure ce délai est suffisant, de même qu'il est difficile d'évaluer notamment la hauteur des investissements relatifs à l'introduction de la nouvelle LDéchets pour les acteurs concernés.

60. Enfin, il sied de relever que, dans son arrêt 2C\_61/2012 (déjà mentionné sous N 14 ci-dessus), le Tribunal fédéral a d'ailleurs également conclu que l'obligation pour un stand dans un marché de n'utiliser que de la vaisselle réutilisable satisfaisait à la condition de la proportionnalité au sens large, au vu notamment des alternatives au plastique à usage unique à disposition (consid. 3.3). Même s'il faut garder à l'esprit que le Tribunal fédéral a alors examiné la proportionnalité sous l'angle de l'article 36 Cst, dont la portée n'est pas identique à celle de l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI<sup>47</sup>, l'impact sur les aspects centraux de la LMI (espace économique unique, droit à la mobilité des offreurs, etc.) de l'interdiction reste très limité compte tenu d'une part des alternatives à disposition notamment des restaurateurs (ou revendeurs de vaisselle en plastique à usage unique) en provenance d'autres cantons et d'autre part du fait que le plastique est en grosse majorité produit hors de Suisse et affecte donc, pour ce qui est de la vente de plastique à usage unique par ses producteurs ou revendeurs, plutôt les échanges internationaux qu'intercantonaux (cf. N 31 ci-dessus).

61. Au vu de ce qui précède et sur la base des informations à disposition, la restriction à l'accès au marché que peut constituer l'interdiction du plastique à usage unique dans la LDéchets semble aussi pouvoir répondre au principe de proportionnalité prévu à l'article 3 alinéa 1 lettre c LMI en tenant compte que la question de la proportionnalité ne peut pas être évaluée de manière définitive et qu'il revient à la République et canton de Genève de justifier que les critères de l'article 3 alinéa 1 LMI sont remplis.

## 6.2.5 Autres conditions

62. L'article 3 alinéa 3 LMI contient une **interdiction des barrières déguisées** – contrairement aux inégalités de traitement « directes » visées à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI – à l'accès au marché en vue de favoriser les intérêts économiques locaux. Par ailleurs, les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une **procédure simple, rapide et gratuite** (art. 3 al. 4 LMI).

63. En l'espèce, on ne voit pas en quoi les restaurants, stands et autres commerces de détail genevois seraient avantagés par rapport à des offreurs externes dans le contexte de l'interdiction du plastique à usage unique. Il en va de même pour les éventuels producteurs de plastique à usage unique genevois et d'autres cantons. Il y a dès lors lieu de retenir que l'article 3 alinéa 3 LMI est respecté.

64. En l'absence d'informations sur la procédure cantonale permettant d'obtenir une décision fondée sur l'article 16 alinéa 2 LDéchets, une réserve est émise sur ce point.

## 7 Conclusion

65. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que la LMI est applicable à la LDéchets, et, de manière plus générale, à toute législation cantonale fondée sur l'article 65 alinéa 1 LPE. Lorsqu'il s'applique à des offreurs externes exerçant sur le territoire genevois, l'article 16 alinéa 2 LDéchets constitue une restriction à l'accès au marché au sens de la LMI. Sur la base des informations à disposition, la justification de cette restriction sous l'angle de l'article 3 LMI semble, de manière générale et en l'état, plausible dans les limites propres à l'évaluation d'une norme abstraite.

66. En effet, les cas d'application de cette norme devront être appréciés individuellement, à la lumière de leurs circonstances spécifiques. Partant, et même si la justification d'éventuelles restrictions à l'accès au marché que constituerait l'application de l'article 16 alinéa 2 LDéchets paraît plausible, il ne peut être exclu que, cela ne soit pas le cas dans certaines situations concrètes. Dans de tels cas, l'article 16 alinéa 2 LDéchets ne s'appliquerait pas, car la LMI, en tant que droit fédéral, prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.). Si un tel cas devait se présenter, la COMCO se réserve le droit d'interjeter recours (art. 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI). Il appartiendra de toute façon aux tribunaux compétents de rendre un jugement sur le fond: la COMCO peut établir des expertises ou des recommandations (art. 8 et 10 LMI), mais ne dispose pas de base légale pour appliquer directement la LMI.

<sup>46</sup> Avis de droit du 2 septembre 2022 à l'attention du Département du territoire de la République et canton de Genève, p. 15.

<sup>47</sup> SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (n. 11), vol. XI-DIEBOLD, N 114 et les explications au N 51 ci-dessus.

## B 3 Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale

|     |  |
|-----|--|
| B 3 | <b>1. Urteil vom 5. Juni 2023 - Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG (Verfügung vom 26. Juni 2019)</b> |
|-----|--|

*Urteil B-4596/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, in Sachen CA Auto Finance Suisse SA (vormals: FCA Capital Suisse SA), vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Untersuchung 22-0446 betreffend Leasing und Finanzierung von Fahrzeugen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 1 KG (Verfügung vom 26. Juni 2019).*

### Sachverhalt:

#### 1. Prozessvoraussetzungen

- 1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt
- 1.2 Beschwerdelegitimation
- 1.3 Übrige Eintretensvoraussetzungen

#### 2. Zweck und Geltungsbereich des Kartellgesetzes

#### 3. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

- 3.1 Vorbringen der Parteien
- 3.2 Untersuchungsgrundsatz, Beweispflicht und erforderliches Beweismass
- 3.3 Begründungspflicht

#### 4. Aufgrund der Vorakten erwiesener Sachverhalt

- 4.1 (Automobil-)Leasing im Allgemeinen
- 4.2 Im Bereich Automobilleasing tätige Unternehmen
- 4.3 Captive-Meetings
- 4.4 An den Captive-Meetings ausgetauschte Informationen
- 4.5 Monatlicher Austausch über Standard- und Sonderzinssätze
- 4.6 Halbjährlicher Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten
- 4.7 Weiterer bi- oder multilateraler Informationsaustausch
- 4.8 Fazit zum erwiesenen Sachverhalt und Aufbau der materiellen Prüfung

#### 5. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

- 5.1 Allgemeines
- 5.2 Abgestimmte Verhaltensweise

- 5.2.1 Allgemeines
- 5.2.2 Abstimmung
- 5.2.3 Marktverhalten bzw. Abstimmungserfolg
- 5.2.4 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten
- 5.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung
- 5.4 Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen
  - 5.4.1 Allgemeines
  - 5.4.2 Vorbringen zur Marktabgrenzung und den Marktverhältnissen
  - 5.4.3 Marktabgrenzung
  - 5.4.4 Marktverhältnisse
  - 5.4.5 Beweisanträge sowie Beweispflicht
- 5.5 Fazit

#### 6. Unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG

- 6.1 Allgemeines
- 6.2 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG
- 6.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung
- 6.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs
- 6.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen
- 6.6 Fazit

#### 7. Massnahmen

#### 8. Sanktionierung

#### 9. Sanktionsbemessung

- 9.1 Allgemeines
- 9.2 Basisbetrag
- 9.3 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses
- 9.4 Berücksichtigung der Dauer des Verstosses
- 9.5 Erschwerende Umstände
- 9.6 Mildernde Umstände

- 9.7 Konkreter Sanktionsbetrag
- 9.8 Maximalsanktion
- 9.9 Verhältnismässigkeitsprüfung

## 10. Fazit

### 11. Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht Sachverhalt:

#### A.

**A.a** Die Mercedes-Benz Financial Services Schweiz AG (nachfolgend: MBFS) erstattete am 27. November 2013 eine Selbstanzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat). Diese in Form einer mündlichen Protokollaussage eingereichte Selbstanzeige wurde am 19. Dezember 2013, 28. Januar 2014 und 4. März 2014 ergängt.

**A.b** Am 10. März 2014 eröffnete das Sekretariat gegen nachfolgende Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. Importeuren (sog. Captives) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251), da aufgrund der Selbstanzeige der MBFS Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG insbesondere im Bereich des Leasings von Fahrzeugen vorlagen:

- AMAG Leasing AG (nachfolgend: AMAG Leasing),
- BMW Finanzdienstleistungen (Schweiz) AG (nachfolgend: BMW Finanzdienstleistungen)
- CA Auto Finance Suisse SA (nachfolgend: CA Auto Finance, vormals FCA Capital Suisse SA; zuvor Fidis Finance [Suisse] SA),
- Ford Credit (Switzerland) GmbH (nachfolgend: Ford Credit),
- Opel Finance SA (nachfolgend: Opel Finance; vormals GMAC Suisse SA und GMFS),
- MBFS,
- Multilease AG (nachfolgend: Multilease),
- PSA Finance Suisse SA (nachfolgend: PFSU),
- RCI Finance SA (nachfolgend: RCI).

Gegenstand der Untersuchung bildete die Frage, ob diese neun Captives im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht hatten und ob mit diesem Informationsaustausch eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG getroffen wurde.

**A.c** In der Folge wurden am 11. und 12. März 2014 bei acht der oben genannten Leasing- und Finanzierungs-gesellschaften, unter anderem bei CA Auto Finance, Hausdurchsuchungen durchgeführt.

**A.d** Anlässlich dieser Hausdurchsuchungen erstatteten auch A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ Selbstanzeige. Die vorgesehenen Einvernahmen wurden deshalb als mündliche Protokollaussagen im Rahmen von Selbstanzeigen durchgeführt bzw. fortgesetzt. Sie wur-

den später durch weitere Protokollerklärungen, Aussagen und Beilagen ergänzt.

**A.e** Im Verlauf der Untersuchung wurden sodann zusätzliche Untersuchungsmassnahmen durchgeführt. Insbesondere wurden die Untersuchungsadressatinnen und die auf dem Markt als sogenannte "Non-Captives" tätigen Leasingunternehmen am 31. August 2015 mittels Fragebogen befragt. Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 und 11. Juli 2017 wurden von den Captives und Non-Captives die erzielten Umsätze im Zeitraum von 2011 bis 2013 erfragt. Der Schweizerische Leasingverband erhielt mit Schreiben vom 14. Februar 2017 einen Fragebogen in Bezug auf Marktdaten und am 24. Februar 2017 wurde ein Fragebogen an die D. \_\_\_\_\_ versandt. Das Einzelunternehmen D. \_\_\_\_\_ ist darauf spezialisiert, den Automobilmarkt hinsichtlich Promotions- und Preisaktivitäten einzelner Hersteller zu beobachten und monatlich aus Internet-Recherchen, Werbebeobachtungen und Händlerrecherchen stammende Informationen zu erheben.

#### B.

**B.a** Ab dem 22. Februar 2018 nahm das Sekretariat mit allen neun Untersuchungsadressatinnen Gespräche über eine einvernehmliche Regelung auf. Bis zum 6. Dezember 2018 konnte das Sekretariat mit sieben Captives (MBFS, AMAG Leasing, BMW Finanzdienstleistungen, RCI, Multilease, Opel Finance und PFSU) eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) abschliessen. Am 14. bzw. 17. Dezember 2018 schloss das Sekretariat auch mit CA Auto Finance eine EVR ab. Damit hatten mit Ausnahme der Ford Credit alle Untersuchungsadressatinnen eine EVR unterzeichnet.

**B.b** Die zwischen CA Auto Finance und dem Sekretariat abgeschlossene EVR enthält verschiedene Vorbemerkungen sowie die eigentliche Vereinbarung.

**B.c** Unter dem Titel "Vereinbarung" verpflichtete sich CA Auto Finance, sich nicht mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über Zinssätze, Gebühren, Händlerkommissionen, Restwert- und Auflösetabellen sowie Penetrationsraten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG in einer unzulässigen Weise auszutauschen.

**B.d** Gemäss den Vorbemerkungen erfolgte die EVR im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Untersuchungsverfahren zu vereinfachen, zu verkürzen und - unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) - zu einem förmlichen Abschluss zu bringen (Bst. a). Zur Erreichung dieser Zielsetzung würden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend könne die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne EVR teilweise vermindert werden (Bst. b). Weiter wurde in den Vorbemerkungen festgehalten, der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss der EVR werde vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Das Sekretariat beabsichtige, für CA Auto Finance eine Sanktion in der Grössenordnung von Fr. 3'536'985.- bis Fr. 5'305'478.- zu beantra-

gen, wobei die definitive Festlegung der Sanktionshöhe im Ermessen der WEKO liege und in der verfahrensabschliessenden Verfügung erfolge (Bst. d). Bei Nichtgenehmigung der EVR durch die WEKO werde die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und die Untersuchungsadressatin sei diesfalls nicht an die EVR gebunden (Bst. e). Gemäss Bst. f der Vorbemerkungen hielt die Untersuchungsadressatin fest, "dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmittel erübrigt", auch wenn sie mit Abschluss der EVR den Sachverhalt und die rechtliche Würdigung der Wettbewerbsbehörden nicht anerkenne. Sodann würden bei diesem Verfahrensausgang die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien gehen (Bst. g).

**B.e** Zusätzlich zur EVR unterzeichnete CA Auto Finance am 14. Dezember 2018 eine Sachverhaltsanerkennung. Sie bestätigte darin, mit den anderen Untersuchungsadressatinnen zwischen Juli 2006 und März 2014 im Rahmen der Captive-Meetings und bilateral Informationen ausgetauscht zu haben. Der Austausch habe detaillierte, unternehmensspezifische, nicht öffentliche, aktuelle oder zukunftsbezogene Informationen umfasst, wobei das Ergebnis der ausgetauschten Informationen nicht allgemein zugänglich gemacht worden sei. Es seien Informationen zu folgenden Themen ausgetauscht worden:

- Standard- und Sonderzinssätze für Leasing und Kredit (monatlich);
- zukünftige Zinssätze für gewisse der jährlich stattfindenden Automessen in Genf und Zürich;
- *Financing Market Benchmarking*, mit Penetrationsraten der Unternehmen (halbjährlich);
- von Leasingnehmern verlangte Gebühren;
- Restwert- und Auflösetabellen;
- die Höhe der an Händler ausgerichtete Provisionen;
- interne Verrechnungssätze zwischen Importeuren und Leasinggesellschaften;
- Vorgehen und Gebühren bei einer Rückerstattung der Mehrwertsteuer an die Kunden.

#### C.

**C.a** Mit Schreiben vom 6. Februar 2019 stellte das Sekretariat den EVR-Parteien seinen Antrag an die WEKO betreffend die Genehmigung der EVR zu und gab ihnen Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

**C.b** Am 11. April 2019 äusserte sich CA Auto Finance zum Antrag und beantragte, die Verfügung der Kammer für Teilverfügungen der WEKO sei in Bezug auf den Sachverhalt und die rechtlichen Erwägungen im Vergleich zum Antrag des Sekretariats erheblich zu kürzen. In der von der Kammer für Teilverfügungen der WEKO zu erlassenden Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass CA Auto Finance die rechtlichen Erwägungen der Verfügung nicht anerkenne.

#### D.

**D.a** Mit Verfügung vom 26. Juni 2019 (nachfolgend auch: Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung) genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO die EVR. Sie belastete die acht Untersuchungsadressatinnen wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG. CA Auto Finance wurde mit einem Betrag von Fr. 4'421'232.- belastet. Weiter wurden den acht Untersuchungsadressatinnen unter solidarischer Haftung je Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 123'809.- auferlegt. Die Anordnung im Dispositiv hat folgenden Wortlaut:

*"1. Die nachfolgende von den unter Ziff. 2 genannten Parteien mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 6. Dezember und 17. Dezember 2018 wird genehmigt.*

*'Die Verfügungsadressatinnen verpflichten sich, sich nicht mit anderen Anbietern von Fahrzeug-Leasing auf dem Leasingmarkt Schweiz über*

- *Zinssätze,*
- *Gebühren,*
- *Händlerkommissionen,*
- *Restwert- und Auflösetabellen, und*
- *Penetrationsraten*

*im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bst. a KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG in einer unzulässigen Weise auszutauschen.'*

*2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:*

- *[...]*
- *FCA Capital Suisse SACHF 4'421'232.-*
- *[...]*

*3. Folgende Verfahrenskosten werden den Adressatinnen der vorliegenden Verfügung auferlegt, welche solidarisch haften:*

- *[...]*
- *FCA Capital Suisse SACHF 127'809.-*
- *[...]"*

**D.b** Zusammenfassend erwog die Kammer für Teilverfügungen der WEKO, die Verfügungsadressatinnen hätten sich in der Zeit von 2006 bis Januar 2014 im Rahmen sogenannter Captive-Meetings getroffen und dabei zahlreiche Informationen ausgetauscht. Zudem habe ein monatlicher Informationsaustausch über Standard- und Sonderzinssätze in Form von Tabellen stattgefunden, wobei die darin enthaltenen Informationen einen hohen Detaillierungsgrad ausgewiesen hätten. An den Captive-Meetings seien mehrmals im Vorfeld die während den Automessen Genf und Zürich angewandten Zinssätze ausgetauscht worden. Ein Grossteil der Verfügungsad-

ressatinnen hätten zudem auch ausserhalb der Meetings bi- und multilateral regelmässig Informationen per E-Mail ausgetauscht. Diese hätten neben Informationen über Standard- und Sonderzinssätze und den an Automessen angewandten Zinssätzen insbesondere auch Preiselemente und Informationen zu folgenden Themen enthalten:

- *Financing Market Benchmarking* mit Penetrationsraten der Unternehmen,
- von den Leasingnehmern verlangte Gebühren,
- Restwert- und Auflösetabellen,
- an Händler ausgerichtete Provisionen,
- interne Verrechnungssätze zwischen Importeuren und Leasinggesellschaften,
- Vorgehen und Gebühren bei einer Rückerstattung an die Kunden aufgrund einer Anpassung der Mehrwertsteuergesetzgebung.

**D.c** In rechtlicher Hinsicht folgerte sie, das errichtete und aufrechterhaltene System für den Austausch von Informationen, insbesondere über Preiselemente, stelle eine bewusste und gewollte Verhaltensweise von Unternehmen derselben Marktstufe dar, die darauf ausgerichtet gewesen sei, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken, womit der Tatbestand der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG als erfüllt gelte. Weiter stelle der von den Verfügungsadressatinnen praktizierte Informationsaustausch eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG dar. Es liege eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vor, die sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse.

**D.d** Die Voraussetzungen für die Sanktionierung seien gegeben. Der Basisbetrag für die Sanktionierung sei auf 5% festzulegen. Im Vergleich mit dem Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, bei welchem es ebenfalls um einen Informationsaustausch über den Preis gegangen und der Basisbetrag auf 7% angesetzt worden sei, liege in casu keine Wettbewerbsbeseitigung vor und es werde die Besonderheit berücksichtigt, dass die Captives im Innenwettbewerb primär Fahrzeuge der eigenen Marke finanzieren würden. Des Weiteren sei die Dauer des Verstosses sanktionserhöhend und der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EVR als kooperatives Verhalten sanktionsmildernd zu berücksichtigen. Basierend darauf resultierte für CA Auto Finance eine Sanktion in der Höhe von Fr. 4'421'232.-.

**D.e** Die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung wurde CA Auto Finance mit Schreiben vom 9. Juli 2019 eröffnet. Die Kammer für Teilverfügungen der WEKO teilte ihr gleichentags die Absicht mit, die Verfügung in der Reihe *Recht und Politik des Wettbewerbs* (RPW/DPC) zu publizieren. Sie bat CA Auto Finance, innert Frist mitzuteilen, ob die Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung eliminiert werden müssen und wies darauf hin, dass allfällige Streitige Punkte im Rahmen einer weiteren Verfügung geklärt würden.

**D.f** Das Verfahren gegen Ford Credit, mit welcher das Sekretariat keine EVR abschloss, wurde nach Abbruch

der Verhandlungen über eine EVR ordentlich weitergeführt.

## E.

**E.a** Am 10. September 2019 reichte CA Auto Finance eine als "Beschwerde/Klage" bezeichnete Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht ein. Darin machte sie einerseits klageweise Ansprüche aus der EVR gegen die WEKO geltend. Sie verlangte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, dass das Bundesverwaltungsgericht feststelle, dass die Sanktions- und Genehmigungsverfügung zu umfangreich und deren tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zu detailliert seien (Rechtsbegehren 1.2). Zudem sei die WEKO anzuweisen, die EVR als Teil einer nicht mehr als fünf Seiten umfassenden Genehmigungsverfügung zu genehmigen, deren Begründung - wie in Bst. b der Vorbemerkungen zur EVR vorgesehen - lediglich eine Zusammenfassung der tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen enthalte, wobei ihre Kürzungsanträge zu berücksichtigen seien (Rechtsbegehren 1.3).

**E.b** Andererseits verlangte CA Auto Finance beschwerdeweise, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung sei aufzuheben (Rechtsbegehren 1.1) bzw. eventualiter vollumfänglich aufzuheben (Rechtsbegehren 2). Subeventualiter sei Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung aufzuheben und CA Auto Finance eine Busse aufzuerlegen, die gestützt auf einen Basisbetrag von 3 Prozent des relevanten Umsatzes berechnet werde (Rechtsbegehren 3).

**E.c** Daneben stellte CA Auto Finance den Verfahrens Antrag, die WEKO sei anzuweisen, die Sanktions- und Genehmigungsverfügung vorerst nicht zu veröffentlichen.

**E.d** Zur Begründung führte CA Auto Finance aus, das Sekretariat habe im Widerspruch zur Vereinbarung in der EVR einen zu umfangreichen Antrag erstellt. Ihr Anliegen um Kürzung der Genehmigungsverfügung sei nicht berücksichtigt worden, obwohl sie in ihrer Stellungnahme einen entsprechenden Antrag gestellt habe. Da das Sekretariat ihren Verpflichtungen gemäss EVR nicht nachgekommen sei und die WEKO diesen Umstand auch nicht korrigiert habe, sehe sie sich nicht mehr verpflichtet, ihren Teil der Vereinbarung zu erfüllen. Insbesondere sei sie nicht mehr zur Bezahlung der Sanktion bereit, die sie beim Abschluss der EVR akzeptiert habe.

**E.e** Zu den klageweise gestellten Begehren brachte CA Auto Finance zusammengefasst vor, EVR nach Art. 29 KG seien öffentlich-rechtliche Verträge der WEKO und damit Verträge des Bundes. Sie fordere die ordnungsgemässe Erfüllung von Bst. b der Vorbemerkungen zur EVR, nämlich den Erlass einer kurzen Genehmigungsverfügung, die lediglich die Zusammenfassung der Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen enthalte. Das Hauptziel ihres Rechtsmittels sei es, die Veröffentlichung einer zu umfangreichen und detaillierten Verfügung zu verhindern. Durch eine zu umfangreiche und detaillierte Verfügung drohten ihr erhebliche Nachteile in Form von negativer Publizität und der Begünstigung von Zivilklagen.

**E.f** Zur Begründung des beschwerdeweise gestellten Eventualantrages machte CA Auto Finance geltend, Captives stünden weder im aktuellen noch im potenziellen Wettbewerb miteinander. Dies ergäbe sich aus der

wirtschaftlichen Logik und dem Aufbau des Geschäftsmodells der Captives. Zudem sei es äusserst unwahrscheinlich, dass sich Captives in absehbarer Zeit konkurrieren könnten. Eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG sei aber nur unter aktuellen Wettbewerbern möglich. Eine solche könne somit in casu nicht vorliegen. Des Weiteren seien auch die anderen Elemente der rechtswidrigen horizontalen Preisabrede nicht erfüllt. CA Auto Finance habe sich nicht bewusst und gewollt mit anderen Captives zum Zweck abgestimmt, den Wettbewerb zu beschränken. Auch habe der Informationsaustausch zwischen ihr und anderen Captives keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung gehabt. Der Informationsaustausch habe hauptsächlich öffentlich zugängliche Informationen umfasst. Zudem habe CA Auto Finance ihr Marktverhalten gar nicht angepasst bzw. eine solche Anpassung sei nicht nachgewiesen worden. Schliesslich habe die WEKO ebenfalls nicht belegt, dass die behauptete abgestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsabrede bezweckt oder bewirkt habe.

**E.g** Selbst wenn der untersuchte Informationsaustausch als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren wäre, müsste das Vorliegen einer unzulässigen Preisabsprache i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ebenfalls noch nachgewiesen werden, da sich eine solche nicht bereits daraus ergebe, dass der Informationsaustausch Zinssätze betroffen habe. Entscheidend sei die Wirkung der Preisabrede. Die angefochtene Verfügung erwähne eine mögliche Auswirkung der behaupteten Preisabrede aber nicht.

**E.h** Zum subeventualiter gestellten Rechtsbegehren betreffend Herabsetzung der Sanktion führte CA Auto Finance im Wesentlichen aus, der vorliegende Informationsaustausch habe anders als im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreinrichtungen* nicht der Preisfestsetzung oder -erhöhung gedient, sondern lediglich der Information anderer Captives über die jüngsten Marktentwicklungen. Deshalb sei der vorliegende Informationsaustausch eher mit dem Informationsaustausch im Fall *ASCOPA* vergleichbar, der von der WEKO nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert worden sei, da die Parteien des Informationsaustausches nicht darauf abgezielt hätten, sich auf ein bestimmtes Preisniveau zu einigen. Zumindest sei zu berücksichtigen, dass sich der vorliegende Informationsaustausch wie auch jener im Fall *ASCOPA* grundlegend von einer harten Preisabrede unterscheide.

**E.i** Den von CA Auto Finance gestellten Verfahrens Antrag (vgl. Bst. E.c oben) wies das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 28. November 2019 ab, soweit es darauf eintrat.

## F.

**F.a** Mit Verfügung vom 28. November 2019 trennte das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der verschiedenen Verfahrensvorschriften das Klage- vom Beschwerdeverfahren ab. Es führte das Klageverfahren fortan unter der Verfahrensnummer B-6759/2019 weiter. Das Beschwerdeverfahren (B-4596/2019) wurde mit Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2019 sistiert.

**F.b** Mit Verfügung vom 26. August 2020 wurde die Sistierung des Beschwerdeverfahrens aufgehoben und die WEKO um Einreichung einer Vernehmlassung unter Beilage der gesamten Vorakten ersucht.

## G.

**G.a** Im Klageverfahren B-6759/2019 trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. Oktober 2020 auf die Klage der CA Auto Finance nicht ein.

**G.b** Es kam zum Schluss, dass die Streitigkeit über den Inhalt und den Umfang der Veröffentlichung der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung von Gesetzes wegen in die Verfügungskompetenz der WEKO falle (Art. 29 f. KG; Art. 25 und 25a VwVG, Art. 25 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 [DSG, SR 235.1] i.V.m. Art. 18 Abs. 3 KG), welche eine Behörde i.S.v. Art. 33 VGG darstelle. Dementsprechend habe die Kammer für Teilverfügungen der WEKO bereits mit Erlass der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung über deren Inhalt und Umfang entschieden und den Kürzungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht stattgegeben. Zudem habe CA Auto Finance grundsätzlich die Möglichkeit, allfällige Kürzungs-, Schwärzungs- oder Nichtveröffentlichungsanträge im Zusammenhang mit der durch die WEKO noch zu erlassenden Publikationsverfügung vorzubringen. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 35 Bst. a VGG sei aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität des Klageverfahrens (Art. 36 VGG) somit nicht gegeben. Im Übrigen könne CA Auto Finance auch mangels selbständiger Funktion der EVR ihre Begehren nicht auf dem Weg einer Klage durchsetzen, sondern es sei - bei gegebenen Voraussetzungen - Beschwerde gegen die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung bzw. gegen eine allfällige nachgelagerte Publikationsverfügung zu führen.

**G.c** Dieses Urteil ist am 16. November 2020 in Rechtskraft erwachsen.

## H.

**H.a** Im Beschwerdeverfahren reichte die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) am 12. Oktober 2020 die Vernehmlassung ein und stellte folgende Anträge:

*"1. Es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.*

*2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und die Dispositiv Ziffern 1-3 der Teilverfügung vom 26. Juni 2019 seien zu bestätigen.*

*- Unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin -"*

**H.b** Zur Begründung ihres Hauptantrages bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, CA Auto Finance (nachfolgend: Beschwerdeführerin) habe kein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Es fehle an der materiellen Beschwerdelegitimation. Denn die Argumente der Beschwerdeführerin in der Beschwerde ständen im Widerspruch zu den Argumenten, welche sie im Klageverfahren vorgebracht habe. Zudem stelle die Beschwerde ein venire contra factum proprium dar. Die Beschwerdeführerin könne nur durch die Sanktion und die verfügten Massnahmen beschwert sein. Einer Sanktion in diesem Sanktionsrahmen und den verfügten Massnahmen habe sie aber mit Unterzeichnung der

EVR zugestimmt. Durch die Begründung des Urteils könne sie nicht beschwert sein. Wenn eine Verfügungsadressatin das zugesprochen bekommen habe, was sie mit der Unterzeichnung einer EVR akzeptiert habe und sie sich mit einer Beschwerde offensichtlich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich verhalte, bestehe kein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung.

**H.c** Zum Eventualantrag auf Abweisung der Beschwerde wies die Vorinstanz vorab darauf hin, dass die angefochtene Teilverfügung im Rahmen eines EVR-Verfahrens ergangen sei. Die Sachverhaltsdarstellung und die rechtliche Würdigung seien daher summarisch erfolgt und die Begründungsdichte und -tiefe entsprechend reduziert worden. Sie habe sich auf die unzulässige Preisabrede betreffend Standard- und Sonderzinssätze fokussiert und auf die Würdigung der Verhaltensweisen betreffend weiterer Wettbewerbsparameter verzichtet. Es liege in der Natur einer EVR, dass auf weitere Ermittlungsschritte verzichtet und auch die Begründungsdichte und -tiefe reduziert werden könne. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines EVR-Verfahrens sei sie ihrer Begründungspflicht nachgekommen.

**H.d** Im Übrigen bestreite die Beschwerdeführerin nicht, dass zwischen den Captives ein regelmässiger Austausch über Standard- und Sonderzinssätze stattgefunden habe. Vielmehr mache sie geltend, dieses Verhalten stelle keine unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG dar. Die im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Einwände habe die Beschwerdeführerin weitestgehend bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhoben. Die Teilverfügung habe das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen den Captives genügend belegt. Zudem gehe auch aus internen Dokumenten der Verfügungsadressatinnen hervor, dass sich Captives sehr wohl als Wettbewerber betrachteten. Die Geltendmachung von *legitimate business reasons* sei eine reine Schutzbehauptung. Auch der Einwand, die Vorinstanz habe die Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG (abgestimmte Verhaltensweise [ein Mindestmass an Koordination]; Marktverhalten; Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten) nicht ausreichend begründet, gehe fehl. Es handle sich nicht um einen Austausch von öffentlichen Informationen bzw. um ein zulässiges Parallelverhalten. Da der Austausch auch zukünftige Zinssätze betroffen habe und wegen der hohen Frequenz und des Detaillierungsgrades des Informationsaustausches sei nachgewiesen, dass dieser einen Einfluss auf die Strategie der Verfügungsadressatinnen gehabt und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt habe. In jedem Fall sei der Informationsaustausch objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu verursachen. Da wesentliche Preisbestandteile ausgetauscht worden seien, sei auch genügend begründet, dass der vorliegende Informationsaustausch eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstelle.

**H.e** Zur von der Beschwerdeführerin subeventualiter beantragten Herabsetzung der Sanktion hält die Vorinstanz schliesslich fest, die Festlegung des Basisbetrages auf 5% sei begründet. Darin sei keine falsche Ausübung des Ermessens durch die Vorinstanz zu sehen. Aufgrund des lückenlosen Monitorings der Entwick-

lung der Zinssätze über Monate und Jahre unterscheide sich der vorliegende Fall auch vom Fall ASCOPA.

**I.**

**I.a** Mit Replik vom 18. Dezember 2020 stellte die Beschwerdeführerin folgende angepassten Rechtsbegehren:

*"1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Juni 2019 vollumfänglich aufzuheben;*

*2. Eventualiter zu Ziff. 1 vorstehend sei Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 26. Juni 2019 aufzuheben und der Beschwerdeführerin eine Busse aufzuerlegen, die gestützt auf einen Basisbetrag von 3 Prozent des relevanten Umsatzes berechnet wird;*

*3. Unter Kosten und Entschädigungsfolge."*

**I.b** Zusammengefasst brachte die Beschwerdeführerin vor, die Eintretensvoraussetzungen - namentlich die Voraussetzungen der materiellen Beschwer - seien erfüllt, womit das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde einzutreten habe. Des Weiteren hielt sie daran fest, dass zwischen den Captives kein wettbewerbsrechtlich relevantes Konkurrenzverhältnis bestehe und es sich beim untersuchten Informationsaustausch um keine wettbewerbsbeschränkende Preisabrede handle. Sie wies insbesondere auf einen Entscheid des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio vom 24. November 2020 hin, mit welchem ein von der Vorinstanz zur Unterstützung der in der Verfügung vertretenen Sichtweise angeführter Entscheid der italienischen Wettbewerbsbehörde vollständig kassiert wurde. Die Beschwerdeführerin rügte zudem, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt. Die angefochtene Verfügung genüge auch den Anforderungen an die Beweis- und Begründungspflicht nicht.

**I.c** Die Vorinstanz hielt mit Duplik vom 3. März 2021 an ihren mit Vernehmlassung vom 12. Oktober 2020 gestellten Anträgen und Ausführungen vollumfänglich fest.

**I.d** Am 18. April 2021 reichte die Beschwerdeführerin ihre abschliessende Stellungnahme ein und hielt an den in der Replik vom 18. Dezember 2021 angepassten Rechtsbegehren ebenfalls fest.

**J.**

**J.a** Nachdem das Bundesgericht die Begründung des Urteils 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 i.S. *Pfizer* (Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente [Preiseempfehlungen]; BGE 147 II 72) publiziert hatte, erhielten die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz Gelegenheit, ihre bisherige Argumentation unter Berücksichtigung dieses Urteils zu ergänzen bzw. anzupassen.

**J.b** Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Eingabe vom 18. Mai 2021 im Wesentlichen geltend, das Bundesgericht bestätige ihren Rechtsstandpunkt im fraglichen Entscheid vollumfänglich.

**J.c** Die Vorinstanz nahm ihrerseits mit Eingabe vom 19. Mai 2021 Stellung und führte aus, unter Berücksichtigung der Gemeinsamkeiten sowie der Unterschiede der beiden Fälle ergebe sich, dass die Erwägungen in BGE 147 II 72 ihre kartellrechtliche Analyse im vorliegenden Fall bestätige; dies sowohl in Bezug auf die einzelnen



Tatbestandsvoraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sowie hinsichtlich der Unzulässigkeitsprüfung gemäss Art. 5 KG. Ebenso verdeutlicht die Rechtssache *Pfizer*, dass die Vorinstanz in casu den Untersuchungsgrundsatz gewahrt habe.

**J.d** Mit Verfügung vom 15. Juni 2021 wurde die Vorinstanz ersucht, zur Berechnung der der Beschwerdeführerin auferlegten Sanktion detaillierter Stellung zu nehmen und schrittweise aufzuzeigen, wie sie den Sanktionsbetrag ermittelt hat. Mit gleicher Verfügung wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, für die Jahre 2011 bis 2013 verschiedene Angaben zu den offiziell vertriebenen, neu zugelassenen und über den offiziellen Kanal importierten Neuwagen des Fiat-Chrysler-Konzerns zu machen sowie anzugeben und zu belegen, für wie viele dieser Neuwagen des Fiat-Chrysler-Konzerns durch die Beschwerdeführerin ein neuer Finanzierungsvertrag abgeschlossen bzw. für wie viele andere (nicht vom Fiat-Chrysler-Konzern stammende) Neuwagen durch die Beschwerdeführerin ein neuer Finanzierungsvertrag abgeschlossen worden war. Weiter wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, zu verschiedenen Umsätzen des Fiat-Chrysler-Konzerns und ihr selbst für die Jahre 2011-2013 belegte Angaben zu machen.

**J.e** Die Vorinstanz nahm mit Eingabe vom 6. Juli 2021 zur Sanktionsberechnung Stellung. Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 16. August 2021 Unterlagen und Erläuterungen ein.

**J.f** Mit Eingabe vom 11. Februar 2022 teilte die Beschwerdeführerin unter Beilage einer Entscheidkopie mit, der Consiglio dello Stato der Republik Italien habe am 13. Januar 2022 die Beschwerde der italienischen Wettbewerbsbehörde AGCM gegen den Entscheid des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio vom 24. November 2020 vollumfänglich abgewiesen. Die Vorinstanz nahm schliesslich mit Eingabe vom 2. März 2022 zu dieser unaufgefordert eingereichten Eingabe der Beschwerdeführerin Stellung.

**J.g** Auf die weiteren Vorbringen und die sich in den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

#### **1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt**

**1.1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen gegeben sind.

**1.1.2** Die Vorinstanz ist eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG (Art. 18 f. KG, Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010], Art. 7a und Art. 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.01]).

**1.1.3** Mit der angefochtenen Verfügung vom 26. Juni 2019 hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin gestützt

auf öffentliches Recht des Bundes, hoheitlich, in verbindlicher und erzwingbarer Weise Pflichten auferlegt. Diese stellt damit eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG dar.

**1.1.4** Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.1.5** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

#### **1.2 Beschwerdelegitimation**

**1.2.1** Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG).

**1.2.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Die FCA Capital Suisse SA mit Sitz in Schlieren wurde während hängigem Beschwerdeverfahren mit Statutenänderungen vom 3. April 2023 umfirmiert und trägt heute die Firmenbezeichnung CA Auto Finance Suisse SA (vgl. amtliche Publikation der Mutation im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 17. April 2023, Nr. 73, S. 97; Handelsregistereintrag der CA Auto Finance, CHE-106.002.558, [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) [letztmals abgerufen am 05.06.2023]). Es handelt sich aber nach wie vor um dieselbe juristische Person, womit die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel nicht geprüft werden müssen (vgl. BVGE 2014/10 E. 3.1). Die Bezeichnung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Urteil ist jedoch von Amtes wegen entsprechend anzupassen.

**1.2.3** Unter den Parteien umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin auch ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat.

**1.2.4** Die Vorinstanz bringt in diesem Zusammenhang vor, dass es der Beschwerdeführerin an der materiellen Beschwerdelegitimation fehle, weshalb nicht auf die Beschwerde einzutreten sei. Die Argumente der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Beschwerde ständen im Widerspruch zu den Argumenten, welche die Beschwerdeführerin in derselben Sache im Klageverfahren vorgebracht habe. So habe die Beschwerdeführerin im Klageverfahren geltend gemacht, die Begründung der Teilverfügung sei zu lang, im Beschwerdeverfahren rüge sie hingegen, die Vorinstanz sei ihrer Begründungspflicht nicht in genügendem Ausmass nachgekommen. Würden Argumente vorgebracht, die sich eindeutig diametral zueinander verhielten, könne kein schutzwürdiges Interesse gegeben sein.

**1.2.4.1** Sodann stelle die Beschwerde ein *venire contra factum proprium* dar. Die Beschwerdeführerin habe eine EVR unterzeichnet und von einer Sanktionsreduktion und einer rascheren Verfahrenserledigung profitiert. Zudem sei die Begründungsdichte und -tiefe der Teilverfügung reduziert worden, indem der Fokus auf den Austausch der Standard- und Sonderzinssätze gelegt wor-

den sei. Da die Beschwerdeführerin die EVR in Kenntnis der Sanktionsspanne und der vereinbarten Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen unterschrieben habe, verhalte sie sich widersprüchlich, rechtsmissbräuchlich und treuwidrig.

**1.2.4.2** Die Beschwerdeführerin scheine ihre Legitimation sodann aus der Behauptung abzuleiten, dass die Vorinstanz eine zu lange statt nur eine summarische Begründung für die angefochtene Verfügung verfasst habe. Durch die Begründung eines Urteils könne eine Partei aber nicht beschwert sein. Die Beschwerde ergebe sich durch die Sanktion und die verfügten Massnahmen. Dem Sanktionsrahmen und den Massnahmen habe die Beschwerdeführerin mit Unterzeichnung der EVR jedoch zugestimmt.

**1.2.4.3** Schliesslich habe das Bundesgericht im Urteil 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 i.S. *VPVW Stammliche/Projekt Repo 2013* ausdrücklich festgehalten, dass das Verfahren der einvernehmlichen Regelung nicht darauf angelegt sei, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. Es könne somit kein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung bestehen, wenn eine Verfügungsadressatin das zugesprochen bekommen habe, was sie mit der Unterzeichnung einer EVR akzeptiert habe und sie sich mit einer Beschwerde somit offensichtlich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich verhalte.

**1.2.5** Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, an der Aufhebung der verfügten Zahlungspflichten in Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 26. Juni 2019 durchaus ein schutzwürdiges Interesse zu haben. Sie sei mit einem Sanktionsbetrag von Fr. 4'421'232.- belegt und zur Bezahlung von Verfahrenskosten verpflichtet worden. Unter Berücksichtigung der in Dispositiv-Ziffer 3 verfügten solidarischen Haftung handle es sich um einen möglichen Gesamtbetrag von Fr. 5'443'703.-, um den ihr Vermögen verringert werde.

**1.2.5.1** Ebenso habe sie auch ein praktisches und rechtliches Interesse, dass in Dispositiv-Ziffer 2 nicht festgehalten werde, sie sei "*an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede*" beteiligt gewesen. Diese rechtliche Qualifikation treffe nicht zu und sei im internationalen Kontext wirtschaftlich sehr schädlich. Ausserdem sei sie im Dispositiv unnötig, unüblich und rechtlich nicht zulässig. Das Dispositiv einer Verfügung habe nur die Rechte und Pflichten der Verfügungsadressatin festzuhalten. Reine Feststellungen und die Angabe von Gesetzesbestimmungen gehörten nur in das Dispositiv, wenn dies für die Erfüllungsgemässe Umsetzung der verfügten Rechte und Pflichten unabdingbar sei, was vorliegend nicht zutreffe.

**1.2.5.2** Im Übrigen überzeuge die Argumentation der Vorinstanz nicht. Es bestehe kein Widerspruch zwischen den beschwerde- und klageweise vorgebrachten Argumenten. Die klageweise vorgebrachten Rechtsbegehren hätten auf die vertragskonforme Erfüllung der mit der EVR eingegangenen Pflichten gezielt. Sei eine vertragskonforme Durchsetzung dieser Pflichten wie vorliegend aus prozessualen Gründen oder wegen verschiedener Auffassungen über deren Inhalte nicht möglich, bestehe keine EVR. Mangels Konsens sei gar keine EVR zustande gekommen bzw. hätte eine solche nicht genehmigt werden dürfen.

Damit sei die Frage, ob die Beschwerdeführerin durch die Begründung der angefochtenen Verfügung materiell beschwert sein könne, unerheblich. Ohnehin sei aber bei einer Begründung innerhalb des Dispositivs ein schutzwürdiges Interesse gegeben. Zudem gehe es im von der Vorinstanz erwähnten Bundesgerichtsurteil 2C\_524/2018 anders als vorliegend um die Beschwerdelegitimation eines Drittbeschwerdeführers. Die Beschwerdelegitimation von EVR-Parteien selbst sei vom Bundesverwaltungsgericht in der Vergangenheit bejaht worden. Die Einreichung einer Beschwerde wäre nur systemwidrig, wenn bei der EVR tatsächlich Konsens bestanden hätte bzw. wenn die EVR vertragskonform umgesetzt worden wäre.

**1.2.6** Die Vorinstanz führt in ihrer Duplik aus, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG erfüllt wären, läge ein rechtsmissbräuchlich erhobenes Rechtsmittel vor, auf welches nicht einzutreten sei. Denn auch ein bestehendes Beschwerderecht könne missbraucht werden. Dass ein Rechtsmittel rechtsmissbräuchlich eingelegt werde, dürfe zwar nicht leichthin angenommen werden. Vorliegend sei aber aufgrund der Verfahrensart (EVR-Verfahren) und den Umständen des Einzelfalls ein Rechtsmissbrauch zu bejahen. Die Beschwerdeführerin habe aufgrund des Abschlusses einer EVR eine Sanktionsreduktion von 15% erhalten sowie eine weitere Reduktion von 20% aufgrund einer besonders guten Kooperation für eine unterzeichnete Sachverhaltsanerkennung.

Schliesslich betont die Vorinstanz ganz allgemein, ein Eintreten auf die vorliegende Beschwerde könne bedeuten, dass Verfügungsadressatinnen erstinstanzliche EVR-Verfahren durchlaufen, um von sämtlichen Vorteilen eines EVR-Verfahrens zu profitieren, aber anschliessend rechtsmissbräuchlich eine Beschwerde einreichen mit der pauschalen Begründung, der Untersuchungsgrundsatz sei verletzt. In Fällen, in welchen sich die ausgesprochene Sanktion im zuvor kommunizierten Sanktionsrahmen bewege und die verfügten Massnahmen den vereinbarten entsprächen, gebe es aufgrund von rechtsmissbräuchlichem Verhalten keinen Raum für eine Beschwerde. Entsprechend begründe die verfügte Sanktion nicht *per se* ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG.

**1.2.7** Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 140 II 214 E. 2.1). Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar verbessert wird. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen, sondern dem Beschwerdeführer einen praktischen Vorteil zu verschaffen (BGE 141 II 307 E. 6.2 und 141 II 14 E. 4.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 944). Das schutzwürdige Interesse besteht damit im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (BGE 139 II 279 E. 2.2 und 131 II 587 E. 2.1; Urteil des

BGer 2C\_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 2.1). Der materielle (primäre) Verfügungsadressat erfüllt diese Anforderungen in der Regel ohne Weiteres, wenn er eine ihn direkt belastende Verfügung anfiicht (MARANTELLI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 48 N. 10).

**1.2.8** Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Verfügung mit einem Sanktionsbetrag von Fr. 4'421'232.- belastet (Dispositiv-Ziff. 2). Zudem wurden ihr Verfahrenskosten von Fr. 127'809.- auferlegt, wobei sie auch für die den übrigen Verfahrensadressatinnen auferlegten Verfahrenskosten von total Fr. 894'663.- solidarisch haftet (Dispositiv-Ziff. 3). An der Aufhebung und der Änderung der Dispositiv-Ziffern 2 und 3 hat die Beschwerdeführerin somit an sich ein praktisches und schutzwürdiges Interesse (vgl. Urteil des BGer 2C\_934/2020 vom 23. September 2021 E. 1.2).

**1.2.9** Zu prüfen bleibt, ob dieses praktische und schutzwürdige Interesse infolge rechtsmissbräuchlichen und widersprüchlichen Verhaltens - wie von der Vorinstanz geltend gemacht - dennoch keinen Rechtsschutz verdient.

**1.2.10** Rechtsmissbräuchlich handeln können sowohl Private als auch Behörden (Urteil des BGer A-2434/2013 vom 9. September 2013 E. 7.3). Denn auch Private sind im Rechtsverkehr mit den staatlichen Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (Art. 5 Abs. 3 BV; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 717).

**1.2.10.1** Privaten kommt jedoch gleichzeitig eine grundrechtlich fundierte Entscheidungsfreiheit zu, die auch beinhaltet, von einmal eingenommenen Standpunkten wieder abrücken zu dürfen. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln (Urteil des BGer 1A.130/2000 vom 16. November 2000 E. 3.b; Urteil des BVGer B-5903/2014 vom 30. Oktober 2017 E.1.3.3). Staatliche Behörden dürfen sich somit nicht in gleichem Masse auf das Verhalten Privater verlassen wie umgekehrt. Die Bindung Privater an ihr Vorverhalten darf daher nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Es bedarf regelmässig als verbindlich zu verstehende Zusicherungen oder Erklärungen, wobei Staat und Privater in einer intensiven, individualisierten Beziehung zueinander stehen und die Folgehandlung zum Vorverhalten klar widersprüchlich sein muss. Die Zusicherung oder Erklärung muss einen zulässigen Gegenstand betreffen, d.h. sie darf nicht gegen zwingendes Recht verstossen, denn dieses steht nicht zur Disposition der Einzelnen und der Behörde. In Verfahren, welche die Behörde eingeleitet haben, sind die Anforderungen an die Kooperation der Privaten zudem herabgesetzt. Es hat eine Interessenabwägung hinsichtlich der Anwendung richtigen Rechts, aber auch hinsichtlich allfälliger Folgebetätigungen der Behörde oder Dritter stattzufinden (Urteil B-5903/2014 E.1.3.3; SCHINDLER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 55 zu Art. 5 BV; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 717; Gächter,

Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 2005, S. 194 ff., insb. 201 und 207 f.).

**1.2.10.2** Gemäss bundesgerichtlicher Praxis liegt ein Rechtsmissbrauch namentlich dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Institut nicht schützen will, oder wenn das Interesse an der Rechtsausübung entweder fehlt oder nur von geringer Schutzwürdigkeit ist und dessen Ausübung als Schikane erscheint (BGE 134 I 65 E. 5, 131 I 166 E. 6.1; Urteil des BVGer A-3339/2015 vom 22. August 2016 E. 1.3.2.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 722 ff.). Die Erhebung einer Beschwerde kann unter besonderen Umständen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellen, dies darf jedoch nicht leichthin angenommen werden (Urteile des BVGer A-3339/2015 E. 1.3.2.3 und A-2434/2013 vom 9. Dezember 2013 E. 7.3).

**1.2.11** In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, dass im Kartellrecht das Rechtsschutzinteresse an einer Beschwerde nach Abschluss einer EVR zweifelhaft sei. Nachfolgend ist deshalb auf die in diesem Zusammenhang vertretenen verschiedenen Lehrmeinungen und die entsprechende Rechtsprechung einzugehen.

**1.2.11.1** Nach ZIRLICK/TAGMANN unterliegt die Verfügung der WEKO über die Genehmigung bzw. die Nichtgenehmigung der EVR dann der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, wenn die WEKO die EVR entgegen dem Antrag des Sekretariats nicht genehmigt oder wenn das Unternehmen mit der ihm auferlegten Sanktion nicht einverstanden ist. Letzteres könne insbesondere dann der Fall sein, wenn die WEKO bezüglich Sanktionsbemessung oder -höhe von dem abweiche, was das Unternehmen gestützt auf die Verhandlungen mit dem Sekretariat habe erwarten dürfen und müssen. Ebenso sei eine Beschwerde denkbar, wenn sich zeige, dass die Behörde die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht nachweisen (könne), sondern die Verurteilung nur auf das vermeintliche Geständnis der Partei abstütze. Aus Behördensicht seien Beschwerden gegen eine Genehmigungsverfügung grundsätzlich treuwidrig, da die Wettbewerbsbehörden gerade wegen der EVR mit Wissen und Willen der Verfügungsadressaten die Sachverhaltsermittlungen und den Umfang der Begründung der Verfügung reduziert hätten. Deshalb habe das Gericht sorgfältig zu prüfen, ob es am Rechtsschutzinteresse fehle bzw. widersprüchliches Verhalten vorliege und somit auf eine solche Beschwerde einzutreten sei (TAGMANN/ZIRLICK, in: Amstutz/Reinert, Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, Art. 29 N. 117 f. m.H. [nachfolgend zit.: {Autor}, BSK KG]; ähnlich SAMUEL HOWALD, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, in sic! 2012, S. 704 ff., S. 707 f.).

**1.2.11.2** Weiter wird in der Lehre die Meinung vertreten, es liege dann offensichtlich ein nicht schutzwürdiges widersprüchliches Verhalten vor, wenn sich das Rechtsmittel gegen eine Verpflichtung richte, der das betroffene Unternehmen im Rahmen der EVR explizit zugestimmt habe (CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Unter rechtsvergleichender Berücksichtigung entsprechender Instrumente im europäischen Kartellrecht, Diss. 2016,

S. 70 f.; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, in: AJP 2013 S. 1017 ff., S. 1025; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, N 9 zu Art. 29; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. 2002, S. 349 f.).

**1.2.11.3** Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich bereits mehrfach mit Fällen zu beschäftigen, bei welchen ein Unternehmen trotz genehmigter EVR ein Rechtsmittel gegen die Genehmigungsverfügung eingelegt hat. In der Untersuchung *Publigroupe* rügte Publigroupe vor dem Bundesverwaltungsgericht, ein Verfahren werde mit einer EVR endgültig abgeschlossen, entsprechend seien weitere Feststellungen oder Anordnungen bezüglich des beurteilten Verhaltens nicht zulässig, was durch das Gericht anders beurteilt wurde (Urteil des BVerG B-2977/2007 vom 27. April 2010, *Publigroupe*, E. 7.4). In der Untersuchung *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* hat ein Unternehmen, mit dem das Sekretariat eine EVR abgeschlossen hatte, die Verfügung u.a. deshalb angefochten, weil diese von der Vorinstanz nur mit 3 Prozent anstatt der vom Sekretariat beantragten 10 Prozent Sanktionsreduktion honoriert worden war (Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23. September 2014, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, aufgehoben mit Urteil des BVerG 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017). Auch in der Untersuchung *Flügel und Klaviere* hat ein Unternehmen, das mit dem Sekretariat eine EVR abgeschlossen hatte, gegen die Verfügung der Vorinstanz u.a. deshalb eine Beschwerde eingereicht, weil sie mit der Bemessung der Sanktion nicht einverstanden war (Urteil des BVerG B-823/2016 vom 2. April 2020, *Flügel und Klaviere*). In allen drei Fällen ist das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde eingetreten. Es hat die materielle Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden jeweils ohne zusätzliche Begründung bejaht.

**1.2.11.4** Im Urteil 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 i.S. *VPVW Stammische/Projekt Repo 2013* hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in dem eine kartellrechtliche Untersuchung gegen mehrere an einer angeblich unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligte Unternehmen eröffnet wurde und eines davon einer EVR zugestimmt hatte. Es stellte sich die Frage, ob die anderen beteiligten Unternehmen legitimiert sind, die Verfügung anzufechten, mit der die EVR genehmigt worden ist (Beschwerdelegitimation bei einer sog. Drittbeschwerde). Das Bundesgericht erwog, bei der EVR gehe es darum, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt bzw. wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden könne. Dabei sei nur das zukünftige Verhalten des betreffenden Unternehmens Gegenstand. Gegenstand sei somit nicht die Frage, ob ein früheres Verhalten zulässig sei, sondern, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zukünftig zu beseitigen sei. Faktisch verzichte ein Unternehmen, das einer EVR zustimme in der Regel darauf, den Vorwurf des unzulässigen Verhaltens gerichtlich überprüfen zu lassen. Das Verfahren der einvernehmlichen Regelung sei nicht darauf ausgelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei. Würde einem Dritten die Legitimation zur Anfechtung der Genehmigungsverfügung zuerkannt

mit der Begründung, es liege gar kein unzulässiges Verhalten vor, so müsste in diesem Verfahren systemwidrig die Rechtmässigkeit des Verhaltens beurteilt werden. Im Ergebnis bestätigte das Bundesgericht, dass es der Beschwerdeführerin am besonderen Berührtsein und dem schutzwürdigen Interesse fehle.

**1.2.12** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Rechtsschutzinteresse an der Erhebung einer Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung einer EVR dann bejaht werden kann, wenn die Vorinstanz die EVR nicht bzw. nicht vollumfänglich genehmigt oder sich die von ihr ausgesprochene Sanktion nicht innerhalb dem Sanktionsrahmen bewegt, den das Sekretariat in der EVR in Aussicht gestellt hat. Ebenso ist ein Rechtsschutzinteresse grundsätzlich zu bejahen, soweit Beschwerdeanträge Punkte betreffen, die keinen Eingang in die genehmigte EVR gefunden haben. Zur Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse gegeben ist, wenn sich das Rechtsmittel gegen eine Verpflichtung richtet, der das betroffene Unternehmen im Rahmen der EVR ausdrücklich zugestimmt hat, hat sich die Gerichtspraxis bisher noch nicht explizit geäussert. In der Lehre wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass in diesen Fällen regelmässig ein nicht schutzwürdiges widersprüchliches Verhalten vorliege. Letztlich hat das Bundesverwaltungsgericht aber immer im Rahmen einer Einzelfallprüfung anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine Beschwerde rechtsmissbräuchlich erhoben wurde. Diese Prüfung ist bezüglich der vorliegend strittigen Beschwerde nachfolgend vorzunehmen.

**1.2.12.1** Mit der angefochtenen Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung der Vorinstanz vom 26. Juni 2019 wurde die von der Beschwerdeführerin unterzeichnete EVR genehmigt und die in den Vorbemerkungen zur EVR genannte Grössenordnung der bei der Vorinstanz zu beantragenden Sanktion nicht überschritten. Ebenfalls hielt bereits die unterzeichnete EVR fest, dass die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien gehen würden, wobei die Beschwerdeführerin Kenntnis von der Höhe der bis dahin aufgelaufenen Verfahrenskosten hatte. Insofern weicht weder die Höhe der Sanktion gemäss Dispositiv-Ziff. 2, noch die Höhe der auferlegten Verfahrenskosten gemäss Dispositiv-Ziff. 3 von dem ab, was die Beschwerdeführerin gestützt auf die Verhandlungen mit dem Sekretariat hat erwarten dürfen oder müssen. Die Beschwerdeführerin hat hinsichtlich Massnahmen, Sanktion und Verfahrenskosten grundsätzlich das erhalten hat, was mit der EVR vereinbart war.

**1.2.12.2** Zu beachten ist aber auch, dass die Beschwerdeführerin nach Unterzeichnung der EVR und vor Erlass der angefochtenen Teilverfügung mit Stellungnahme vom 11. April 2019 dem Sekretariat und der Vorinstanz mitgeteilt hat, den Antrag des Sekretariats an die Vorinstanz vom 6. April 2019 als deutlich zu lang und detailliert zu halten und mit der rechtlichen Würdigung nicht einverstanden zu sein. Sie berief sich dabei insbesondere auf Bst. b der Vorbemerkungen der EVR, wonach die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der Vorinstanz gegenüber einer Verfügung ohne EVR teilweise reduziert werden könne. Sie beantragte, die Verfügung sei bezüglich Sachverhalt und rechtlicher Würdigung im Vergleich zum Antrag erheblich zu kürzen und in der

Verfügung sei ausdrücklich festzuhalten, dass sie die rechtlichen Erwägungen der Verfügung nicht anerkenne. Weiter stellte sie in Aussicht, den Rückzug von der EVR und die Anfechtung der Verfügung in Erwägung ziehen, sollte die Verfügung der Vorinstanz gleich ausfallen wie der Antrag. Zudem fand bereits am 14. März 2019 auf Wunsch der Beschwerdeführerin ein Treffen zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin statt, anlässlich welchem sie ihre Bedenken hinsichtlich der Länge des Antrages und der zu erlassenden Verfügung darlegte (vgl. Vorinstanz, act. 507 f.). Offensichtlich war für die Beschwerdeführerin die Aussicht auf eine kurze und weniger detailliert begründete Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung ein wichtiger Bestandteil der Vereinbarung und kausal für die Zustimmung zur EVR (vgl. Vorinstanz, act. 513 Rz. 10).

**1.2.12.3** Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin hinsichtlich Massnahmen, Sanktion und Verfahrenskosten zwar das erhalten hat, was mit der EVR vereinbart war. Sie hat jedoch auch rechtzeitig und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie mit einer Verfügung in der Länge und im Detaillierungsgrad des Antrages angesichts von Bst. b der Vorbemerkungen der EVR nicht einverstanden sei und diesfalls eine Anfechtung der Verfügung in Betracht ziehe.

**1.2.12.4** Vorliegend wurde bei der Beschwerdeführerin die berechnete Erwartung erweckt, dass negative Publizität durch eine kurze Genehmigungsverfügung vermieden werden könne. Namentlich aufgrund dieser Erwartung erklärte sie sich mit der EVR und den darin festgehaltenen Massnahmen und einer Sanktion im aufgezeigten Sanktionsrahmen einverstanden. Da sie in dieser Erwartung letztlich aber getäuscht wurde, kann der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall das an sich aktuelle und schutzwürdige Rechtsschutzinteresse nicht aufgrund eines widersprüchlichen oder missbräuchlichen Verhaltens bzw. eines venire contra factum proprium abgesprochen werden.

**1.2.12.5** Die Bejahung der Beschwerdelegitimation im vorliegenden Fall steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 i.S. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013, weil sich die beiden Fälle in wesentlichen Punkten unterscheiden. Einerseits ist vorliegend die Beschwerdelegitimation einer EVR-Partei selbst zu prüfen, während Gegenstand des Bundesgerichtsurteils 2C\_524/2018 wie bereits erwähnt die Beschwerdelegitimation eines Drittbeschwerdeführers war. Andererseits wurde im dem Urteil 2C\_524/2018 zugrundeliegenden Fall auf die Auferlegung einer Sanktion verzichtet, so dass Regelungsgegenstand nur die Frage war, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist. Die Unzulässigkeit eines früheren Verhaltens war somit nicht zu prüfen. Demgegenüber wurde die Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung mit einer Sanktion belegt, weil ein unrechtmässiges Verhalten festgestellt worden ist. Entsprechend war vorliegend auch die Rechtmässigkeit des früheren Verhaltens zu beurteilen.

**1.2.12.6** Schliesslich geht auch das Argument der Vorinstanz, die Begründungen der Beschwerdeführerin im Klage- und Beschwerdeverfahren seien widersprüchlich,

weshalb kein schutzwürdiges Interesse gegeben sein könne, fehl. Ist die Rechtslage - wie vorliegend - unklar und widersprüchlich, verstösst es nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn jemand in einem Verfahren gegensätzliche Positionen einnimmt, um seine Rechte unabhängig vom Ausgang einzelner Rechtsstandpunkte optimal zu wahren (BGE 125 III 257 E. 2a; Urteil des BGer 1A.130/2000 vom 16. November 2000 E. 3.b; Urteil B-5903/2014 E.1.3.3). Dass in Bst. f der Vorbemerkungen der EVR festgehalten wurde, "dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens [...] die Ergreifung von Rechtsmittel erübrigt", ändert daran nichts. Diese Vorbemerkung ist nur im Sinne einer Kenntnisnahme oder eines allgemeinen Hinweises zu verstehen und nicht als Rechtsmittelverzicht. So oder so ist es nicht möglich, auf ein Rechtsmittel zu verzichten, noch bevor die Verfügung der WEKO ergangen ist (ZIRLICK/TAGMANN, BSK KG, Art. 29 N. 39 und 39c; HOWALD, a.a.O., S. 708; TSCHUDIN, a.a.O., S. 1025, vgl. zum Ganzen: Beuret, Die einvernehmliche Regelung, S. 69 ff.).

**1.2.12.7** Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die materielle Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ebenfalls zu bejahen ist. Die Beschwerdeführerin wurde mit der angefochtenen Genehmigungs- und Sanktionsverfügung mit einer Sanktion belastet und ihr wurden Verfahrenskosten auferlegt. Entsprechend hat sie an der Aufhebung und der Änderung der Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung ein praktisches und schutzwürdiges Interesse, das nicht infolge widersprüchlichen oder rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entfällt.

## 1.3 Übrige Eintretensvoraussetzungen

**1.3.1** Die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Zudem erfüllt die Beschwerdeschrift die gesetzlichen Anforderungen an Inhalt und Form (Art. 52 VwVG) und die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

**1.3.2** Der Kostenverschluss wurde ebenfalls fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind somit auch erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

## 2. Zweck und Geltungsbereich des Kartellgesetzes

**2.1** Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

**2.2** Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das KG beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet auf alle Sachver-

halte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst wurden (Art. 2 Abs. 2 KG).

**2.3** Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG. Die Vorinstanz wirft ihr die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG vor. Demnach soll sie zusammen mit weiteren Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. -importeuren im Rahmen von regelmässigen Treffen sowie in elektronischer Form sensible und preisrelevante Informationen ausgetauscht haben. Das vorgeworfene Verhalten sowie die sich daraus ergebenden Folgen beziehen sich auf die Schweiz. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich des KG nach Art. 2 KG ist demzufolge gegeben.

**2.4** Dem KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Ebenso nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

**2.5** Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind vorliegend nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin untersteht zwar dem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1) und als Finanzintermediärin im Sinne des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0) auch der Finanzmarktaufsicht. Diese beiden Erlasse enthalten jedoch keine Bestimmungen, die den Wettbewerb im Bereich Leasing und Fahrzeugfinanzierung ausschliessen würden. Überdies ergeben sich die vorliegenden Wettbewerbswirkungen auch nicht aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, womit auch ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 2 KG nicht zu diskutieren ist.

### **3. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens**

#### **3.1 Vorbringen der Parteien**

**3.1.1** Aufgrund des Abschlusses der EVR hat die Vorinstanz die Begründungsdichte und -tiefe in der Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung vom 29. Juni 2009 reduziert. Die Sachverhaltsdarstellung und die rechtliche Würdigung erfolgten summarisch. Mit der 46-seitigen Verfügung zielte die Vorinstanz "auf den Erlass einer sogenannten Kurzverfügung [ab]" (vgl. E. 27 der angefochtenen Verfügung).

**3.1.2** Die Beschwerdeführerin rügt deshalb, die Vorinstanz verletze mit der angefochtenen Verfügung "systematisch" ihre Beweis- und Begründungspflicht. Zudem genüge die Verfügung auch den Anforderungen an die Untersuchungsmaxime nicht.

**3.1.3** Namentlich in Bezug auf den Nachweis des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives, d.h. der

Marktabgrenzung, sei die Vorinstanz ihrer Beweis- und Begründungspflicht nicht nachgekommen. Auch die Beweisführung und Begründung hinsichtlich des Nachweises einer abgestimmten Verhaltensweise sei ungenügend. Des Weiteren verletze die Vorinstanz ihre Pflichten aus der Untersuchungsmaxime und ihre Begründungs- und Beweispflicht hinsichtlich des Nachweises der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung und des Nachweises einer Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG. Die Ausführungen der Vorinstanz seien weder überzeugend noch nachvollziehbar. Sie stütze sich ausschliesslich auf unbelegte Behauptungen.

**3.1.4** Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin kritisiere generell ihre Argumentationsweise. Ihre Argumentationslogik und die Vorgehensweise in der angefochtenen Verfügung entspreche jedoch der Praxis und dem Rechtsverständnis der EU-Kommission. Zwar gelte im Kartellrechtsverfahren die Untersuchungsmaxime, im wettbewerbsrechtlichen Kontext seien jedoch keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte könne eine strikte Beweisführung ausschliessen. Mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes dürften die Anforderungen an den Nachweis der verschiedenen Zusammenhänge nicht übertrieben werden.

**3.1.5** Vor diesem Hintergrund sei die Praxis der Vorinstanz, die Sachverhaltsausführungen und die rechtlichen Erwägungen bei EVR-Verfahren abschliessenden Verfügungen gekürzt darzustellen, zu schützen. Dies ergebe sich auch aus dem Urteil des Bundesgerichts 2C\_524/2018 vom 8. Mai 2019 i.S. *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013* (E. 2.5.2). Des Weiteren anerkenne auch das Bundesverwaltungsgericht, dass die Vorinstanz die entscheiderelevanten Tatsachen abzuklären, bei der Auswahl der zu untersuchenden Fakten aber auch den Grundsatz der Prozessbeschleunigung zu beachten habe (Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, *BMW*, E. 3.7.3). Dieser Grundsatz sei bei EVR-Verfahren umso mehr zu berücksichtigen.

**3.1.6** Die Vorinstanz habe vor Abschluss der EVR umfangreiche Ermittlungen durchgeführt. Die dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Beweismittel, die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung sowie die Ausführungen in ihren Eingaben im Beschwerdeverfahren würden in ausreichender Weise belegen, dass die Beschwerdeführerin zusammen mit den anderen Verfügungsadressatinnen an einem Informationsaustausch teilgenommen habe, der als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei. Sie habe sich in der angefochtenen Verfügung auf die unzulässige Preisabrede betreffend Standard- und Sonderzinssätze fokussiert.

#### **3.2 Untersuchungsgrundsatz, Beweispflicht und erforderliches Beweismass**

**3.2.1** Sowohl im Kartellverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG; Urteil des BVGer B-7756/2015 vom 16. August 2022, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 5.1.3 m.H.). Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind von der Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen abzu-

klären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind. Die behördliche Untersuchungspflicht wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG; BGE 143 II 425 E. 5.1; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 7.1; Urteile des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185 ff., KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, *Praxis-Kommentar VwVG*, Art. 12 N. 22 und 88). Zusätzliche Tatsachen, die erst aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen fallrelevant werden, sind von diesen darzulegen und manifestieren keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, *Hallenstadion*, Rz. 17 m.H.). Zudem ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 5.1.3 m.H.).

**3.2.1.1** Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.4.2; antizipierte Beweiswürdigung).

**3.2.1.2** Die erhobenen Beweismittel sind nach dem im Kartellverwaltungsverfahren ebenfalls anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung von den Wettbewerbsbehörden frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Sammelrevers*, E. 10.4; Urteile des BVGer B-710/2014 vom 16. November 2022, *Luftfracht*, E. 9.1.2; B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 6.2; B-5685/2012, *Altimum*, E. 4.5.2). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 BV zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2 und E. 8.3.1; Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 6.2).

**3.2.2** Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, um einen rechtserheblichen Sachumstand als bewiesen erachten zu können.

**3.2.2.1** Generell qualifiziert die Praxis den Überzeugungsbeweis als Regelbeweis. Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung über-

zeugt ist. Es wird keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich einerseits aus dem Gesetz, andererseits wurden sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine "Beweisnot" besteht. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. Davon zu unterscheiden ist die Glaubhaftmachung. Eine Tatsache gilt als glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2 f.; Urteile des BVGer B-710/2014, *Luftfracht*, E. 9.1.2; B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 6.3.1 f.; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 1217 f.; B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.4.4.1 f.; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155 ff.).

**3.2.2.2** Dabei kann das erforderliche Beweismass nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf Indizien erbracht werden. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig (Urteil des BGer 6B\_332/2009 vom 4. August 2009 E. 2.3, m.w.H.; Urteile des BVGer B-710/2014, *Luftfracht*, E. 9.1.4; B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 6.3.3; B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6; Entscheid der REKO/WEF FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, *Betosan AG et al.* [veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.]).

**3.2.3** Im Kartellverfahren gilt im Allgemeinen, dass der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen ist, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine ökonomische Analyse erforderlich ist, d.h. bei "gewöhnlichen" Lebenssachverhalten ohne multiple Wirkungszusammenhänge (Urteile B-710/2014, *Luftfracht*, E. 9.1.3; B-831/2011, *SIX*, E. 1219; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 80).

**3.2.3.1** Demgegenüber hat das Bundesgericht hinsichtlich der Feststellung einer Marktbeherrschung und -abgrenzung im Kartellverfahren klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten ein Nachweis auf der Grundlage der Gewissheit in ausreichender Weise nicht herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2 und 9.2.3.5). Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung oder der Marktabgrenzung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale eines wettbewerbswidrigen Verhaltens,

soweit im Einzelfall multiple Wirkungszusammenhänge bestehen und daher eine entsprechende Wettbewerbskomplexität gegeben ist. In diesen Fällen ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1219; B-771/2012, *Cellere*, E. 6.4.4.4; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 80).

**3.2.3.2** Um "gewöhnliche" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge handelt es sich beispielsweise bei der Frage, welche Informationen die Captives ausgetauscht haben. Im Gegensatz dazu gestaltet sich die Beurteilung von möglichen Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb der Natur der Sache nach komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen und Annahmen beurteilt werden. Da ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind, muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb wie auch allfällige Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (Urteile 2A.430/2006, *Sammelrevers*, E. 10.4; B-710/2014, *Lufffracht*, E. 9.1.3; B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 6.3.2; B-807/2012, *Erne*, E. 8.4.4.5). Des Weiteren gilt für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1218; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155, m.H.).

**3.2.4** Im Folgenden zu prüfen ist, ob bei Vorliegen einer EVR das gleiche Beweismass erfüllt sein muss oder ob die Anforderungen an das Beweismass aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt sind. Denn ein Hauptziel der EVR besteht wie erwähnt darin, ein Verfahren möglichst effizient durchführen und abschliessen zu können. Sowohl auf Seiten der Wettbewerbsbehörden als auch auf Seiten der Unternehmen sollen finanzielle und personelle Ressourcen eingespart werden können (BEURET, in: *Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler* [Hrsg.], *DIKE-Kommentar KG*, 2018, Art. 29 N. 4 [nachfolgend zit.: {AUTOR}, *DIKE-KG*]).

**3.2.4.1** Nach dem prozessualen Gehalt des in Art. 5 Abs. 1 BV enthaltenen Legalitätsprinzips sind die Behörden verpflichtet, Gesetzesverstösse zu verfolgen und zu ahnden (Verfolgungszwang; Beuret, *DIKE-KG*, Art. 29 N. 43 und Art. 26 N. 58). Dies hat gerade bei Verdacht auf schwerwiegende Kartellrechtsverstösse nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und Art. 7 KG zu gelten, bei welchen eine Sanktion droht (Urteil B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 7.4.3; ZIRLICK/TAGMANN, *BSK KG*, Art. 27 N. 15; TSCHUDIN, a.a.O., S. 1019; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht - Aktuelle Fragen und Entwicklungen, in: *Hochreutener/Stoffel/Amstutz*, 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht, *Grundlegende Fragen*, 2018, S. 8 f.). Für Opportunitätsüberlegungen bleibt in solchen Fällen kein Raum (Urteil B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 7.4.3). Zwar ist im KG der Verfolgungszwang - anders als beispielsweise in Art. 7 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0) - nicht

explizit verankert. Er ergibt sich jedoch implizit aus Art. 27 Abs. 1 KG und Art. 49a Abs. 1 KG (BEURET, *DIKE-KG*, Art. 29 N. 43; BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht, in: *Jusletter* vom 27. März 2017, S. 7).

**3.2.4.2** Die Vorinstanz hat über die Sanktionierung und die damit zusammenhängenden Fragen stets hoheitlich und von Amtes wegen zu entscheiden, und zwar grundsätzlich unabhängig von einem allfälligen Abschluss einer EVR (ZIRLICK/TAGMANN, *BSK KG*, Art. 29 N. 32). Denn Gegenstand von EVR sind nur die Massnahmen zur Beseitigung einer durch das Sekretariat als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung, d.h. das zukünftige Verhalten des Unternehmens (Urteil des BGER 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012, *Publigroupe*, E. 6.2.1 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72]; Beuret, *DIKE-KG*, Art. 29 N. 34). Eine EVR über das in der Vergangenheit liegende Verhalten bzw. über dessen rechtliche Würdigung ist nicht möglich. Über die Sanktion bzw. den Sanktionsanspruch des Staates kann im Schweizerischen Kartellrecht nicht verhandelt werden (Urteil B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 7.4.2; BEURET, *DIKE-KG*, Art. 29 N. 36 und 43; ZIRLICK/TAGMANN, *BSK KG*, Art. 29 N. 29 und 32).

**3.2.4.3** Entsprechend muss die Vorinstanz bei sanktionsbedrohten Sachverhalten - wenn das Sekretariat mit einem Unternehmen eine EVR abgeschlossen hat - neben der Genehmigung der EVR auch über eine allfällige Sanktionierung befinden. Da Art. 49a Abs. 1 KG für eine Sanktionierung voraussetzt, dass das Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, hat sie sich deshalb auch über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung auszusprechen. Dies erfordert eine genaue Abklärung des relevanten Sachverhalts und eine Entscheidung über die rechtliche Qualifikation des untersuchten Verhaltens (TSCHUDIN, a.a.O. S. 1019; ZIRLICK/TAGMANN, *BSK KG*, Art. 29 N. 55). Folglich kann im Zusammenhang mit dem Abschluss einer EVR bei sanktionsbedrohten Sachverhalten nicht aus prozessökonomischen Gründen von einem reduzierten Beweismass ausgegangen werden (vgl. auch BEURET, Die einvernehmliche Regelung, S. 306; ZIRLICK/TAGMANN, *BSK KG*, Art. 29 N. 59a). Ob es sich bei nicht sanktionsbedrohten Sachverhalten allenfalls anders verhält, braucht hier nicht entschieden zu werden.

**3.2.4.4** Ähnliches ergibt sich im Übrigen auch aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum erforderlichen Beweismass bei Vorliegen einer Selbstanzeige. Demnach genügen die Beschuldigungen eines Selbstanzeigers für sich allein nicht als massgebender oder gar als hinreichender Beweis für einen Wettbewerbsverstoss, wenn die belasteten Drittunternehmen die Beschuldigungen bestreiten. Vielmehr sind die Behauptungen des Selbstanzeigers stets durch weitere Beweismittel zu ergänzen und zu untermauern. Im Schweizerischen Kartellrecht dürfen bei Vorliegen einer Selbstanzeige die Anforderungen an das Beweismass im Zusammenhang mit belasteten Dritten nicht aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt werden. Dem Untersuchungsgrundsatz ist auch im Fall einer Selbstanzeige in vollem Umfang Geltung und Nachachtung zu verschaffen. Der Sachverhalt ist für jede einzelne Ver-



fahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend muss der Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last gelegt werden (Urteile des BVGer B-807/2012, *Erne*, E. 8.5.4 ff.; B-771/2012, *Celle-re*, E. 6.5.4 ff.; B-8399/2010, *Siegenia-Aubi*, E. 4.4 ff., insb. E. 4.4.34 f., aufgehoben mit Urteil 2C\_1016/2014).

**3.2.4.5** Zwar setzt die einvernehmliche Regelung im Gegensatz zur Selbstanzeige kein Geständnis voraus. Es ist aber denkbar, dass eine an einer EVR interessierte Partei den Sachverhalt freiwillig eingesteht, den Sachverhalt und die rechtliche Beurteilung zumindest nicht bestreitet oder - wie vorliegend - eine zusätzliche Sachverhaltsanerkennung unterzeichnet. In einem solchen Fall dürfen die Wettbewerbsbehörden für den Beweis des Kartellverstosses nicht bloss auf das Geständnis bzw. die Sachverhaltsanerkennung zurückgreifen. Ein Geständnis bzw. eine Sachverhaltsanerkennung ist vielmehr auf seine bzw. ihre Glaubwürdigkeit hin zu überprüfen, in dem es bzw. sie durch weitere Beweismittel ergänzt und untermauert wird. Das Geständnis bzw. eine Sachverhaltsanerkennung kann folglich nur als eines von mehreren Beweismitteln herangezogen werden, um den Nachweis eines Kartellrechtsverstosses zu erbringen (vgl. zum Ganzen: BEURET, Die einvernehmliche Regelung, S. 133 ff.). Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes zum Beweismass bei Selbstanzeigen haben damit vorliegend - insbesondere hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin unterzeichneten Sachverhaltsanerkennung (s. Bst. B.e oben) - analog zu gelten.

**3.2.4.6** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei EVR-Verfahren im Zusammenhang mit sanktionsbedrohten Sachverhalten das auch sonst in Kartellverfahren erforderliche Beweismass erfüllt sein muss, damit ein rechtserheblicher Sachumstand als bewiesen erachtet werden kann.

**3.2.5** Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Beweispflicht haben einen engen Bezug zur rechtlichen Würdigung des der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz vorgeworfenen Verhaltens. So gehen zahlreiche von der Beschwerdeführerin vermisste Untersuchungshandlungen auf eine andere Rechtsauffassung der Vorinstanz zurück oder erweisen sich aufgrund des von der Vorinstanz festgestellten Beweisergebnisses unter Umständen als nicht (mehr) nötig. Im Einzelnen werden die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und der Beweispflicht deshalb im Rahmen der materiellen Beurteilung in den nachfolgenden Erwägungen zu prüfen sein (vgl. in diesem Sinne bereits die BVGE 2011/32, *Terminierung Mobilfunk*, E. 1.1.2; Urteile des BVGer B-7920/2015 vom 16. August 2022 i.S. *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 5.1.6; B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5; B-771/2012, *Cellere*, E. 5.3; B-831/2011, *SIX*, E. 206).

**3.2.6** Im Allgemeinen ist allerdings bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass die Vorinstanz mit den Hausdurchsuchungen bei acht Untersuchungsadressatinnen bzw. den dabei beschlagnahmten Dokumenten, mit den Selbstanzeigen und den mit diesen eingereichten Beweismitteln, den Stellungnahmen auf Fragebögen und

den Einvernahmen grundsätzlich umfangreiche Beweismassnahmen vorgenommen hat.

### 3.3 Begründungspflicht

**3.3.1** Wie bereits erwähnt, rügt die Beschwerdeführerin sodann, die Vorinstanz sei ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen (s. E. 3.1.2 f. oben).

**3.3.2** Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV geregelten Anspruch auf rechtliches Gehör leitet die Rechtsprechung die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Das rechtliche Gehör als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht erfordert, dass die Behörde die Vorbringen einer Partei tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 139 V 496 E. 5.1; 129 I 232 E. 3.2, je m.w.H.; Urteil des BGer 1C\_33/2016 vom 17. November 2016 E. 3.2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S 885 ff.; STEINMANN, St. Galler Kommentar, N. 49 zu Art. 29 BV; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Rz. 102 f. zu Art. 29 VwVG). Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 V 557 E. 3.2; 134 I 83 E. 4.1).

**3.3.2.1** Der Umfang der Begründungspflicht richtet sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls. Allgemein werden an die Begründung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umso strengere Anforderungen gestellt je weiter der eingeräumte Ermessensspielraum der Behörde und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind (BGE 129 I 232 E. 3.3.; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 30). Angesichts der grossen Anzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und der Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte bzw. der damit zusammenhängenden rechtlichen und ökonomischen Fragen sind an die Begründung in Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich erhöhte Anforderungen zu stellen (IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N. 30).

**3.3.2.2** Ein Verstoss gegen die Begründungspflicht kann jedoch geheilt werden, wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachliefert (LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, 1998, S. 214 m.H.). Dem Anspruch auf Begründung wird somit Genüge getan, wenn die Behörde die Begründung im Rechtsmittelverfahren ergänzt und der Betroffene Gelegenheit erhält, in einem zweiten Schriftenwechsel dazu Stellung zu neh-

men (Urteil des BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 5 m.w.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 6.2 m.w.H.).

**3.3.3** Wie erwähnt besteht das Ziel einer EVR insbesondere darin, ein Verfahren möglichst effizient durchführen und abschliessen zu können (s. E. 3.2.4 oben). Zudem erklären sich die EVR-Parteien in den Rahmenbedingungen zur EVR in der Regel mit einer Reduktion der Begründungsdichte und -tiefe ausdrücklich einverstanden (s. Bst. B.d).

**3.3.3.1** Dem Sinn und Zweck von EVR-Verfahren folgend liegt es in dessen Natur, dass die Genehmigungs- bzw. Sanktionsverfügung der Vorinstanz kürzer ausfällt als in Untersuchungen ohne EVR. Dabei sollte die Darstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und dessen rechtliche Würdigung in der Verfügung möglichst kurz und einfach, trotzdem aber vollständig erfolgen (BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N. 67). Die Begründung ist jedoch so abzufassen, dass sich das betroffene Unternehmen von der Angelegenheit ein Bild machen und die Verfügung sachgerecht anfechten kann. Die Überlegungen, die für die Behörde entscheidend waren, sind zumindest kurz zu nennen, wobei eine Beschränkung auf die wesentlichen Gesichtspunkte genügt (vgl. E. 3.3.2 oben).

**3.3.3.2** Ergreift ein Unternehmen ein Rechtsmittel gegen die Sanktions- bzw. Genehmigungsverfügung, so hat die Vorinstanz im Rechtsmittelverfahren im Rahmen des Schriftenwechsels den Sachverhalt vollständig darzustellen und eine ausführliche Begründung nachzuliefern, so dass die angefochtene Verfügung zusammen mit der Vernehmlassung und den weiteren Eingaben der Vorinstanz den oben erwähnten erhöhten Anforderungen an die Begründung in Kartellverwaltungsverfahren gerecht wird (s. E. 3.3.2.1).

**3.3.4** Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vom 26. Juni 2019 den Sachverhalt zusammengefasst kurz dargestellt (s. Bst. D.b). Des Weiteren legt sie dar, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt seien. Sie begründet, weshalb eine Abstimmung (ein Mindestmass an Koordination) gegeben sei und machte Ausführungen zum Marktverhalten. Der Kausalzusammenhang könne bei einem langandauernden, systematischen Informationsaustausch vermutet werden. Zusätzlich führt die Vorinstanz aus, inwiefern dieser vorliegend auch belegt werden könne. Weiter begründet sie mit Verweis auf die europäische Praxis und Rechtsprechung, dass der vorliegende Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt habe. Sie stellt zudem klar, dass sie davon ausgehe, dass alle Verfügungsadressatinnen auf derselben Marktstufe tätig seien.

**3.3.4.1** Die Vorinstanz begründet weiter, dass der Informationsaustausch als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren sei, da der Zinssatz einen Finanzierungspreis darstelle. In einer Eventualbegründung legt sie dar, dass das Vorliegen einer Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG selbst dann bejaht werden müsste, wenn ein Zinssatz nur einen Preisbestandteil darstelle. Des Weiteren führt sie aus, inwiefern vorliegend Aussen- und Innenwettbewerb bestehen geblieben sei, womit die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

widerlegt wurde. In diesem Zusammenhang grenzt sie vorab den relevanten Markt ab und setzt sich insbesondere mit dem Einwand auseinander, die Captives würden in keinem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen. Die Vorinstanz folgert mit Verweis auf BGE 143 II 297 i.S. *Gaba*, dass eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a i.V.m. Abs. 1 KG vorliege, und legt dar, dass diese nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt gewesen sei (Art. 5 Abs. 2 KG).

**3.3.4.2** Es zeigt sich, dass die Begründung in der angefochtenen Verfügung zwar über weite Strecken allgemein gehalten wird und eingehende Ausführungen hinsichtlich der einzelnen acht Verfügungsadressatinnen fehlen. Zudem fokussierte sich die Vorinstanz auf die Würdigung des Informationsaustausches zu Standard- und Sonderzinssätzen. Die Vorinstanz geht aber betreffend das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auf alle wichtigen Prüfungspunkte kurz ein und die Unternehmen können sich vom vorgeworfenen Sachverhalt ein genügendes Bild machen. Die spezifischen Begründungen für die einzelnen Untersuchungsadressatinnen und damit insbesondere für die Beschwerdeführerin bewegen sich zwar am unteren Rande dessen, was den Anforderungen an die Begründungspflicht noch gerecht werden kann. Wie die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vom 10. September 2019 aufzeigt, blieb diesbezüglich eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung aber dennoch möglich. Die Begründung der angefochtenen Verfügung in Bezug auf das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede erfüllt die oben erwähnten verminderten Anforderungen an die Begründungstiefe und -dichte einer in einem EVR-Verfahren abzuschliessenden Genehmigungsverfügung deshalb gerade noch.

**3.3.4.3** Des Weiteren hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 12. Oktober 2020, in ihrer Duplik vom 18. April 2021 sowie in ihren Stellungnahmen vom 18. Mai 2021, 6. Juli 2021 und 2. März 2022 zu zahlreichen Punkten eine dichtere und tiefere Begründung nachgeliefert. Namentlich hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives (vgl. Vernehmlassung Rz. 19 ff., Duplik Rz. 34 ff.), dem Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise (vgl. Vernehmlassung Rz. 26 ff., Duplik Rz. 48 ff., Stellungnahme vom 18. Mai 2021 Rz. 14 ff.), dem Nachweis einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsabrede (vgl. Vernehmlassung Rz. 34 ff., Duplik Rz. 55 f., Stellungnahme vom 18. Mai 2021 Rz. 25 ff.) sowie dem Nachweis einer Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (vgl. Vernehmlassung Rz. 38 ff., Stellungnahme vom 18. Mai 2021 Rz. 28 ff.) hat sie ihre Begründung ergänzt. Die Beschwerdeführerin konnte zu diesen Eingaben der Vorinstanz im Rahmen des Schriftenwechsels Stellung nehmen (s. Bst. I und J oben). Selbst wenn vorliegend von einem Verstoß gegen die Begründungspflicht hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Wettbewerbsabrede auszugehen wäre, so wäre dieser im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit geheilt worden.

**3.3.4.4** Sodann nennt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Voraussetzungen für die Sanktionierung. Sie begründet hinsichtlich der Bemessung der Sanktion, weshalb sie unter Berücksichtigung der Art

und Schwere des Verstosses einen Basisbetrag von 5% (des Umsatzes des betreffenden Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung) als angemessen erachte. Weiter führt sie aus, der Basisbetrag werde in Abhängigkeit der individuellen Dauer der Teilnahme der Verfügungsadressatinnen um 62.5-77.5% erhöht und für den Abschluss der EVR werde eine Sanktionsreduktion von je 15% gewährt. Schliesslich enthält die angefochtene Verfügung eine kurze Begründung zu den Verfahrenskosten.

**3.3.4.5** In Bezug auf die Sanktionsbemessung hat es die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung jedoch unterlassen, zu sämtlichen relevanten Parametern die Überlegungen zu nennen, von welchen sie sich hat leiten lassen und auf welche sie ihren Entscheid gestützt hat. Die Berechnung der der Beschwerdeführerin auferlegten Sanktion kann aufgrund der in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Begründung nicht nachvollzogen werden. Namentlich blieb unerwähnt, von welchen Umsatzzahlen und welchem relevanten Markt bei der Berechnung des Basissanktionsbetrages ausgegangen wurde. Ebenso hat die Vorinstanz es unterlassen, sämtliche zur Anwendung gebrachten Sanktionsmilderungsgründe zu nennen. So hat die Vorinstanz nicht ausgeführt, dass die Sanktion der Beschwerdeführerin infolge Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung um weitere 20% reduziert wurde.

**3.3.4.6** Wie erwähnt (s. E. 3.2.4.2 oben), ist die Sanktion nicht von der EVR umfasst. Entsprechend muss die Begründung der Sanktionsbemessung auch in einer Genehmigungsverfügung so abgefasst sein, dass auf alle relevanten Parameter kurz eingegangen wird und die Berechnung der auferlegten Sanktion nachvollzogen werden kann. Die angefochtene Verfügung erfüllt diese Anforderungen an die Begründung hinsichtlich der Sanktionsbemessung nicht. Die Vorinstanz hat diesbezüglich somit ihre Begründungspflicht verletzt.

**3.3.4.7** Allerdings hat die Vorinstanz auch in Bezug auf die Sanktionsbemessung im Laufe des Beschwerdeverfahrens weitere Begründungselemente nachgeliefert (vgl. Vernehmlassung Rz. 43 ff., Duplik Rz. 68 ff., Stellungnahme vom 6. Juli 2021). Sie hat dabei darlegt und begründet, von welchen Umsatzzahlen sie bei der Berechnung des Basisbetrages ausgegangen ist. Ebenso hat sie ausgeführt, dass und weshalb sie die Sanktion um weitere 20% gemindert hat. Damit hat die Vorinstanz die wesentlichen Gesichtspunkte, die für sie bei der Sanktionsbemessung entscheidend waren, genannt. Die von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren nachgelieferte, zwar eher kurz gehaltene Begründung zur Sanktionsberechnung vermag die Verletzung der Begründungspflicht somit heilen, zumal die Beschwerdeführerin im Rechtsmittelverfahren zur ergänzten Begründung der Vorinstanz Stellung nehmen konnte.

#### **4. Aufgrund der Vorakten erwiesener Sachverhalt**

Die Vorinstanz hat sich in der angefochtenen Verfügung vorrangig auf die Darlegung und Würdigung der Verhaltensweisen betreffend Standard- und Sonderzinssätze fokussiert. Nach Auffassung des Gerichts sind die vorgeworfenen Verhaltensweisen jedoch im Gesamtkontext zu sehen. Die einzelnen Elemente des Informationsaus-

tausches stehen miteinander in Verbindung und beeinflussen sich gegenseitig. Dies wird letztlich auch aus der angefochtenen Verfügung deutlich, zumal auch die Vorinstanz - trotz Fokus auf die Standard- und Sonderzinssätze - in ihren Erwägungen wiederholt auf den Informationsaustausch als Ganzes bzw. auf den Austausch zu weiteren Elementen (Penetrationsraten, Gebühren, Amortisationstabellen, etc.) Bezug genommen hat. Demzufolge wird nachfolgend der erwiesene Sachverhalt betreffend den Informationsaustausch als Ganzes dargestellt. Es wird auf den Informationsaustausch zu den Elementen Penetrationsraten, Gebühren, Amortisationstabellen etc. gleichermassen eingegangen wie auf den Informationsaustausch zu den Standard- und Sonderzinssätzen.

Vorab erfolgen für ein besseres Verständnis allgemeine Ausführungen zum (Automobil-)Leasing und zu den in diesem Bereich tätigen Unternehmen.

#### **4.1 (Automobil-)Leasing im Allgemeinen**

**4.1.1** Der Begriff "Leasing" stammt vom englischen Wort to lease (überlassen, vermieten) und wurde Ende der Fünfzigerjahre aus den USA übernommen (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, Rz. 3720). Das Leasing war zunächst eine Idee der Absatzförderung. Einige Hersteller begannen damit, ihre Produkte nicht nur zu verkaufen, sondern auch zu vermieten (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2017, S. 459). Die wirtschaftliche Funktion des Leasinggeschäfts ist namentlich in der Möglichkeit zu sehen, ein individualisiertes, wirtschaftliches Gut zu gebrauchen und zu nutzen, ohne sofort einen grossen Geldbetrag zum Erwerb desselben einsetzen zu müssen (CORNELIA STENGEL, Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, Kredit und Leasing, Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten, Diss. 2014, Rz. 194; zur wirtschaftlichen Funktion des Leasings vgl. auch THOMAS W. MERRILL, The Economics of Leasing, Journal of Legal Analysis, 2020, Volume 12, S. 221-272).

**4.1.2** Ein Leasingvertrag liegt vor, wenn die Leasinggeberin dem Leasingnehmer gegen ein in Teilbeträgen zu bezahlendes Entgelt eine bewegliche oder unbewegliche Sache (Leasingobjekt) zur freien Nutzung und Verwendung für einen bestimmten Zeitraum überlässt, wobei der Leasingnehmer die Gefahr trägt und für die Erhaltung aufzukommen hat. Das formale Eigentum verbleibt bei der Leasinggeberin (Urteil des BGer 4A\_404/2008 E. 4.1; AMSTUTZ/MORIN, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2019, Einl. vor Art. 184 ff. N. 59; CLAIRE HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3722; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2021, Rz. 2527). Dieses in Teilbeträgen zu bezahlende Entgelt für die Gebrauchsüberlassung eines Leasingobjektes wird umgangssprachlich und in der Literatur entweder als Leasingzins (im weiteren Sinn) oder als Leasingrate bezeichnet. Im vorliegenden Urteil wird hierfür nachfolgend nur noch der Begriff Leasingrate verwendet. Der Begriff Leasingzins wird ausschliesslich im engeren Sinn für den Preis für die

Zurverfügungstellung des notwendigen Kapitals gebraucht (s. E. 4.1.13 unten).

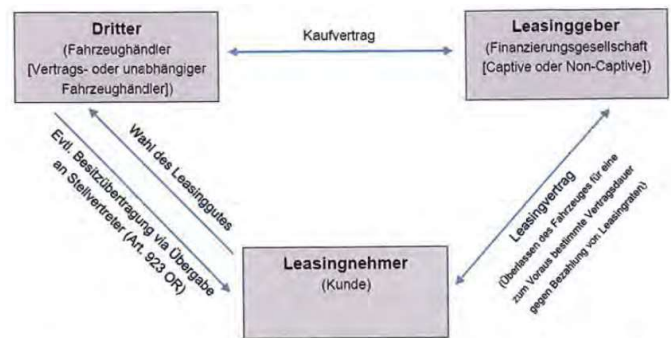
**4.1.3** Der Leasingvertrag kommt in verschiedenen Formen vor. Bei der Unterteilung dieser Formen wird insbesondere an der Zahl der beteiligten Parteien angeknüpft.

**4.1.4** Beim direkten Leasing, dem sog. Hersteller- oder Händlerleasing, finanziert der Hersteller oder Lieferant das Leasing, womit er selber die Rolle des Leasinggebers übernimmt. Es handelt sich somit um ein Zweiparteiengeschäft (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3729; Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl. 2021, Rz. 1308).

**4.1.5** Beim indirekten Leasing besteht dagegen ein Dreipersonenverhältnis (SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., Rz. 2528; HONSELL, a.a.O., S. 462). Der Kunde bzw. Leasingnehmer wählt bei einem Händler bzw. Lieferanten (Dritter) das Leasingobjekt aus (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3730). Ergibt sich dann, dass der Kunde den Gegenstand nicht kaufen, sondern leasen will, so wird eine Leasinggesellschaft eingeschaltet, die in aller Regel bereits in laufendem Geschäftskontakt mit dem Verkäufer steht (HONSELL, a.a.O., S. 462). Zwischen dem Kunden und der Finanzierungsgesellschaft wird ein Leasingvertrag über das Leasingobjekt abgeschlossen, wonach die Finanzierungsgesellschaft das Leasingobjekt dem Kunden gegen Entgelt zum Gebrauch überlässt (vgl. HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3730). Die Leasinggeberin erwirbt daraufhin das vom Leasingnehmer gewählte Leasingobjekt gemäss den Anweisungen des Leasingnehmers beim Händler bzw. Lieferanten (Dritter; STENGEL, a.a.O., Rz. 192). Dieser Erwerb des Leasingobjektes durch die Leasinggesellschaft ist nicht Teil des Leasingvertrages zwischen der Leasinggesellschaft und dem Leasingnehmer, sondern ein eigener Vertrag zwischen Leasinggesellschaft und Händler bzw. Lieferant (PETER SCHATZ, Das Leasing von Automobilen, AJP 2006, 1042 ff., 1042). Der Erwerbsvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Händler ist mit dem eigentlichen Leasingvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Leasingnehmer jedoch gekoppelt, da die Leasinggeberin das Eigentum am bezeichneten Leasingobjekt einzig deshalb erwirbt, um dem Leasingnehmer - in Erfüllung ihrer leasingvertraglichen Verpflichtung - den vollen Nutzen und Gebrauch daran zu ermöglichen (STENGEL, a.a.O., Rz. 192). Die Übergabe des Leasingobjektes erfolgt in der Regel direkt vom Händler bzw. Lieferanten an den Kunden. Die Finanzierungsgesellschaft erwirbt das Eigentum mittels Stellvertretung (Art. 923 OR; vgl. HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3728 und 3730).

**4.1.6** Der Begriff "Leasingvertrag" bezeichnet somit nur den Vertrag zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer, während das gesamte Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeberin, Leasingnehmer und Händler bzw. Lieferant als "Leasinggeschäft" oder "Leasing" bezeichnet wird. Das Leasinggeschäft umfasst die gesamte Transaktion - von der Auswahl und dem Kauf des Leasingobjektes und dessen Auslieferung an den Leasingnehmer bis zur Beendigung des Leasingvertrags (STENGEL, a.a.O., Rz. 193).

**4.1.7** Beim Automobilleasing besteht in der Regel ein solches Dreipersonenverhältnis, das wie folgt grafisch dargestellt werden kann:



Die Leasinggeberin, unabhängig ob es sich dabei um eine Captive oder eine Non-Captive handelt, profitiert somit von den Einnahmen aus dem Leasingvertrag. Captive Leasinggeberinnen profitieren aufgrund ihrer noch genauer aufzuzeigenden Verbundenheit mit einer Hersteller- bzw. Importeurgesellschaft (s. E. 4.2 unten) insbesondere im Neuwagengeschäft zusätzlich dadurch, dass die verbundene Hersteller- bzw. Importeurgesellschaft einen Fahrzeugverkauf realisiert.

**4.1.8** Weiter zu beachten ist, dass Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen, die bei vorzeitiger Auflösung eine Erhöhung der vereinbarten Leasingraten vorsehen, als Konsumkreditverträge gelten (Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG). Auf solche Leasingverträge und damit auch auf einen namhaften Teil der Automobilleasingverträge findet das KKG in eingeschränkter Form Anwendung (Art. 8 Abs. 1 KKG). Art. 8 Abs. 1 KKG listet die anwendbaren Bestimmungen auf. Demnach gelten für Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG zahlreiche zwingende Bestimmungen hinsichtlich Formvorschriften, Mindestinhalt des Vertrages, Notwendigkeit einer Restwerttabelle, etc. (vgl. insbesondere Art. 11 KKG). Nicht unterstellt sind dem KKG Verträge über Kredite und Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG von weniger als 500 Franken oder mehr als 80'000 Franken (Art. 7 Abs. 1 Bst. e KKG; Urteil des BGer 4A\_398/2018 vom 25. Februar 2009 E. 5.2; HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3744c) sowie Verträge, bei denen das Leasingobjekt (Fahrzeug) dem geschäftlichen Gebrauch des Leasingnehmers dient.

**4.1.9** Die beim Automobilleasing vom Leasingnehmer zu entrichtende monatliche Leasingrate für die Nutzung des Fahrzeuges während der Leasingdauer setzt sich aus einer Amortisations- und einer Zinskomponente zusammen. Mit der Amortisation wird die Wertverminderung abgegolten, die das Fahrzeug während des Leasings erfährt. Mit den Zinskosten wird die Leasinggeberin für die Zurverfügungstellung des notwendigen Kapitals entschädigt. Die Berechnung dieser Elemente lässt sich (leicht vereinfacht) wie folgt darstellen (vgl. AMAG Leasing, Endlich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 12; [www.amag-group.blog/wp-content/uploads/2019/01/AMAG\\_Leasing\\_Guide\\_148x210mm\\_4f\\_d\\_low.pdf](http://www.amag-group.blog/wp-content/uploads/2019/01/AMAG_Leasing_Guide_148x210mm_4f_d_low.pdf) [letztmals abgerufen am 05.06.2023]):

**4.1.10** Beim Nettopreis handelt es sich um den mit dem Fahrzeughändler ausgehandelten und vereinbarten Preis für das Fahrzeug.

|  |                |
|--|----------------|
| $(\text{Nettopreis} + \text{Restwert}) \times \text{Zins} \times \text{Jahre}$ | = Zinskosten   |
| $2 \times 100$   |                |
| $\text{Nettopreis} - \text{Restwert}$  | = Amortisation |
| $(\text{Zinskosten} + \text{Amortisation}) / \text{Anzahl Monate}$             | = Rate         |

**4.1.11** Die Höhe der Amortisation ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Nettopreis des Fahrzeuges und dem Restwert des Fahrzeuges bei Ablauf der Leasingdauer. Der Restwert ist vertraglich vereinbart und stellt ein kalkulatorischer Wert dar. Er ist abhängig von der Leasingdauer und damit vom Alter des Autos bei Ablauf der Vertragsdauer sowie von der vertraglich vereinbarten Kilometerleistung.

**4.1.12** Durch eine Anzahlung bzw. eine sog. "erste grosse Leasingrate" kann der Finanzierungsbetrag des Leasingfahrzeuges reduziert werden. Die Anzahlung wird vom Nettopreis in Abzug gebracht, womit die monatliche Leasingrate kleiner wird, da die Leasinggesellschaft weniger Geld zur Verfügung stellen muss (vgl. AMAG Leasing, Endlich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 12).

**4.1.13** Mit den Zinskosten werden sodann die Zurverfügungstellung des notwendigen Kapitals durch die Leasinggeberin und die durch sie erbrachten Dienstleistungen entschädigt.

**4.1.14** Das KKG sieht vor, dass die mit der üblichen Abwicklung des Leasingvertrages verbundenen Kosten bereits im effektiven Jahreszinssatz enthalten sein müssen (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KKG), womit in diesem Zusammenhang keine weiteren Gebühren erhoben werden dürfen. Hingegen kann die Leasinggeberin für Kosten, welche bei Nichterfüllung einer im Vertrag aufgeführten Verpflichtung entstehen, Gebühren erheben (vgl. Art. 34 Abs. 2 Bst. a KKG). Ebenso können bei verspäteter Bezahlung der Leasingraten Verzugszinsen auf die ausstehenden Beträge in Rechnung gestellt werden (HANS GIGER, Berner Kommentar, Der Konsumkredit, 2007, S. 504 f.).

**4.1.15** Nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Leasingdauer ist das Fahrzeug zurückzugeben. Je nach Vertragsausgestaltung hat der Leasingnehmer in diesem Zeitpunkt aber auch die Möglichkeit den Leasingvertrag zu verlängern, das Leasingobjekt zu kaufen oder einen neuen Leasingvertrag einzugehen (HUGUENIN, a.a.O., Rz. 3727). Die Rückgabe des Fahrzeuges erfolgt an den Fahrzeughändler bzw. an die vom Leasinggeber bezeichnete Garage. Es wird ein Rückgabeprotokoll erstellt. Der Leasingnehmer hat eine allfällige übermässige Abnutzung des Fahrzeuges (Überschreiten der vereinbarten Kilometerzahl, Schäden, etc.) finanziell auszugleichen (vgl. beispielhaft CA Auto Finance, Allgemeine Vertragsbedingungen [AVB] Typ Leasing [Version 2023\_1], Rn. N, [www.ca-autofinance.ch/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/AVB\\_Leasing\\_2023\\_1.pdf](http://www.ca-autofinance.ch/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/AVB_Leasing_2023_1.pdf) [letztmals abgerufen am 05.06.2023]; AMAG Leasing, End-

lich das Wunschauto fahren, Ihr Guide zum mühelosen Leasing, S. 11).

**4.1.16** Bei Leasingverträgen über Fahrzeuge, die in den Geltungsbereich des KKG fallen, kann der Leasingnehmer den Leasingvertrag zudem vorzeitig kündigen, wobei das KKG eine Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende einer dreimonatigen Leasingdauer vorsieht (Art. 17 Abs. 3 KKG). Bei einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages muss die Leasingnehmerin der Leasinggeberin die Differenz zwischen dem aktuellen Buchwert des Fahrzeuges und der bereits geleisteten Amortisation entschädigen. Denn die Amortisation des Wertverlustes des Fahrzeuges erfolgt bei einem Leasingvertrag mit Bezahlung von konstanten Leasingraten, der tatsächliche Wertverlust eines Fahrzeuges ist aber zu Beginn der Leasingdauer in aller Regel grösser und flacht im Verlauf der Leasingdauer ab. Hierzu muss der Leasingvertrag eine nach anerkannten Grundsätzen erstellte Tabelle enthalten, aus der hervorgeht, was der Leasingnehmer bei einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrags zusätzlich zu den bereits entrichteten Leasingraten zu bezahlen hat und welchen Restwert die Leasing Sache zu diesem Zeitpunkt hat (Art. 11 Abs. 2 Bst. g KKG; sog. Auflösetabelle). Diese Auflösetabellen werden durch die Leasinggeberin definiert.

## 4.2 Im Bereich Automobileasing tätige Unternehmen

**4.2.1** Im Bereich des Leasings von Fahrzeugen (PKW und leichte Nutzfahrzeuge) sind verschiedene Finanzierungsgesellschaften, namentlich Non-Captives und Captives tätig. Non-Captives sind unabhängige Finanzinstitute, die Finanzierungsmöglichkeiten für Fahrzeuge sämtlicher Automobilmarken anbieten. Im Untersuchungszeitraum waren dies in der Schweiz Cembra Money Bank AG, EFL Autoleasing AG, BANK-Now AG und Cashgate AG. Bei den Captives handelt es sich dagegen um hersteller- bzw. importeurgebundene Finanzinstitute, die i.d.R. mit einer Automarke oder -gruppe (konzernmässig) verbunden sind. Im Untersuchungszeitraum waren die in Bst. A.b oben genannten Untersuchungsadressatinnen in der Schweiz als Captives tätig. Ihre Haupttätigkeit besteht in der Bereitstellung von Finanzierungsmöglichkeiten für Erzeugnisse ihrer Gruppe, bzw. für Produkte, die durch sie importiert werden. Die Captives bzw. ihre Leasing- und Finanzierungsangebote dienen namentlich der Absatzförderung von Fahrzeugen der mit ihr verbundenen Automarke(n) (s. E. 4.1.1 oben; vgl. Vorinstanz, act. 2602 Rz. 324 ff., act. 2503 S. 2).

**4.2.2** Die Beschwerdeführerin war im Untersuchungszeitraum als Captive für Fahrzeuge der Fiat-Gruppe tätig. Erst mit Statutenänderung vom 3. April 2023 hat sie ihren Gesellschaftszweck angepasst (vgl. amtliche Publikation der Mutation im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 17. April 2023, Nr. 73, S. 97). Mit entsprechender Medienmitteilung vom 4. April 2023 gab sie bekannt, zukünftig nicht mehr als Captive tätig zu sein ([www.ca-autofinance.ch/wp-content/uploads/sites/14/2023/04/CA-Auto-Bank\\_Press-release\\_DE\\_Switzerland.pdf](http://www.ca-autofinance.ch/wp-content/uploads/sites/14/2023/04/CA-Auto-Bank_Press-release_DE_Switzerland.pdf)). Für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt sind allerdings die Verhältnisse im Untersuchungszeitraum relevant. In den nachfolgenden Erwägungen wird deshalb ausschliesslich auf den Gesellschaftszweck und die Verbundenheit der Beschwerdeführerin

mit anderen Unternehmen während des Untersuchungszeitraums Bezug genommen.

**4.2.3** Neben den Captives und Non-Captives sind noch weitere Akteure, insbesondere die Fahrzeughändler, direkt oder indirekt in das Automobilleasing involviert. Fahrzeughändler sind entweder unabhängig tätig oder haben mit einer oder mehreren Automobilmarken bzw. der jeweiligen Hersteller- oder Importeurgesellschaft für den Vertrieb der jeweiligen Fahrzeuge Händlerverträge abgeschlossen (vgl. Urteil B-3332/2012, BMW, Bst. A.a). Dass die Händler im Bereich Leasing ebenfalls eine wichtige Rolle spielen, wird bereits aus dem oben dargestellten Dreipersonenverhältnis beim Leasinggeschäft ersichtlich (s. E. 4.1.7). Zudem gingen die Finanzierungsgesellschaften gemäss Vorbringen der Beschwerdeführerin selbst nicht aktiv auf Kundenakquise (vgl. Replik der Beschwerdeführerin vom 18. Dezember 2020, Rz. 55). Der Kunde bzw. Leasingnehmer nahm bei der Suche nach einem Fahrzeug in der Regel zunächst Kontakt zu einem oder mehreren Fahrzeughändlern auf. Ergab sich, dass er das Fahrzeug leasen wollte, vermittelte der Fahrzeughändler den Kontakt zu einem oder mehreren Finanzierungsgesellschaften. Direkte Ansprechperson des Endkunden blieb regelmässig der Händler, namentlich auch für das Leasingangebot. Der Händler profitierte nicht nur insofern vom Abschluss eines Leasinggeschäfts, als es dadurch mit der Leasinggeberin zu einem Verkaufsgeschäft über das fragliche Fahrzeug kam, sondern er erhielt bei einem erfolgreichen Abschluss eines Leasingvertrages von der Leasinggeberin auch eine Kommission bzw. Provision, welche i.d.R. aus einem gewissen Prozentsatz des Finanzierungswertes bestand (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 84 ff.). Insgesamt übernahm der Händler beim Abschluss des Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer eine wichtige Vermittlerrolle (s. E. 4.1.5 oben).

**4.2.4** Des Weiteren folgt aus der Erwägung 4.2.1 f., dass auch die Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften der jeweiligen Automobilmarken im Leasinggeschäft in gewisser Hinsicht eine Rolle spielen. So dienen die Leasing- und Finanzierungsangebote der Captives, wie erwähnt, der Absatzförderung von Fahrzeugen der jeweils mit ihnen verbundenen Automarke(n) (s. E. 4.2.1 oben). Ausserdem sind die Captives mit den Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften (konzernmässig) verbunden.

**4.2.5** Schliesslich besteht auch zwischen den Händlern und den Hersteller- bzw. Importeurgesellschaften durch die teilweise bestehenden Händlerverträge eine laufende Vertragsbeziehung (s. E. 4.2.1 f. oben).

**4.2.6** Nachfolgend wird der als erwiesen zu betrachtende Sachverhalt gestützt auf die dem Gericht eingereichten Vorakten detailliert dargestellt.

### 4.3 Captive-Meetings

**4.3.1** Die in Bst. A.b oben genannten Untersuchungsadressatinnen trafen sich im Untersuchungszeitraum anlässlich von Captive-Meetings. Das erste Meeting fand am 5. Juli 2006 in Schlieren in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin statt. Ausser E. \_\_\_\_\_ (entschuldigt) nahmen daran A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ teil.

**4.3.2** Die Teilnehmer der soeben erwähnten Captives einigten sich darauf, dass "die Meetings jeweils im Frühling (im Februar vor dem Autosalon), im Sommer (erste Hälfte Juli vor Ferienbeginn) und im Herbst (Oktober) stattfinden, und zwar in Rotation unter den teilnehmenden Gesellschaften". Gemäss Beschlussprotokoll sollte das Meeting ein periodisches Treffen der Captives für den Erfahrungsaustausch und die Bearbeitung spezieller sowie allgemeiner Problemfälle sein (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.).

**4.3.3** Weiter wurde festgehalten, dass "man sich einig [ist], dass dieser Kreis der Teilnehmer beibehalten wird (inkl. den entschuldigten Personen)" (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.). I. \_\_\_\_\_ wurde erst im Februar 2012 zugelassen (vgl. Vorinstanz, act. 2301 S. 5 Rz. 165 ff., act. 2703 S. 4 f. und Beilage 20).

**4.3.4** Die Captive-Meetings wurden bis zum 21. Januar 2014 insgesamt vierundzwanzigmal organisiert und fanden wie folgt statt:

|      |            |            |            |
|------|------------|------------|------------|
| 2006 |            | 05.07.2006 | 03.11.2006 |
| 2007 | 28.02.2007 | 20.06.2007 | 31.10.2007 |
| 2008 | 27.02.2008 | 24.06.2008 | 22.10.2008 |
| 2009 | 19.02.2009 | 11.06.2009 | 23.09.2009 |
| 2010 | 25.02.2010 | 24.06.2010 | 21.10.2010 |
| 2011 | 24.02.2011 | 16.06.2011 | 26.10.2011 |
| 2012 | 23.02.2012 | 21.06.2012 | 25.10.2012 |
| 2013 | 28.02.2013 | 19.06.2013 | 24.10.2013 |
| 2014 | 21.01.2014 |            |            |

**4.3.5** Die Beschwerdeführerin nahm mit Ausnahme der Meetings vom 23. September 2009 und 16. Juni 2011 an allen Captive-Meetings teil (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.). Auch bei den letzten beiden Meetings vom 24. Oktober 2013 und 21. Januar 2014 hat die Beschwerdeführerin ihre Teilnahme im Vorfeld bestätigt bzw. zu besprechende Themen gemeldet (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 87 ff.).

**4.3.6** Teilnehmer an den Treffen waren für die Beschwerdeführerin in der Regel J. \_\_\_\_\_ (General Manager) und/oder K. \_\_\_\_\_ (Sales & Marketing Manager). Ab 23. Februar 2012 nahm infolge der Pensionierung von J. \_\_\_\_\_ an dessen Stelle L. \_\_\_\_\_ (CEO) teil. In der Anfangszeit waren für die Beschwerdeführerin teilweise auch M. \_\_\_\_\_ und N. \_\_\_\_\_ anwesend (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.).

**4.3.7** Zu allen oben erwähnten Captive-Meetings, welche vor dem 21. Juni 2012 stattfanden, liegen Protokolle vor, wobei es sich teilweise nur um kurze Beschlussprotokolle handelt (vgl. Vorinstanz, act. 2803 Beilage 1; vgl. auch act. 1201 Beilage 20). G. \_\_\_\_\_ kündigte vor dem Meeting vom 21. Juni 2012 an, aufgrund konzerninterner Regelungen bei den Traktanden "Feedback Workshop Leasing-Verträge" und "Restwertpolitik Importeur - Bank - Bank Importeur" das Meeting verlassen zu müssen. Aus diesem Grund ersuchte G. \_\_\_\_\_ um die Möglichkeit, zu Beginn des Captive-Meetings eine Präsentation mit dem Titel "Anforderungen bzgl. Antitrust" zu halten. In dieser Präsentation wurden unter anderem alle preisbezogenen Themen als "Tabu-Themen" kategorisiert (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 89 ff.). Nachdem G. \_\_\_\_\_ das Meeting vorzeitig verlassen hatte, einigten sich die übrigen Teilnehmer darauf, in

Zukunft auf die Erstellung von Protokollen der Meetings zu verzichten (vgl. Vorinstanz, act. 2908 S. 6 Rz. 187; act. 2801 S. 5 Rz. 145 ff.).

**4.3.8** Zu den Captive-Meetings, welche nach dem 21. Juni 2012 stattfanden, finden sich in den Vorakten deshalb keine Protokolle mehr, wohl aber Programme, E-Maileinladungen und/oder handschriftliche Notizen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77 ff., 3023, 3032).

**4.3.9** Neben den Captive-Meetings wurden auch mehrfach Workshops organisiert, an welchen einzelne Themen vertieft behandelt wurden. So gab es einen Workshop zum Thema "*Restwert/Restwerttabellen/Auflösungstabellen*", mehrere Workshops zur Vermeidung von Doppelfinanzierungen und zum eCode 178. Mit dem eCode 178 kann bei einem Fahrzeug auf elektronischer Basis vermerkt werden, dass ein Halterwechsel verboten ist, um zu verhindern, dass geleaste Fahrzeuge unbefugter Weise verkauft werden.

**4.3.10** Zudem fand am 24. Mai 2013 ein Workshop zum Thema "*Vertragsgestaltung*" statt, dessen Ziel und Inhalt gemäss der Einladung ein Erfahrungsaustausch zu folgenden Themen war: Das Vertragswerk, kritische Punkte im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten, mit dem Geldwäschereigesetz und dem Konsumkreditgesetz etc., sowie die Identifikation von Vertragselementen, die innerhalb der Branche vereinheitlicht werden sollten (vgl. Vorinstanz, act. 2703 Beilage 25 [S. 68]). Im Nachgang wurden zwischen den Teilnehmenden des Workshops, darunter auch die Beschwerdeführerin, per E-Mail Musterverträge ausgetauscht (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilagen 24a-e [S. 80 ff.]).

#### **4.4 An den Captive-Meetings ausgetauschte Informationen**

Die an den Captive-Meetings diskutierten Themen waren vielfältig. Mehrfach Besprechungsgegenstand waren Themen wie die Fahrzeugversicherung, der Lohnausweis im Zusammenhang mit an Verkäufer bezahlte Provisionen, ZEK-Einträge, das Projekt Code178, schwarze Listen, GwG-Regelungen, etc. Ebenso Inhalt der Meetings waren die Zinssätze (generell und bezüglich der Automessen), Restwert- bzw. Auflösetabellen, Gebühren und Saläre. Der Austausch über diese Themen ist nachfolgend detaillierter darzustellen.

##### **4.4.1 Austausch über Zinssätze im Allgemeinen**

**4.4.1.1** Dem Protokoll zum Captive-Meeting vom 24. Juni 2008 kann entnommen werden, dass sich die Teilnehmenden vor dem Hintergrund des damals angeblich ansteigenden Zinsniveaus über die Zinssätze austauschten. So wurde Folgendes festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 41):

*"Verschiedenes - Die Situation auf dem Zinsmarkt tangiert jeden. Die Zinsen werden demnächst von jedem Captive angepasst. Erhöhungen zwischen 0.2% - 0,5% werden stattfinden. Ein angepasster Benchmark wird stattfinden. FIDIS engagiert sich, die Informationen zu sammeln und diese zur Verfügung zu stellen."*

**4.4.1.2** Auch aus der für das Captive-Meeting vom 20. Oktober 2008 erstellten Traktandenliste geht hervor, dass von der Beschwerdeführerin eine Diskussion betreffend "*Zins + Spread*" bzw. von H. \_\_\_\_\_ eine Dis-

kussion betreffend "*aktuelle Situation im Markt und Zinsentwicklung (Kundentarife)*" angeregt wurde (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 45).

##### **4.4.2 Austausch über Zinssätze bezüglich Automessen**

**4.4.2.1** Bereits oben erwähnt wurde, dass die Captives anlässlich des ersten Captive-Meetings vereinbart hatten, dass "*die Meetings jeweils im Frühling (im Februar vor dem Autosalon), im Sommer (erste Hälfte Juli vor Ferienbeginn) und im Herbst (Oktober) stattfinden*". Nachfolgender Vergleich der Daten der Automesse Zürich mit den Daten der Captive-Meetings zeigt, dass bis und mit 2013 die Meetings jeweils wenige Tage bzw. wenige Wochen vor der Auto Zürich stattfanden:

| Jahr | Auto Zürich         | Captive-Meeting |
|------|---------------------|-----------------|
| 2006 | 09. - 12.11.2006    | 03.11.2006      |
| 2007 | 01. - 04.11.2007    | 31.10.2007      |
| 2008 | 13. - 16.11.2008    | 22.10.2008      |
| 2009 | 05. - 08.11.2009    | 23.09.2009      |
| 2010 | 11. - 14.11.2010    | 21.10.2010      |
| 2011 | 03. - 06.11.2011    | 26.10.2011      |
| 2012 | 08. - 11.11.2012    | 25.10.2012      |
| 2013 | 31.10. - 03.11.2013 | 24.10.2013      |

**4.4.2.2** Den Protokollen kann entnommen werden, dass die Zinssätze für die Automesse Zürich in den Jahren 2007, 2009 und 2011 besprochen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 33, 53 und 69). Für die Jahre 2007 und 2011 sind zusätzlich handschriftliche Notizen eines Teilnehmenden betreffend den Austausch der Zinssätze verfügbar (vgl. Vorinstanz, act. 3044 und 3022).

**4.4.2.3** Das gleiche Bild ergibt sich beim Vergleich der Daten des Autosalons Genf mit den Daten der Captive-Meetings:

| Jahr | Automobilesalon  | Captive-Meeting |
|------|------------------|-----------------|
| 2006 | 02. - 12.03.2006 |                 |
| 2007 | 08. - 18.03.2007 | 28.02.2007      |
| 2008 | 06. - 16.03.2008 | 27.02.2008      |
| 2009 | 05. - 15.03.2009 | 19.02.2009      |
| 2010 | 04. - 14.03.2010 | 25.02.2010      |
| 2011 | 03. - 13.03.2011 | 24.02.2011      |
| 2012 | 08. - 18.03.2012 | 23.02.2012      |
| 2013 | 07. - 17.03.2013 | 28.02.2013      |
| 2014 | 06. - 16.03.2014 | 21.01.2014      |

**4.4.2.4** Aus den Protokollen ergibt sich, dass an den Captive-Meetings vom 19. Februar 2009, 24. Februar 2011 und 23. Februar 2012 die Zinssätze in Bezug auf den darauffolgenden Genfer Autosalon besprochen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 47, 66 und 72). Handschriftliche Notizen legen zudem nahe, dass Gleiches auch an den Meetings vom 27. Februar 2008 und 25. Februar 2010 der Fall war (vgl. Vorinstanz, act. 3045 und 3021).

##### **4.4.3 Austausch über Restwert- bzw. Auflösetabellen**

**4.4.3.1** Bereits erwähnt wurde, dass Art. 11 Abs. 2 Bst. g KKG das Vorhandensein einer nach anerkannten Grundsätzen erstellten Restwerttabelle vorsieht. Art. 11 Abs. 2 Bst. g KKG wurde mit Urteil des Bundesgerichts 4A.404/2008 vom 18. Dezember 2008 präzisiert. Das Bundesgericht hielt darin fest, es sei unzulässig, Nachforderungen an die vorzeitige Kündigung des Leasing-

vertrages zu knüpfen, welche sich wirtschaftlich nicht mehr als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung rechtfertigen liessen. Die Auflösetabelle dürfe keine versteckten Strafklauseln für die vorzeitige Kündigung des Leasingvertrages enthalten und nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Leasinggebers führen. Unter anderem vor dem Hintergrund dieses Entscheides kam es an den Captive-Meetings wiederholt zum Austausch über Restwert- bzw. Auflösetabellen.

**4.4.3.2** So gab es zunächst am Captive-Meeting vom 28. Februar 2007 einen Austausch über die Auflösetabellen. Es wurde über die Veröffentlichung einer Diplomarbeit-Studie zur Höhe der Restwerte in der Schweiz informiert, verbunden mit der Empfehlung sich auf die Veröffentlichung der Studie vorzubereiten. Weiter wurde eine allfällige einheitliche Restwerttabelle diskutiert, wobei beschlossen wurde, dass eine solche nicht erforderlich werde (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 23 ff., 26).

**4.4.3.3** Für das Captive-Meeting vom 19. Februar 2009 war das Thema "*Bundesgerichtsentscheid RW-Tabelle in AVB / Wie weiter?*" traktandiert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 45). J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_ baten die Meetingteilnehmer im Vorfeld: "*bitte bringt eure Leasingverträge mit den RW-Tabellen mit*" (vgl. Vorinstanz, act. 1201 Beilage 36g). Die Kündigungstabellen wurden gemäss dem erstellten Beschlussprotokoll "*zur Info in der Datei des Teamspaces abgelegt*" (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 47).

**4.4.3.4** Zudem waren die Auflösetabellen auch an folgenden Meetings traktandiert bzw. wurden thematisiert:

- 24. Juni 2010 ("*Restwert-Tabelle für vorzeitige Auflösung - Stand der Umsetzung und Erfahrungen damit?*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 58),
- 21. Oktober 2010 ("*Neue Kündigungstabelle Privat-Leasing (Erfahrungsaustausch)*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 51 f.),
- 24. Februar 2011 ("*AVB Privatleasing: /Kündigungstabelle Ex. Mitnehmen zum Austausch*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 65) und
- 25. Oktober 2012 ("*Anpassung Tabellen vorzeitige Vertragsauflösung (KKG)*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77).

**4.4.3.5** Sodann wurde an den Captive-Meetings die Entwicklung der Restwerte im Zusammenhang mit der Euroschwäche besprochen. Im Protokoll zum Meeting vom 26. Oktober 2011 wurde festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 69):

*"Restwerte bedingt durch Europroblematik*

*Die Teilnehmer informieren darüber:*

*[...] senkt die RW generell um 2% Punkte vom LP. Fidis hat 4 Kategorien, streicht ab Januar 2012 die zwei Ersten. Die restlichen Captives ändern momentan nichts."*

**4.4.3.6** Ebenso traktandiert war dieses Thema für den 21. Juni 2012 ("*Erfahrung mit den Restwerttabellen in Anbetracht der Preisentwicklung*", vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 75) und 25. Oktober 2012 ("*Restwertentwicklung durch Euro-Schwäche - Markterfahrungen*", vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 77).

**4.4.3.7** Schliesslich fand ein Austausch zur Gestaltung der Auflösetabellen bei Automobileasing mit einem Betrag über Fr. 80'000.- statt. Im Protokoll zum Meeting vom 26. Oktober 2011 wurde festgehalten, dass alle Captives für das Privatleasing über Fr. 80'000.- die gleiche Tabelle anwenden würden wie für Leasing unter Fr. 80'000.- (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 69). Für das Captive-Meeting vom 23. Februar 2012 war das Traktandum "*KKG Verträge CHF 80'000.- (Regelung)*" ebenfalls vorgesehen. Es wurde jedoch infolge der Abwesenheit des Vertreters von G. \_\_\_\_\_ nicht behandelt (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 71 ff.).

#### **4.4.4 Austausch betreffend Gebühren**

**4.4.4.1** Die Meetingteilnehmer tauschten sich auch mehrfach über bestimmte Gebühren aus. So waren unter anderem die bei vorzeitigen Vertragsauflösungen anfallenden Gebühren Gegenstand von Austauschen. In einer Notiz vom 31. Oktober 2007 hielt die Beschwerdeführerin in Hinblick auf das kommende Captive-Meeting fest: "*Fragen wieviel die Mitbewerber verlangen bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung*" (vgl. Vorinstanz, act. 3072).

**4.4.4.2** Die Gebühren bei vorzeitiger Vertragsauflösung waren im Weiteren auch an folgenden Captive-Meetings traktandiert:

- 24. Juni 2010 ("*Höhe der Auflösunggebühren bei vorzeitigen Auflösungen (fixe Gebühr oder [...] nach Laufzeit degressiv, bei Anschlussgeschäft wegfalend/reduziert?)*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 58),
- 21. Juni 2021 ("*Vorzeitige Vertragsauflösungen - Trend und vertragliche Kosten*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 75) und
- 28. Februar 2013 ("*Vorzeitige Vertragsauflösung, z.B. bei einem Folgegeschäft, also nicht KKG-Abrechnung: Wer erhebt und wenn ja welche Vertragsabschlussgebühr?*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 78).

**4.4.4.3** Zudem fand anlässlich des Meetings vom 24. Juni 2008 ein Austausch über die Gebühren für Vertragsumschreibungen und den diesbezüglichen Bedingungen statt. Die Captives gaben dabei insbesondere die von ihnen hierfür erhobenen Dossierspesen bekannt (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 43 f.).

**4.4.4.4** Aus dem Protokoll des Captive-Meetings vom 25. Februar 2010 geht hervor, dass ebenfalls ein Austausch betreffend die Gestaltung der Mahnspesen stattgefunden hat. Dabei wurden insbesondere die verschiedenen Ansätze ausgetauscht ("*10/20/30, 30/30/30, 0/20/20 oder 15/15/15*"; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 55).

**4.4.4.5** Schliesslich haben sich die teilnehmenden Captives am 24. Juni 2008 und 25. Februar 2010 gegenseitig bezüglich der Frage der allfälligen Verrechnung von Kosten beim Lastschriftverfahren (LSV) informiert. Am 24. Juni 2008 wurde festgehalten, das Lastschriftverfahren sei bei allen kostenlos, wobei die Beschwerdeführerin eine Rechnungsstellung bei Kunden mit Einzahlungsscheinen prüfe. Am 25. Februar 2010 wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin die Leasingrate erhöhe (Fr. 0.75), wenn der Kunde bei Vertragsunter-



zeichnung eine Rechnungsstellung mit Einzahlungsscheinen wünsche (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 57).

#### 4.4.5 Festlegung für Gebühren für eine Mehrwertsteuerrückerstattung

**4.4.5.1** Aufgrund des Inkrafttretens des neuen Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20) auf den 1. Januar 2010 bat F. \_\_\_\_\_ die Bundesverwaltung um eine Stellungnahme betreffend die Behandlung der vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossenen Leasingverträge. Denn es wurde mit dem neuen MWSTG (2010) im Rahmen der Aufhebung der Margenbesteuerung bei Leasingfahrzeugen ein fiktiver Steuerabzug bei der Rücknahme der Fahrzeuge durch den Händler bei Ablauf der Leasingdauer eingeführt. Gemäss der Stellungnahme waren die Captives berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Rückerstattung eines Teils der bezahlten Mehrwertsteuer zu verlangen.

**4.4.5.2** Dieses Thema floss in das Captive-Meeting vom 25. Februar 2010 ein. Im Protokoll wurde festgehalten, die anwesenden Captives könnten insgesamt rund [...] Fr. an Vorsteuern zurückfordern. Ziel sei ein gemeinsames Vorgehen und Auftreten. F. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und A. \_\_\_\_\_ hätten die grössten Forderungen, weshalb diese Gesellschaften ein Meeting zwecks Besprechung des weiteren Vorgehens abhalten würden (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 55). Dieses Meeting fand am 7. Mai 2010 in Form einer Telefonkonferenz statt (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 23 [S. 348]).

**4.4.5.3** Am darauffolgenden Captive-Meeting vom 24. Juni 2010 wurde gemäss Protokoll was folgt festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 59):

*"Mit Ausnahme von Fidis planen alle LG's, ein Ruling zu erwirken wo nicht bereits geschehen. Man einigt sich, dass nach einem Abzug von einem Rückbehalt von CHF [...] ein Überschuss dem Kunden gutgeschrieben werden soll. Unklar ist noch, ob der Rückbehalt mehrwertsteuerpflichtig ist. LG's die noch kein Ruling erwirkt haben, werden diese Frage mit in den Antrag einbauen."*

**4.4.5.4** Offensichtlich bestand zumindest teilweise der Wunsch, den Zeitpunkt der vorzunehmenden Rückerstattung gemeinsam festzulegen (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 28 [S. 363]). Anlässlich des Meetings vom 21. Oktober 2010 einigten sich die Captives, dass eine Rückzahlung frühestens im Frühjahr 2011 erfolgen solle, damit allfällige Rückstände aus der Mehrwertsteuererhöhung verrechnet werden könnten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 63 f.). Ob die Captives zu einem späteren Zeitpunkt noch einen Beschluss über das finale Vorgehen fällten - wie im Protokoll des Meetings vom 21. Oktober 2010 angekündigt -, ist aus den Akten nicht ersichtlich (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 63 f.).

**4.4.5.5** Die Beschwerdeführerin war gemäss Protokoll bei der Beschlussfassung anwesend, beteiligte sich jedoch an der Festlegung der Gebühren bei Mehrwertsteuerrückerstattung bzw. an der Koordinierung der Vorgehensweise zur Gebührenrückerstattung nicht und verzichtete insbesondere auf die Einholung eines Rulings.

#### 4.4.6 Austausch über Lohnentwicklung, Lohnhöhe und Lohnbestandteile

**4.4.6.1** Auch die Lohnentwicklung, die Lohnhöhe und Lohnbestandteile wurden an den Captive-Meetings wiederholt besprochen. Am 28. Februar 2007 wurde die Durchführung eines Lohn-Benchmarks beschlossen und am 20. Juni 2007 haben sich die Teilnehmer über die Struktur der zu erhebenden Daten geeinigt. Die Captives wurden aufgefordert, die hierfür herunterzuladende Datei auszufüllen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 26 und 30 f.). Schliesslich wurde am 27. Februar 2008 der Salär-Benchmark diskutiert (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 36 f.).

**4.4.6.2** Besprechungsgegenstand des Meetings vom 25. Februar 2010 war unter anderem wiederum das Salär. Dabei gaben einige Captives, darunter auch die Beschwerdeführerin, Zeitpunkt und Umfang der bevorstehenden Lohnmassnahmen bekannt. Ebenso wurde beschlossen "*eine Umfrage zu den Salären von einigen wenigen, klar definierten Jobs*" zu machen (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 56). Dieser Salärvergleich war in der Folge auch an den Sitzungen vom 24. Juni 2010 und 21. Oktober 2010 Thema (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 60 und 63). Schliesslich stellte K. \_\_\_\_\_ den Teilnehmenden am 26. Oktober 2010 das anonymisierte Resultat der Salärumfrage per E-Mail zu (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 116).

#### 4.5 Monatlicher Austausch über Standard- und Sonderzinssätze

**4.5.1** Anlässlich des ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 einigten sich die Captives, den monatlichen Benchmark der Zinssätze und Promotionen fortzuführen. So wurde im Protokoll festgehalten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.):

*"Monatlicher Benchmark der Zinssätze und Promotionen*

*Alle Teilnehmer sind mit der Weiterführung des monatlichen Surveys durch die Fiat Finance einverstanden. Die Kontaktpersonen der Gesellschaften, gemäss Anhang, werden monatlich durch die Fiat Finance konsultiert. Der Benchmark wird anschliessend mit den möglichen Zusatzangaben der weiteren Gesellschaften/Banken an die Kontaktpersonen und Meeting-Teilnehmer per E-Mail zugestellt."*

**4.5.2** Dieser Austausch fand bis im März 2014 monatlich statt, d.h. insgesamt 93 Mal (vgl. Vorinstanz, act. 3105-3114, 3038-3040).

**4.5.3** Gemäss Zeugenaussage von L. \_\_\_\_\_ "*kam die Idee von Fiat Credit, die heutige FIDIS. Weil das Headquarter aus Turin sehr viel Infos von FIDIS wollte. Sie wollten wissen, wie steht die Gesellschaft zum Wettbewerb im Lande*" (vgl. Vorinstanz, act. 2908 Rz. 88 ff.).

**4.5.4** Der Austausch umfasste Standard- und Sonderzinssätze. Die Standardkonditionen wurden mit dem sogenannten Leasing-Survey ausgetauscht. Diese Excel-Tabelle wurde in der Regel monatlich erstellt und stellte eine Zusammenstellung der laufenden Standard-Leasing-Angebote der Captives sowie weiterer Anbieter

dar. Er enthielt insbesondere Angaben zum nominalen und effektiven Zins, zur Laufdauer des Leasings und zu Kommissionen. Der Leasing-Survey enthielt neben dem Blatt "Leasing-Survey" die Blätter "Finanzierungs-Survey (Retail)", das Finanzierungszinssätze aufführte, und "PK-Survey (Personal Loan)", das Zinssätze für persönliche Kredite aufführte.

**4.5.5** Die aktuellen Sonderzinssätze wurden im sogenannten Benchmark ausgetauscht. Er enthielt namentlich Angaben zum Leasingsatz, zu einer allfälligen Minimalanzahlung, zur Laufzeit des Leasings und zum Zeitraum des entsprechenden Angebotes. Der Benchmark wurde in der Regel ebenfalls monatlich erstellt.

**4.5.6** Die Beschwerdeführerin übernahm die Administration und Durchführung dieses monatlichen Austausches. Sie forderte die Captives in der Regel gegen Ende des Vormonates auf, ihre Standard- und Sonderzinssätze für den Survey und den Benchmark für den Folgemonat einzureichen und stellte hierzu Excel-Dateien zur Verfügung. Nach Erhalt der Daten ergänzte die Beschwerdeführerin diese und versandte die in Excel-Dateien zusammengestellten Daten wiederum per E-Mail (vgl. Vorinstanz, act. 3025 und 3082).

**4.5.7** Insbesondere der Benchmark wies jeweils zahlreiche Positionen aus und umfasste mehrere Seiten. Im Survey waren neben den Standardzinssätzen der Captives auch die Zinssätze verschiedener Non-Captives enthalten (z.B. [...]; vgl. Vorinstanz, act. 2901 und 2903). Veränderungen von Zinssätzen wurden farblich hervorgehoben.

**4.5.8** Mit den Leasing-Surveys wurden, wie bereits erwähnt (E. 4.5.4 oben), monatlich auch Informationen zu Kommissionen respektive Provisionen, welche den Fahrzeughändlern für den Abschluss eines Leasingvertrags ausgerichtet wurden, ausgetauscht (vgl. Vorinstanz, act. 2903). Bei diesen Kommissionen bzw. Provisionen handelt es sich um eine Entschädigung für die Vermarktungsdienstleistungen der Vertragshändler bzw. der unabhängigen Garagisten. Sie bestand i.d.R. aus einem bestimmten Prozentwert der Leasingsumme (vgl. Vorinstanz, act. 2903 und act. 2802 Rz. 247 f.).

#### **4.6 Halbjährlicher Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten**

**4.6.1** Aus dem Beschlussprotokoll des ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 geht des Weiteren hervor, dass sich die Captives auch auf einen halbjährlichen Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten einigten (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16 ff.):

#### **"3. Halbjährlicher Benchmark mit Penetration, Anzahl Verträge etc.**

*Aus konzernpolitischen Gründen ist es nicht allen Gesellschaften möglich, die diversen diskutierten möglichen Daten bekannt zu geben. Die Fiat Finance erstellt in den nächsten Tagen eine Maske als Vorschlag. Die Fiat Finance dankt im Voraus für das Feedback, falls Änderungen/Ergänzungen gewünscht werden. Die Zusammenstellung des geplanten halbjährlichen Benchmarks wird allen Gesellschaften, die sich auch daran beteiligen, durch die Fiat Finance an die Meeting-Teilnehmer zugestellt. Es wird ausdrücklich vereinbart, dass diese Daten*

*durch die Meeting-Teilnehmer vertraulich im Management behandelt und nicht an Drittpersonen, auch nicht an eigene Sachbearbeiter, weitergegeben werden."*

**4.6.2** Dieser Austausch wurde wiederum von der Beschwerdeführerin administriert und durchgeführt. Sie erstellte basierend auf den erhaltenen Informationen i.d.R. zweimal jährlich eine Tabelle mit der Bezeichnung "Financing Market Benchmarking", welche die folgenden Angaben enthielt (vgl. Vorinstanz, act. 2905):

- Anzahl finanziierter Neuwagen, Penetrationsraten, Promoanteile;
- Anzahl finanziierter Occasionswagen, Promoanteil;
- Anteil Leasing und Anteil Finanzierung zu Neu- und Occasionswagen;
- Prozentuale Verteilung des Leasings auf Privat- und Gewerbekunden.

**4.6.3** Die Penetrationsrate gibt an, welcher Anteil der neuzugelassenen Fahrzeuge der jeweiligen Automarke durch ein Leasing der jeweiligen Captive finanziert wurde. Aus dem ebenfalls mit dem halbjährlichen Benchmark ausgetauschten "Promoanteil" geht hervor, welcher Anteil dieser Leasingfinanzierungen auf Promotionen bzw. Sonderzinssatz-Angebote entfallen.

**4.6.4** Neben der Beschwerdeführerin nahmen insbesondere A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ an diesem Austausch teil (vgl. Vorinstanz, act. 3060).

#### **4.7 Weiterer bi- oder multilateraler Informationsaustausch**

**4.7.1** Zusätzlich zum Austausch an den Captive-Meetings und Workshops, der gegenseitigen Zurverfügungstellung von in Tabellen aufbereiteten Informationen zu Standard- und Sonderzinssätzen sowie zum Austausch von Verkaufszahlen und Penetrationen fanden zwischen den Captives ausserdem bi- und multilaterale Austausche über Teamspace und per E-Mail statt.

**4.7.2** So unterhielten sich die Captives bi- und multilateral insbesondere über die an die Vertragshändler und unabhängige Garagisten ausgerichtete Kommissionen sowie über interne Verrechnungszinssätze. Über Teamspace stellte H. \_\_\_\_\_ eine Anfrage zur Höhe der Provisionen bei "Promozinssätzen", die allerdings nur von F. \_\_\_\_\_ beantwortet worden war (vgl. Vorinstanz, act. 1202 S. 4).

**4.7.3** Mit einer Nachricht vom 28. August 2010 über Teamspace teilte A. \_\_\_\_\_ mit, einen Vergleich betreffend die internen Verrechnungszinssätze, d.h. die durch die Captives an die Importeure weiterbelasteten Zinssätze bei Promotionen, machen zu wollen (vgl. Vorinstanz, act. 3001 S. 2). B. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ (vgl. Vorinstanz, act. 3004, 3005, 3006) sowie die Beschwerdeführerin beantworteten die Anfrage, wobei die Beschwerdeführerin mitteilte, welchen internen Zinssatz sie "auf jeden Fall" verrechne, und bat um Zustellung der Daten der anderen Captives (vgl. Vorinstanz, act. 3001 S. 1).

**4.7.4** Im Weiteren erkundigte sich F. \_\_\_\_\_ mit Teamspace-Nachricht vom 10. März 2009 beispielsweise

se, ob und unter welchen Bedingungen die anderen Captives Leasing ohne Restwert anbieten würden. Diese Anfrage wurde von fünf Captives, unter anderem auch von der Beschwerdeführerin, beantwortet (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 83 f.).

**4.7.5** Mit E-Mail vom 16. April 2012 bat F. \_\_\_\_\_ um nähere Angaben zu den Auflösetabellen der Captives bzw. um Zustellung einer Beispielstabelle, um sich "*ei-nen Überblick zu verschaffen, ob wir allenfalls zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden) sind*". Am Folgetag teilte F. \_\_\_\_\_ per E-Mail mit, durch die erhaltenen Rückmeldungen seien weitere Fragen aufgetaucht und bot an, eine Auswertung zum Thema zu machen. Der E-Mail war deshalb eine Excel-Tabelle zur Vervollständigung durch die anderen Captives angefügt. Beide Nachrichten gingen auch an die Beschwerdeführerin (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 181 ff.).

**4.7.6** Mit E-Mail vom 13. Dezember 2012 wollte die Beschwerdeführerin von den anderen Captives wissen, ob diese im Jahr 2013 beabsichtigen, ihre Restwerte zu erhöhen oder zu senken (vgl. Vorinstanz, act. 3014). Die Beschwerdeführerin erhielt von fünf Captives eine Rückmeldung, wobei entweder mitgeteilt wurde, dass die Restwerte unverändert blieben (vgl. Vorinstanz, act. 3015) bzw. eine Anpassung nicht vorgesehen sei (vgl. Vorinstanz act. 3017), die Wahrscheinlichkeit einer Erhöhung sehr gering sei (vgl. Vorinstanz, act. 3016), wann die nächste Überprüfung anstehe (vgl. Vorinstanz, act. 3018) oder dass die Frage nicht beantwortet werden könne (vgl. Vorinstanz, act. 3014).

**4.7.7** Schliesslich fand mehrfach auch ein multilateraler Austausch zu den Gebühren statt. So sandte B. \_\_\_\_\_ am 16. Januar 2009 über Teamspace eine Nachricht an die anderen Captives, wonach sich diese durch Ausfüllen einer Mustertabelle freiwillig an einer Umfrage "*Gebührenübersicht pro Captive*" beteiligen könnten. Die Mustertabelle sah die Angabe von Art der Gebühr, Häufigkeit und Betrag vor (vgl. Vorinstanz, act. 2503 S. 7 und Beilage 16 [S. 327 f.]). Die Ergebnisse der Umfrage wurden den vier teilnehmenden Captives (B. \_\_\_\_\_, A. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_) mit E-Mail vom 16. Februar 2009 zur Verfügung gestellt (vgl. Vorinstanz, act. 2503 Beilage 18 [S. 333 f.]). Am 29. April 2010 fragte B. \_\_\_\_\_ die Beschwerdeführerin und H. \_\_\_\_\_ um Zustellung der separaten Aufstellung der Gebühren - sofern eine solche vorhanden sei - bzw. um Angabe, welche Gebühren von ihnen verlangt werden. Beide Captives beantworteten die Anfrage mit Angabe ihrer Gebühren und deren Höhe. Ebenso teilten beide ihr Interesse am entsprechenden Benchmark mit. Die Beschwerdeführerin begründete ihr Interesse mit der Möglichkeit, ihre Gebühren gegebenenfalls anpassen zu können und auch H. \_\_\_\_\_ gab an, die Gebühren ergänzen bzw. anpassen zu müssen (vgl. Vorinstanz, act. 3019 und 3010). Kurz darauf stellte B. \_\_\_\_\_ die nahezu identische Anfrage auch F. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ zu (E-Mail vom 11. Mai 2010), welche von E. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ unter Angabe ihrer Gebühren und deren Höhe beantwortet wurde (vgl. Vorinstanz, act. 3076 und 3079).

## 4.8 Fazit zum erwiesenen Sachverhalt und Aufbau der materiellen Prüfung

**4.8.1** Diese in den vorangehenden Erwägungen erwähnten Verhaltensweisen und Handlungen der Beschwerdeführerin und der übrigen Captives werden von der Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht bestritten. Sie bestätigte diese Verhaltensweisen im Übrigen auch bereits mit Unterzeichnung der Sachverhaltsanerkennung vom 14. Dezember 2018 (s. Bst. B.e oben).

**4.8.2** Bestritten und nachfolgend zu prüfen ist jedoch, wie diese Informationsaustausche zu würdigen sind bzw. ob sie als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren sind. In Erwägung 5 wird deshalb untersucht, ob die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind. Die Erwägung 6 hat sodann die Prüfung von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zum Gegenstand.

## 5. Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

### 5.1 Allgemeines

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Vier Elemente zeichnen diese Legaldefinition aus: (1) Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise umfasst, (2) Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, (3) Wettbewerbsbeschränkung sowie (4) Bezwecken oder Bewirken (BGE 147 II 72, *Hors Liste Medikamente Pfizer [nachfolgend: Pfizer II]*, E. 3.1; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 19).

Nachfolgend wird geprüft, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives, wie von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angenommen, eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt.

### 5.2 Abgestimmte Verhaltensweise

#### 5.2.1 Allgemeines

**5.2.1.1** Art. 4 Abs. 1 KG nennt, wie erwähnt, zwei Kategorien von Abreden, die Vereinbarungen und die abgestimmten Verhaltensweisen. Sie sind die Mittel der Verhaltenskoordination. Der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene Abredobegriff ist sehr weit gefasst. Es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat (Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022, *Estée Lauder*, E. 4.4.3.1.3; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 28). Eine Verhaltensweise fällt dann unter Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG, wenn es sich um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen handelt. Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.2, 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3).

**5.2.1.2** Von der kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination abzugrenzen ist das erlaubte Parallelverhalten, bei welchem sich das Verhalten der Wettbewerber autonom gestaltet (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.2.1; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3; Urteil des BGer 2C\_147/2018 vom 7. Oktober 2021, *Bayer [Schweiz] AG*, E. 3.4.2.1 *in fine*; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 61).

**5.2.1.3** Eine Vereinbarung setzt eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR zwischen mindestens zwei Parteien voraus, wobei die Willensäusserung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG werden aber auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen erfasst (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückkartelle). Entsprechend geht die Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus. Entscheidend ist ausschliesslich der Bindungswille. Der Bindungswille grenzt die Vereinbarungen von den abgestimmten Verhaltensweisen und von Verhaltensweisen, die keine Abrede bilden, ab (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.3; Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 8.3.1; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 38 f.; Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 52, 58 und 67 f.).

**5.2.1.4** Die abgestimmte Verhaltensweise stellt neben der Vereinbarung eine eigenständige kartellrechtsrelevante Verhaltensweise dar (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4). Sie bleibt immer im Vorfeld einer Vereinbarung. Es handelt sich nicht um eine rechtlich fixierte, sondern lediglich um eine tatsächliche Zusammenarbeit der Unternehmen, mit dem Ziel, die Unsicherheit darüber, welche Haltung die anderen Marktteilnehmer einnehmen werden, zu verringern (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.1).

**5.2.1.5** Für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise müssen drei Elemente erfüllt sein: (1) eine Abstimmung bzw. Koordinierung, (2) die darauf gestützte Verhaltensweise, das heisst das Marktverhalten des Unternehmens bzw. der Abstimmungserfolg und (3) der Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.1 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 53; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Commentaire, 2. Aufl., 2013, Art. 4 Abs. 1 N. 35 [nachfolgend zit.: {Autor}, *Commentaire romand*]; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 70 ff.).

**5.2.1.6** In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarung und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, AEUV, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016 S. 1 ff.) überein. Insofern kann die Rechtsprechung und die Literatur dazu auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG herangezogen werden (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.1; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *Commentaire romand*, Art. 4 Abs. 1 N. 7).

## 5.2.2 Abstimmung

**5.2.2.1** Das erste Element der abgestimmten Verhaltensweise bildet somit die Abstimmung bzw. Koordinierung. Sowohl bei der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise als auch bei der legitimen Anpassung an das Verhalten anderer Marktteilnehmer (Parallelverhalten) beruht das Verhalten auf Informationen über das Verhalten anderer Unternehmen. Der Unterschied zwischen der illegitimen abgestimmten Verhaltensweise und dem legitimen Parallelverhalten besteht darin, dass bewusstes Parallelverhalten unter normalen Marktbedingungen auf Informationen beruht, die durch blosser Beobachtung des Verhaltens der Marktteilnehmer gewonnen werden können. Deren Kenntnis ist normalerweise Voraussetzung dafür, dass den Unternehmen wettbewerbles, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes Verhalten überhaupt möglich ist. Unternehmen, die sich zu ihren Wettbewerbern parallel verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten zulässigerweise "mit wachem Sinn" an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Eine Verhaltensabstimmung beruht dagegen auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.2.2).

**5.2.2.2** Die Abstimmung ist keine Willensübereinstimmung. Sie stellt nicht auf einen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen ab. Trotzdem ist eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungsnahme notwendig. Neben einem bi- oder multilateralen Informationsaustausch, kommt auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Ein gemeinsamer Plan ist nicht notwendig, auch wenn der aufeinander bezogenen Abstimmung durchaus eine gewisse Planmässigkeit jedes einzelnen Unternehmens inhärent ist (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.2.3; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 6.3).

**5.2.2.3** Aus dem vorne erstellten Sachverhalt (s. E. 4 oben) geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen Captives anlässlich des ersten Captive-Meetings vom 5. Juli 2006 einig waren, sich zukünftig periodisch für den Erfahrungsaustausch und die Bearbeitung von Problemfällen zu treffen. Dabei einigten sie sich unter anderem darauf, den bereits bestehenden Informationsaustausch hinsichtlich Zinssätze und Promotionen fortzuführen und dessen Organisation zu formalisieren (s. E. 4.3.1 ff. oben). In der Folge fanden bi- und multilaterale Austausche über einen Zeitraum von mehr als sieben Jahren statt. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives haben sich monatlich über die Zinssätze ausgetauscht. Insgesamt wurden 93 Tabellen mit Standard- und Sonderzinssätzen (sowie Provisionen) erstellt und versendet (s. E. 4.5 oben). Weiter fand ebenfalls mittels Zustellung von Tabellen i.d.R. halbjährlich ein Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten statt (s. E. 4.6 oben). Zudem gab es in diesem Zeitraum 24 Captive-Meetings, welche systematisch organisiert wurden (s. E. 4.3.4 oben). Besprechungsgegen-

stand an den Meetings waren u.a. die Zinssätze (generell sowie bezüglich der jeweils bevorstehenden Automessen), Restwert- bzw. Auflösetabellen und Gebühren (s. E. 4.4 oben). Schliesslich fand auch ein bi- und multilateraler Austausch über Provisionen, interne Verrechnungszinssätze, Restwerte und Gebühren per E-Mail und Team-Space statt (s. E. 4.7 oben).

**5.2.2.4** Die Beschwerdeführerin und die anderen Captives haben somit unbestritten mittels direkter Kommunikation unter sich Informationen ausgetauscht.

**5.2.2.5** Zu prüfen ist weiter, ob diese ausgetauschten Informationen objektiv geeignet waren, die Unsicherheit bezüglich des Verhaltens anderer Marktteilnehmer zu beseitigen oder die anderen Marktteilnehmer über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Es ist mithin zu untersuchen, ob der Informationsaustausch Informationen beinhaltet hat, welche die zukünftige Marktstrategie der Captives betrafen bzw. Rückschlüsse darauf zuliesse (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.2.2). Denn durch den Austausch von Informationen lassen sich nicht in jedem Fall Unsicherheiten beseitigen. Erst wenn bestimmte Marktbedingungen gegeben sind und die Wettbewerber eine konkrete Art des Informationsaustauschs wählen bzw. dieser bestimmte Eigenschaften hat, entfaltet der Austausch entsprechende Wirkungen (ANDREAS D. BLATTMANN, *Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: eine kartellrechtliche Beurteilung*, Diss. 2012, S. 286; vgl. Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 130 und 133). Dabei ist nicht nur der Inhalt der Informationen im engeren Sinn relevant. Eine gegenseitige Abstimmung kann - ohne dass dafür eine Vereinbarung notwendig wäre - auch einfacher erzielt werden, je häufiger die Informationsaustausche erfolgen und je detaillierter, je aggregierter und aktueller die ausgetauschten Informationen sind (Raffael Gübeli, *Unterschiede in der Qualifikation von horizontalen und vertikalen abgestimmten Verhaltensweisen in der Praxis*, sic! 2018, S. 229-241, 231 m.w.H.). Diese Prüfung weist eine gewisse Nähe zur Frage auf, ob ein Informationsaustausch geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Sie ist allerdings vom Inhalt her weniger weitgehend. In beiden Fällen ist danach zu fragen, ob Unsicherheiten hinsichtlich des Marktverhaltens der Konkurrenten beseitigt werden können. Beim Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch zudem zu prüfen, ob eine Information auch geeignet ist eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Es hat damit zusätzlich eine Beur-

teilung des möglichen Einflusses auf den Wettbewerb zu erfolgen (BLATTMANN, a.a.O., S. 316).

**5.2.2.6** Aufgrund dieser Nähe der beiden Fragen können für die nachfolgende Prüfung, ob eine Abstimmung vorliegt, die von der Praxis zur Prüfung des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung entwickelten greifbaren Beurteilungskriterien herangezogen werden. Dabei werden das Wesen des Informationsaustausches und die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen anhand folgender Merkmale betrachtet: (i) strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen bzw. Inhalt und Art der Information, (ii) Marktabdeckung des Informationsaustausches, (iii) Aggregationsniveau der ausgetauschten Informationen, (iv) Aktualität bzw. Alter der Daten, sowie (v) Frequenz bzw. Häufigkeit des Austausches. Von Bedeutung ist weiter, ob die ausgetauschten Informationen (vi) und das Resultat des Informationsaustausches (vii) öffentlich zugänglich sind (Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11 vom 14. Januar 2011, Rz. 75 [im Folgenden: EU-Horizontalleitlinien], Rz. 86-94; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 159 ff.; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 134; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 und 153; BLATTMANN, a.a.O., S. 288 ff.).

**5.2.2.7** Unerheblich ist, aus welchen Gründen die Informationen ausgetauscht wurden. Relevant ist einzig, dass die Fühlungsnahme geeignet war, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 5.2.2; RAFFAEL GÜBELI, *Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?*, AJP 2017, S. 50 ff., 54).

**5.2.2.8** Die Vorinstanz erwog, die ausgetauschten Informationen seien firmenspezifisch gewesen und hätten das Preisverhalten betroffen. Der Detaillierungsgrad sei sehr hoch gewesen. Zudem hätten die Daten teilweise ebenfalls zukünftiges Preisverhalten enthalten, da auch Austausche über zukünftige Zinssätze stattgefunden hätten. Auch die Menge und die Frequenz der ausgetauschten Informationen (monatlich) sowie deren Merkmale hätten einen Einfluss auf die Strategie der Unternehmen haben müssen. Die Vorinstanz stellte die Charakteristika der ausgetauschten Informationen wie folgt tabellarisch dar:

|                               | Qualifikation der ausgetauschten Information | Inhalt der Information | Aggregationsniveau | Aktualität der Information                   | Frequenz des Austausches         | Zugriff auf Information |
|-------------------------------|--|------------------------|--------------------|--|----------------------------------|-------------------------|
| Standard- und Sonderzinssätze | Preis  | teilweise vertraulich  | individualisiert   | gegenwärtig und zukünftig (Gültigkeitsdauer) | Hohe Frequenz (monatlich)        | nicht öffentlich        |
| Zinssätze Automessen          | Preis  | vertraulich            | individualisiert   | gegenwärtig und zukünftig                    | regelmässig (vor den Automessen) | nicht öffentlich        |
| Penetrationsraten             | Verkaufszahlen / Ergebnisse                  | vertraulich            | individualisiert   | historisch und gegenwärtig                   | ad hoc (einmal jährlich)         | nicht öffentlich        |
| Vertragsgebühren              | Preisbestandteil                             | weniger vertraulich    | Individualisiert   | gegenwärtig                                  | ad hoc, punktuell                | nicht öffentlich        |
| Restwerttabellen              | Preisbestandteil                             | teilweise vertraulich  | individualisiert   | gegenwärtig und zukünftig                    | ad hoc, punktuell                | nicht öffentlich        |
| Kommissionen                  | Preisbestandteil                             | vertraulich            | Individualisiert   | gegenwärtig und zukünftig                    | Hohe Frequenz (monatlich)        | nicht öffentlich        |

**5.2.2.9** Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber im Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt, die Qualifikation der ausgetauschten Informationen als "nicht öffentliche, nicht aggregierte und geheime Informationen" sei unzutreffend. Ein Grossteil der unter den Captives ausgetauschten Informationen sei öffentlich gewesen. Zudem seien Standard- und Sonderzinssätze nicht individualisierte, aktuelle oder zukünftige und vertrauliche Preise, sondern eine von vielen Variablen bei der Berechnung der monatlichen Leasingraten. Auch die Vertragsgebühren, die Restwerttabellen der Fahrzeuge und die zwischen den Captives ausgetauschten Provisionen seien keine individualisierten Ad-hoc-Informationen, sondern öffentlich, leicht zugänglich und nicht vertraulich. In der im EVR-Verfahren unterzeichneten Sachverhaltsanerkennung vom 14. Dezember 2018 bestätigte die Beschwerdeführerin allerdings noch ausdrücklich, dass "der Austausch [...] detaillierte, unternehmensspezifische, nicht öffentliche, aktuelle oder zukunftsbezogene Informationen umfasst [habe], wobei das Ergebnis der ausgetauschten Informationen nicht allgemein zugänglich gemacht worden sei" (s. Bst. B.e oben).

**5.2.2.10** Nachfolgend sind deshalb die von der Beschwerdeführerin und den anderen Captives praktizierten Informationsaustausche bzw. die ausgetauschten Informationen anhand der oben genannten Kriterien genauer zu überprüfen.

(i) *strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen bzw. Inhalt und Art der Information*

**5.2.2.11** Damit eine Wettbewerbsabrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, muss sie sich auf die Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters beziehen. Ein Wettbewerbsparameter stellt ein Faktor dar, dem die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss Bedeutung zumisst. In der Regel werden die folgenden Marktfaktoren als Wettbewerbsparameter bezeichnet: Preis, Men-

ge, Art und Qualität des Produktes (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lieferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.5.3.2; BLATTMANN, a.a.O., S. 289). Strategisch am wichtigsten sind im Allgemeinen Preis- und Mengeninformatoren, gefolgt von Informationen über die Kosten und die Nachfrage (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 86). Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der direkte Austausch über Wettbewerbsparameter zu einer abgestimmten Verhaltensweise führen kann, sondern auch Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter lassen sich oftmals auf solche zurückführen, weil eine Wechselwirkung besteht (BLATTMANN, a.a.O., S. 289).

**5.2.2.12** Werden vertrauliche, firmenspezifische bzw. strategische Daten ausgetauscht, kann dies die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränken, indem der Austausch deren Wettbewerbsanreize reduziert (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 86; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 1. Lemma). Die Bedeutung, welche den Daten aus strategischer Perspektive zukommt, hängt aber auch vom Aggregationsniveau, der Aktualität der Daten sowie der Marktcharakteristika und der Häufigkeit des Informationsaustausches ab (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 86). Ein heikler Austausch sensibler Informationen liegt vor, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen oder üblicherweise als vertraulich einzustufen sind (vgl. Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA [veröffentlicht in: RPW 2011/4, S. 529 ff.], Rz. 391; Sekretariat der WEKO, Beratung i.S. *Benchmarking Hypothekarzinsmargen* [veröffentlicht in: RPW 2011/4, 517 ff.]; Bekanntmachung der WEKO i.S. *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich* [veröffentlicht in: RPW 2007/1, S. 137 ff.], Rz. 37, 167 und 213; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 159).

**5.2.2.13** Der Zinssatz und der Restwert stellen wesentliche Variablen bei der Berechnung der Leasingrate des Endkunden dar (s. E. 4.1.9 oben).

**5.2.2.14** Die monatlich ausgetauschten Tabellen mit aktuellen Standard- und Sonderzinssätzen enthielten damit unternehmensspezifische Preisinformationen. Zudem fand vor besonderen Ereignissen (Automessen; s. E. 4.4.2 oben) oder bei besonderen äusseren Umständen (z.B. ansteigendes Zinsniveau; s. E. 4.4.1.1 oben) ein weiterer Austausch statt, was die strategische Bedeutung des Informationsaustausches über Zinssätze unterstreicht.

**5.2.2.15** Auch bezüglich der Restwerte tauschten die Captives nicht nur die aktuellen Restwerttabellen - und damit Preisinformationen - aus, sondern sie kontaktierten sich auch zu strategischen Fragen (Leasing ohne Restwert [s. E. 4.7.4 oben]; Restwerttabelle bei Leasing über Fr. 80'000.- [s. E. 4.4.3.7 oben]; Auswirkungen der Frankenstärke [s. E. 4.4.3.5 oben]).

**5.2.2.16** Des Weiteren stellen auch Vertragsgebühren unternehmensspezifische Preisinformationen dar. Soweit Captives bekannt gaben, dass sie Änderungen der Gebühren in Erwägung ziehen (s. E. 4.7.7 oben), gaben sie zudem strategische Absichten bekannt. Bei den ebenso vom Informationsaustausch betroffenen Kommissionen respektive Provisionen (s. E. 4.5.8 oben) handelt es sich um eine Entschädigung der Captives an die Vertragshändler bzw. an die unabhängigen Garagisten für deren Vermarktungsdienstleistungen. Die Händlerkommission bzw. deren Höhe stellt damit ein Kostenfaktor der Leasingraten dar.

**5.2.2.17** Der i.d.R. halbjährliche Austausch von Vertragszahlen und Penetrationsraten beinhaltete vertrauliche Verkaufszahlen bzw. Ergebnisse. Die Vertraulichkeit ergibt sich bereits aus der ausdrücklichen Vereinbarung anlässlich des 1. Captive-Meetings, dass diese Daten durch die Meeting-Teilnehmer vertraulich im Management behandelt werden. Zudem wurde der Austausch dieser Daten von gewissen Captives offensichtlich als heikel eingestuft. So war es aus konzernpolitischen Gründen nicht allen Captives möglich, diese Daten bekannt zu geben (s. E. 4.6.1 oben; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 16).

(ii) *Marktabdeckung des Informationsaustausches*

**5.2.2.18** Zum Merkmal der Marktabdeckung des Informationsaustausches ist im Allgemeinen festzuhalten, dass das Risiko wettbewerbsbeschränkender Wirkungen eines Informationsaustausches steigt, wenn die daran beteiligten Unternehmen einen hinreichend grossen Teil des relevanten Marktes abdecken. Umgekehrt können Wettbewerber, die nicht am Austausch teilnehmen, den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Austausches entgegenwirken. Was ein "hinreichend grosser Teil des relevanten Marktes" ist, lässt sich nicht theoretisch festlegen, sondern hängt von den konkreten Fakten jedes Einzelfalls und der Art des jeweiligen Informationsaustauschs ab (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 87 f.; MEINHARDT/STREBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 145 2. Lemma).

**5.2.2.19** Unabhängig von der letztlich vorgenommenen Marktabgrenzung steht fest, dass sämtliche in der

Schweiz tätigen Captives am Informationsaustausch beteiligt waren. Diesen neun Captives standen nur eine relativ kleine Anzahl von Non-Captives gegenüber (Cembra Money Bank AG, EFL Autoleasing AG, BANK-Now AG und Cashgate AG). Gemäss der Erhebung des Schweizerischen Leasingverbandes für das Berichtsjahr 2015 erzielten markengebundene Leasingunternehmen, d.h. Captives, im Bereich des Automobileasings ungefähr zwei Drittel der Umsätze (Vorinstanz, act. 319 Beilage 1). Der vorliegende Informationsaustausch deckte damit einen Grossteil des von den Verhaltensweisen betroffenen Marktes ab (zur Marktabgrenzung, s. E. 5.4.3 unten).

(iii) *Aggregationsniveau der ausgetauschten Informationen*

**5.2.2.20** Hinreichend aggregierte Daten lassen nur mit Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zu (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.4.1.3.1; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 89; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 160; MEINHARDT/STREBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 153 2. Lemma; BLATTMANN, a.a.O., S. 225, 292 und 296). Solche Daten müssen anonym sein und es darf keine Möglichkeit - auch nicht ausserhalb des Informationsaustausches - bestehen, dass Rückschlüsse auf den Urheber der Daten gemacht werden können (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.4.1.3.1; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, Diss. 2004, S. 237 ff., 244; WAGNER-VON PAPP, Wie "identifizierend" dürfen Marktinformationsverfahren sein, WuW 2005/7-8, S. 732 ff., 734; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 89).

**5.2.2.21** In den Bekanntmachungen der WEKO für den Versicherungsbereich wird festgehalten, je detaillierter die ausgetauschten Informationen seien, desto einfacher sei es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten dementsprechend anzupassen (Bekanntmachung der WEKO i.S. *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich* [veröffentlicht in: RPW 2007/1, S. 137 ff.], Rz. 37 2. Lemma).

**5.2.2.22** Vorliegend waren alle ausgetauschten Informationen nicht anonymisiert. Die Zuordnung der Daten zu den einzelnen Captives (und Non-Captives) war jederzeit ohne weiteres möglich. Insbesondere hinsichtlich der monatlich erstellten Tabellen mit den aktuellen Standard- und Sonderzinssätzen hat die Beschwerdeführerin von den anderen Captives detaillierte und individuelle Informationen erhalten und diese in den Tabellen auf die einzelnen Unternehmen aufgeschlüsselt einander gegenübergestellt. Gleiches gilt betreffend die ausgetauschten Tabellen mit Verkaufszahlen und Penetrationsraten. Entsprechend ist entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin mit der Vorinstanz von individualisierten bzw. nicht aggregierten Daten auszugehen.

(iv) *Aktualität bzw. Alter der Daten*

**5.2.2.23** Der Austausch prognostischer und aktueller Daten ist in der Tendenz bedenklicher als der Austausch vergangener Daten (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.4.1.2.1; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire

romand, Art. 4 Abs.1 KG N. 94; MEINHARDT/STREBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 145 4. Lemma und N. 153 3. Lemma; relativierend REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 155).

**5.2.2.24** In der Regel wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist der Austausch historischer Daten (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 90; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 161; MEINHARDT/STREBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 145 4. Lemma und N. 153 3. Lemma). Nach BLATTMANN kann der Austausch historischer Daten aber dennoch das zwischenzeitlich vergangene Verhalten nachvollziehbarer machen und Aussagen über das zukünftige Verhalten zulassen (BLATTMANN, a.a.O., S. 295). Es gibt keine festgelegte Schwelle, ab der Daten zu historischen Daten werden und alt genug sind, um kein Wettbewerbsrisiko darzustellen. Dies ist vielmehr abhängig von den Merkmalen des relevanten Marktes, dem Datentyp, der Aggregation und der Häufigkeit des Austausches (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 90; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 161; MEINHARDT/STREBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 145 4. Lemma und N. 153 3. Lemma; vgl. in diesem Sinne auch Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.4.1.2.1).

**5.2.2.25** Vorliegend tauschten die Captives mit den monatlich erstellten Tabellen zu den Zinssätzen gegen Ende des Vormonates bzw. zu Beginn des Folgemonats die jeweils im Folgemonat gültigen Zinssätze aus (s. E. 4.5.6 oben; vgl. Vorinstanz, act. 3038 und 2907 Rz. 81 ff.). Es liegt diesbezüglich also mindestens ein Austausch von aktuellen Informationen vor. Aufgrund der Häufigkeit dieses Austausches (s. E. 4.5.2 oben) wurde ein konstantes, aktuelles Monitoring der im Vergleich zu den Vormonaten vollzogenen Änderungen ermöglicht. Zudem enthielten die Tabellen auch Angaben über die Gültigkeitsdauer der Zinsangebote (s. E. 4.5.5 oben; vgl. Vorinstanz, act. 3039). Informationen über eine Geltungsdauer von Promotionen enthalten eine Zukunftskomponente, da sie anzeigen, bis zu welchem Zeitpunkt ein gewisser Zinssatz angewandt wird.

**5.2.2.26** Mit den monatlichen Leasing-Surveys wurden ausserdem die gegen Ende des Vormonates bzw. zu Beginn des Folgemonates jeweils gültigen Kommissionen für die Fahrzeughändler ausgetauscht (s. E. 4.5.8 oben). Entsprechend handelte es sich ebenfalls mindestens um einen Austausch von aktuellen Informationen, wobei wiederum ein lückenloses Monitoring von Veränderungen der Höhe der an die Händler auszurichtenden bzw. ausgerichteten Kommissionen möglich war.

**5.2.2.27** Zudem fand auch ein Austausch über die Zinssätze wenige Tage bzw. Wochen vor den Automessen statt (s. E. 4.4.2 oben). Einige Captives machten geltend, nur aktuelle und (öffentlich) bereits bekannte Aktionszinssätze ausgetauscht zu haben. Neue, speziell für die Messen geplante Zinsaktionen seien im Zeitpunkt des Meetings noch gar nicht bekannt gewesen, da diese sehr kurzfristig von den mit ihnen verbundenen Unternehmen geplant worden seien (vgl. Vorinstanz, act. 2502 Rz. 323-342, act. 2602 Rz. 285-292, act. 2501 Rz. 146-158, act. 2102 Rz. 56-67). Ein etwas anderes Bild ergeben hingegen die Aussagen von K. \_\_\_\_\_, ehemaliger Marketing und Sales Manager der Be-

schwerdeführerin. So gab er am 11. März 2014 im Rahmen einer Befragung an, es sei in Hinblick auf die Automessen an den Meetings darüber gesprochen worden, wer was plane. Weiter führte er aus: "*wenn man die Promos weiss, vom Importeur, dann wird das ausgetauscht bzw. darüber gesprochen.*" Es handle sich dabei um die Sonderkonditionen, die auch im Fernsehen, in der Zeitung oder im Internet publiziert würden, wobei die Publikation teilweise 2-3 Wochen, teilweise erst wenige Tage vor der Automesse erfolge (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 491-513). Diese Aussage legt nahe, dass nicht nur aktuelle bzw. bereits laufende Sonderzinssätze, sondern auch zukünftige - und teilweise auch noch nicht öffentlich publizierte - Aktionen an den Captive-Meetings bekannt gegeben wurden. Wären ausschliesslich die allgemeinen, bereits laufenden und bekannten Sonderzinssätze kommuniziert worden, würde der doch teilweise detaillierte Austausch an den Meetings über die Zinsangebote vor den Automessen angesichts der monatlich ausgetauschten Tabellen über die (Sonder-)zinssätze wenig Sinn ergeben. Hinzukommt, dass Besprechungsgegenstand gemäss den Protokollen und Traktandenlisten explizit "*Aktionen/Sonderaktionen Auto Zürich*", "*Automobilsalon-Konditionen*", "*Salon Konditionen*" oder "*Zinsen Automobilsalon*" waren (vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 54, 65, 67, 71, 74). Schliesslich zeigt auch ein Vergleich der im Protokoll des Captives-Meetings vom 23. Februar 2012 unter "*Zinsen Automobilsalon*" notierten Zinssätze mit den (Sonder-)Zinssätzen im Leasing Survey und Benchmark für Februar 2012, dass ein Teil der am 23. Februar 2012 am Meeting kommunizierten Zinssätze (noch) nicht im Leasing Survey und Benchmark von Februar 2012 aufgeführt waren (namentlich die Angaben zu Fidis betr. Aktion 5.9% bei Fiat, 3.9% bei Jeep, 3.0% bei neuem Panda; vgl. Vorinstanz, act. 1201 S. 74, act. 2704 S. 104-125, s. auch act. 2704 S. 128 ff. [Leasing Survey und Benchmark für Februar 2012]).

**5.2.2.28** Überdies sind auch Informationen über das Ausbleiben von Spezialangeboten zukunftsbezogen. Im Protokoll zum Captive-Meeting vom 23. September 2009 wurde beispielsweise festgehalten, dass die Captives mit grosser Wahrscheinlichkeit an der "Auto Zürich" keine Spezialkonditionen anbieten werden (vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 45).

**5.2.2.29** Schliesslich wurden auch vor dem Hintergrund des angeblich ansteigenden Zinsniveaus zukunftsbezogene Informationen ausgetauscht. So wurde an einem Captive-Meeting bekannt gegeben, dass die Zinsen demnächst von allen Captives erhöht würden, wobei die Anpassung zwischen 0.2% und 0.5% liege (s. E. 4.4.1.1 oben).

**5.2.2.30** Der Austausch über Restwerte und Gebühren betraf - wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt - zwar mehrheitlich aktuelle Daten. In gewissen Fällen handelte es sich aber auch hier um zukunftsbezogene Informationen. So beispielsweise beim Austausch über die Entwicklung der Restwerte im Zusammenhang mit der Euroschwäche am Meeting vom 26. Oktober 2011 (s. E. 4.4.3.5 oben) oder als sich die Beschwerdeführerin am 13. Dezember 2012 per E-Mail bei den anderen Captives erkundigte, ob diese im Jahr 2013 beabsichtigen, ihre Restwerte zu erhöhen oder zu senken, worauf



sie von fünf Captives eine Rückmeldung erhielt (s. E. 4.7.6 oben).

**5.2.2.31** Hinsichtlich der Gebühren kann als Beispiel für zukunftsorientierte Informationen der Protokolleintrag vom 24. Juni 2008 genannt werden, als festgehalten wurde, dass das Lastschriftverfahren bei allen kostenlos sei, die Beschwerdeführerin allerdings eine Rechnungsstellung bei Kunden mit Einzahlungsscheinen prüfe (s. E. 4.4.4.5 oben). Als zukunftsorientierte Information ist auch der multilaterale Austausch über Teamspace von anfangs 2019 zu qualifizieren, als die Beschwerdeführerin und H. \_\_\_\_\_ angaben, ihre Gebühren gegebenenfalls ebenfalls anpassen bzw. ergänzen zu wollen (s. E. 4.7.7 oben).

**5.2.2.32** Die Vertragszahlen und Penetrationsraten wurden in der Regel wenige Monate nach Ende der vom Austausch betroffenen Periode in Tabellen bereitgestellt (vgl. z.B. Vorinstanz, act. 3060). Es handelt sich somit um historische bzw. höchstens um aktuelle Daten. Dabei ist allerdings anzumerken, dass Vertragszahlen und Penetrationsraten gar nicht im Vorherein ausgetauscht werden können, da sie gerade das Produkt des Verhaltens der Captives im Markt darstellen. Aufgrund des wiederholten Austausches war ebenfalls ein Monitoring von Veränderungen möglich.

**5.2.2.33** Im Ergebnis wurden sowohl hinsichtlich der Zinssätze als auch der Restwerte, Gebühren und Provisionen zumindest aktuelle Informationen ausgetauscht. Teilweise handelte es sich zudem um zukunftsbezogene Informationen. Bereits der Austausch von aktuellen Informationen ist nach dem in E. 5.2.2.23 Gesagten problematisch. Dies hat umso mehr zu gelten, als dass vorliegend aufgrund der hohen Frequenz des Austausches zumindest hinsichtlich der Zinssätze und Provisionen ein lückenloses Monitoring von Veränderungen möglich wurde. Ausserdem war der Informationsaustausch zu den Zinssätzen sehr detailliert.

(v) *Frequenz bzw. Häufigkeit des Austauschs*

**5.2.2.34** Ein häufiger Informationsaustausch ermöglicht eine bessere Kenntnis über den Markt, über das Verhalten der Konkurrenten und über die Abweichungen vom Verhalten der Konkurrenten (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 91; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 162; BLATTMANN, S. 299, WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 253 f.; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG 1. HS N. 153 4. Lemma; relativierend REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N. 157). Je häufiger Daten ausgetauscht werden, desto einfacher und schneller können Unternehmen ihre Geschäftsstrategien an die Konkurrenz anpassen. Ein häufiger Informationsaustausch vereinfacht es, Vorstöße von Wettbewerbern zu erkennen und darauf zu reagieren. Allerdings kommt es auch auf die konkreten Marktverhältnisse an. Auf einem Markt mit üblicherweise langen Vertragslaufzeiten können bereits seltenere Austausche bedenklich sein (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 91; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 162; vgl. zum Ganzen auch Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.4.1.1.1.).

**5.2.2.35** Die Beurteilung der Häufigkeit bzw. Frequenz des Informationsaustausches ist von den Parteien

grundsätzlich unbestritten. Während über sieben Jahren wurden monatlich Tabellen mit den aktuellen Standard- und Sonderzinssätzen sowie Provisionen bereitgestellt (s. E. 4.5.2 oben), wobei die Beschwerdeführerin an allen 93 Austauschaktivitäten teilgenommen war (s. E. 4.5.6 oben). Zusätzlich fanden an den Captive-Meetings Austausche zu Zinssätzen statt (s. E. 4.4.1 und 4.4.2 oben). Sonderzinssätze gelten in der Regel während mehreren Wochen, Standardzinssätze werden seltener angepasst. Die Häufigkeit des Informationsaustausches betreffend Zinssätze erweist sich somit als sehr hoch. Der Austausch erfolgte überdies über einen langen Zeitraum. Dies gilt ebenso für die monatlich mit dem Leasing-Survey ausgetauschten Provisionen an die Fahrzeughändler.

**5.2.2.36** Nicht mit der gleichen Frequenz ausgetauscht wurden Informationen zu den Restwerten und Gebühren (vgl. Vorinstanz, act. 2301 Rz. 82). Restwerte und Gebühren werden allerdings auch weniger häufig angepasst. Zudem fanden die Austausche zu den Restwerten und Gebühren insbesondere dann statt, wenn Änderungen anstanden, Probleme absehbar waren und es wichtig war, die Standpunkte der Konkurrenz zu kennen (s. E. 4.4.2.4 f., 4.7.4 ff. oben).

**5.2.2.37** Die Vertragszahlen und Penetrationsraten wurden mittels Tabellen während mehreren Jahren i.d.R. halbjährlich ausgetauscht (s. E. 4.6 oben). Vor diesem Hintergrund kann auch die Frequenz des Informationsaustausches zu den Restwerten, Gebühren, Verkaufszahlen und Penetrationsraten nicht als selten qualifiziert werden.

(vi) *Öffentlichkeit der ausgetauschten Informationen*

**5.2.2.38** Der Austausch echter öffentlicher Informationen dürfte kaum problematisch sein. Echte öffentliche Informationen sind Informationen, zu denen alle Marktteilnehmer (im Hinblick auf die Zugangskosten) gleichermaßen leicht Zugang haben. Für nicht am Austauschsystem beteiligte Marktteilnehmer darf es nicht teurer sein, sich diese Informationen zu beschaffen, als für die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen. Entsprechend handelt es sich nicht um echte öffentliche Daten, wenn die mit der Beschaffung der Daten verbundenen Kosten so hoch sind, dass sie Marktteilnehmer davon abhalten, sich diese Informationen zu beschaffen (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 92; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b 1. HS N. 145 6. Lemma; BLATTMANN, a.a.O., S. 298; relativierend REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 148).

**5.2.2.39** Auch wenn es möglich ist, die Informationen auf dem Markt (z.B. von Kunden) zu erhalten, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass es sich um Marktdaten handelt, die für Wettbewerber ohne weiteres zugänglich sind. Selbst wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind (z.B. von Regulierungsbehörden veröffentlichte Informationen), kann ein zusätzlicher Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern den Wettbewerb beschränken, wenn dadurch die Ungewissheit auf dem Markt verringert wird. Die über den Informationsaustausch erhaltene marginale Zusatzinformation kann diesfalls den Ausschlag geben, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 92 f.).

**5.2.2.40** Im Internet und durch die Werbetätigkeit der Captives waren die ausgetauschten aktuellen Zinssätze mehrheitlich öffentlich verfügbar. Ob auch die Angaben über die Gültigkeitsdauer der Angebote generell öffentlich verfügbar waren, kann offengelassen werden (vgl. Vorinstanz act. 2402, S. 7 f., Rz. 212 ff. und Rz. 255 f.). Denn wie erwähnt ist nicht entscheidend, ob Informationen überhaupt öffentlich verfügbar sind, sondern ob es sich um echte öffentliche Informationen im vorerwähnten Sinne handelt. Bereits die grosse Menge an ausgetauschtem Datenmaterial deutet darauf hin, dass die Erhebung der Daten aus öffentlich verfügbaren Quellen mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre. Das Zusammentragen der Informationen verursacht Kosten, welche sich die Captives durch den Informationsaustausch aufteilten. Darüber hinaus hätten die Daten noch monatlich aufbereitet werden müssen, damit ein gleiches oder ähnliches Monitoring möglich gewesen wäre. Die Durchführung von Preis-Monitorings stellt eine zeit- und ressourcenaufwändige Tätigkeit dar. Die Captives sparten sich diesen Aufwand, indem sie den übrigen Captives ihre eigenen Konditionen offenbarten und im Gegenzug deren Informationen in aufgearbeiteter Form erhielten. Die Vorinstanz hat die ausgetauschten Informationen zu den Zinssätzen im Lichte der Kriterien der Horizontalleitlinien deshalb zurecht als nicht echte öffentliche Informationen eingestuft.

**5.2.2.41** Dies wird im Übrigen auch von D. \_\_\_\_\_ bestätigt. Das Unternehmen gab bei einer Befragung durch die Vorinstanz an, eine mit dem Informationsaustausch vergleichbare Gegenüberstellung hätte "nicht wirklich" anhand öffentlich zugänglicher Daten erstellt werden können. Denn die beim Informationsaustausch verwendeten Daten würden weit über die Tiefe an Informationen hinausgehen, die auf Basis von Internet-Recherchen erhoben werden könnten. Es wäre ein Zugang zu deutlich umfangreicheren Daten erforderlich, beispielsweise zu Daten von Banken oder über Garagisten (vgl. Vorinstanz, act. 317 S. 3). D. \_\_\_\_\_ bestätigte damit nicht nur den grossen Umfang der ausgetauschten Informationen, sondern auch, dass zumindest ein Teil der Daten nicht allen Marktteilnehmern ohne individuelle Befragung Dritter öffentlich zugänglich war.

**5.2.2.42** Auch bei den mit den Leasing-Surveys ausgetauschten Provisionen an die Fahrzeughändler handelte es sich nicht um echte öffentliche Informationen. Diese Informationen waren nicht im Internet oder aus anderen an die Endkunden gerichtete Werbemassnahmen ersichtlich. Sie konnten nur durch Befragung verschiedener Fahrzeughändler erhoben werden. Mehrere Captives bestätigten sodann an den Einvernahmen, dass die Kommissionen nicht öffentlich waren (vgl. Vorinstanz, act. 2101 Rz. 58 ff., act. 2502 Rz. 186 ff., implizit auch act. 2001 Rz. 84 ff.).

**5.2.2.43** Betreffend Restwerte wurden ebenfalls zumindest teilweise vertrauliche Daten ausgetauscht. So lag der Beschwerdeführerin beispielsweise ein Dokument von A. \_\_\_\_\_ mit dem Titel "Interne Restwert-Tarife" und dem Vermerk "nur für den internen Gebrauch" vor (vgl. Vorinstanz act. 3073 S. 5 ff.). Weiter handelt es sich auch bei den bereits erwähnten strategischen und teilweise zukunftsorientierten Austauschen (z.B. Auswirkungen die Frankenstärke [s. E. 4.4.3.5 und 5.2.2.30

oben]) um vertrauliche und nicht öffentliche Informationen. Gleiches gilt schliesslich für die Gebühren. Die ausgetauschten Informationen betrafen nicht nur aktuelle Gebühren, welche allenfalls im Internet und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen publiziert waren, sondern auch die Absicht allfälliger Änderungen (s. E. 4.7.7 und 5.2.2.30 oben).

**5.2.2.44** Die mit den Tabellen "Financing Market Benchmarking" ausgetauschten Verkaufszahlen und Penetrationsraten enthielten zumindest teilweise Daten, die nicht öffentlich zugänglich waren, was an den Einvernahmen von mehreren Captives bestätigt wurde (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 312 f., act. 2709 Rz. 337 f., act. 2908 Rz. 433 ff., act. 2602 f. Rz. 242-255; act. 2103 Rz. 315-328). Es handelte sich um vertrauliche Daten, was sich im Übrigen bereits in der ausdrücklichen Vereinbarung der Captives, diese Daten vertraulich im Management der am Austausch beteiligten Captives zu behandeln, zeigt (s. E. 4.6.1 oben).

**5.2.2.45** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die zu den Zinssätzen ausgetauschten Informationen keine echten öffentlichen Daten darstellen. Bei den Informationen zu den Restwerten und Gebühren handelt es sich nur teilweise um öffentliche Daten, einige sind als vertraulich und nicht öffentlich zu qualifizieren. Sodann waren auch die Daten zu den Provisionen der Fahrzeughändler sowie die im "Financing Market Benchmarking" enthaltenen Informationen nicht öffentlich zugänglich.

(vii) *Öffentlichkeit des Resultats des Informationsaustausches*

**5.2.2.46** Der Austausch von Informationen einzig unter den Wettbewerbern unter Ausschluss der Marktgegenseite ist kartellrechtlich bedenklicher, als wenn die übrigen Marktteilnehmer, namentlich die Nachfrager, ebenso von der gesteigerten Transparenz profitieren. Dies gilt umso mehr, wenn nicht alle, sondern nur ein kleiner Kreis der Wettbewerber Informationen austauscht, was zu einer Informationsasymmetrie führt. Die Verfügbarkeit der Informationen und der Kreis der Empfänger sind damit entscheidende Kriterien (BLATTMANN, a.a.O., S. 297).

**5.2.2.47** Ein Informationsaustausch gilt dann als öffentlich, wenn der Zugang zum Resultat der ausgetauschten Informationen allen Marktteilnehmern zu denselben Bedingungen offensteht (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 94). Es kann legitim sein, in einem Marktinformationssystem den Zugang zu ausgewerteten Daten auf die Unternehmen zu beschränken, die ihre Daten zur Verfügung gestellt haben, solange der Zugang zum System offen ausgestaltet ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 163).

**5.2.2.48** Vorliegend nahmen grundsätzlich nur die neun Captives an den Informationsaustauschen teil. Beim monatlichen Austausch der Standardzinssätze mittels Tabellen waren auch einzelne Non-Captives beteiligt. Die Ergebnisse des Informationsaustausches bezüglich Zinssätze, Provisionen, Restwerten und Gebühren wurden nur ihnen zugänglich gemacht. Hinsichtlich dem halbjährlichen Benchmark von Verkaufszahlen und Penetrationsraten wurde am ersten Captive-Meeting wie erwähnt "ausdrücklich vereinbart, dass diese Daten

durch die Meeting-Teilnehmer vertraulich im Management behandelt und nicht an Drittpersonen, auch nicht an eigene Sachbearbeiter, weitergegeben werden" (vgl. Vorinstanz, act. 2803, Beilage 1).

**5.2.2.49** Zudem war der Zugang zum Informationsaustauschsystem der Captives auch nicht offen ausgestaltet. Dies zeigt die sehr zögerliche Zulassung der Teilnahme von I. \_\_\_\_\_ an den Captive-Meetings, welche erst im Februar 2012 erfolgte (vgl. Vorinstanz act. 2301, S. 5 Rz. 165 ff. und act. 2703, S. 4). Knapp vier Jahre zuvor wurde am 7. Captive-Meeting vom 24. Juni 2008 noch festgehalten, dass "[I. \_\_\_\_\_] in der Captive-runde weiterhin nicht erwünscht ist" (vgl. Vorinstanz act. 2803 Beilage 1). Ansonsten blieb der Kreis der teilnehmenden Captives während der ganzen Dauer der gleiche.

**5.2.2.50** Der Zugang zum Resultat des Informationsaustausches ist somit mit der Vorinstanz als nicht öffentlich zu qualifizieren.

#### *Fazit zum Wesen des Informationsaustausches*

**5.2.2.51** Die ausgetauschten Informationen waren unternehmensspezifisch, aggregiert und betrafen das Preisverhalten bzw. Kostenfaktoren und Volumina. Es handelte sich nicht um (echte) öffentliche Informationen. Die Daten waren aktuell bzw. teilweise zukunftsbezogen. Der Umfang und Detaillierungsgrad der ausgetauschten Informationen erweist sich als sehr gross. Die Informationen wurden in einer hohen Frequenz ausgetauscht und der Zugang zum Resultat des Austausches stand nur den Teilnehmenden offen. Der Informationsaustausch ermöglichte hinsichtlich der Zinssätze und Provisionen ein lückenloses Monitoring. Dies wurde zusätzlich vereinfacht, indem in den Tabellen Änderungen farblich hervorgehoben wurden. Zudem erfolgten Austausche von Informationen vor dem Hintergrund besonderer Ereignisse oder bei besonderen äusseren Umständen und betrafen strategische Entscheidungen (Automessen [s. 4.4.2 oben], ansteigendes Zinsniveau [s. E. 4.4.1.1 oben], Frankenstärke [s. E. 4.4.3.5 oben], Leasings ohne Restwert [s. E. 4.7.4 oben], Restwerttabelle bei Leasing über Fr. 80'000.- [s. E. 4.4.3.7 oben]).

**5.2.2.52** Der Informationsaustausch und die Art der ausgetauschten Informationen waren somit geeignet, das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives zu beeinflussen und verminderten zugleich die normalerweise bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf das eigene Verhalten.

**5.2.2.53** Ob der Informationsaustausch die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert und das Geschäftsverhalten erleichtert hat, hängt aber nicht nur vom Wesen des Informationsaustausches ab, sondern auch von den Wettbewerbsbedingungen (Marktstruktur; BLATTMANN, a.a.O., S. 304 f.).

#### *Wettbewerbsbedingungen und Marktstruktur*

**5.2.2.54** Die Marktstruktur ist für die rechtliche und ökonomische Beurteilung eines Informationsaustauschs von erheblicher Bedeutung (BLATTMANN, a.a.O., S. 300). Auf hinreichend transparenten, konzentrierten, nicht-komplexen, stabilen und symmetrischen Märkten ist es

eher wahrscheinlich, dass Unternehmen ein Kollusionsergebnis erzielen. Sind die Produkte auf dem vom Informationsaustausch betroffenen Markt homogen, können Wettbewerbsparameter aufgrund von Informationsaustauschverfahren einfacher koordiniert werden als in Märkten mit differenzierten Produkten. Eine wichtige Rolle spielt auch die Marktkonzentration. Je konzentrierter ein Markt ist, desto grösser ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung. Das Wettbewerbsereignis eines Informationsaustausches hängt allerdings nicht nur von den ursprünglichen Eigenschaften des Marktes ab, auf dem dieser Austausch erfolgt, sondern auch davon, wie die Art der ausgetauschten Informationen diese Eigenschaften verändern kann (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 77 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 164 ff.; BLATTMANN, a.a.O., S. 300 ff.).

**5.2.2.55** Diese Bedingungen müssen nicht kumulativ vorliegen. Je mehr von ihnen allerdings erfüllt sind, desto problematischer wird der Informationsaustausch, da Unsicherheiten einfacher beseitigt werden können (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 77 ff.; BLATTMANN, a.a.O., S. 300 f.).

**5.2.2.56** Die Vorinstanz erwog, die Dienstleistungen im Bereich des Leasings seien als weitgehend homogen zu qualifizieren. Die detaillierten Vorgaben im KKG betreffend Form und Inhalt von Leasingverträgen würden zu einer Standardisierung dieser Finanzdienstleistung führen. Auch hinsichtlich weiterer Elemente, wie typische Laufzeiten von Leasingverträgen und weiteren Vertragsbedingungen seien die Dienstleistungen der einzelnen Anbieter weitestgehend vergleichbar. Die Koordination zwischen Marktteilnehmern durch den Informationsaustausch werde dadurch stark erleichtert. Zudem sei die Anzahl der im Bereich Autoleasing tätigen Akteure mit den neun Captives und wenigen Non-Captives sehr überschaubar. Am vorliegenden Informationsaustausch hätte sich der Grossteil der in diesem Bereich tätigen Marktteilnehmer beteiligt.

**5.2.2.57** Die Beschwerdeführerin rügt hingegen, die Erwägungen der Vorinstanz zur Homogenität und Standardisierung der Finanzierungsdienstleistungen im Bereich Konsumentenkredite sowie zur Anzahl im Bereich Autoleasing tätigen Akteure seien rein spekulativ.

**5.2.2.58** Inwiefern die Erwägungen der Vorinstanz zur Homogenität der Dienstleistungen der Captives spekulativ sein sollten, ist nicht ersichtlich. Das KKG enthält für das Automobileasing zahlreiche zwingende Bestimmungen hinsichtlich Formvorschriften, Mindestinhalt des Vertrages, Notwendigkeit einer Restwerttabelle, etc. (s. E. 4.1.4 oben). Im Übrigen führte die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde (Rz. 42) selbst aus, dass sämtliche Captives denselben rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen, etwa zum Schutz der Konsumenten, unterlägen. Die Kreditberechnung und die Einschätzung von Risiken bei der Kreditvergabe seien im gesamten Finanzsektor ähnlich. Ausserdem boten alle Captives Standard- und Sonderzinssätze an und auch andere Vertragselemente, wie zum Beispiel die von der Vorinstanz erwähnten typischen Vertragslaufzeiten, waren bei allen Anbietern vergleichbar. Damit betrieben die Captives ihr Finanzierungsgeschäft grundsätzlich auf dieselbe Art. Darüber hinaus waren ihre

Dienstleistungen insofern homogen und standardisiert, als dass sie den gleichen rechtlichen Vorgaben unterliegen. Hingegen unterschieden sich ihre Dienstleistungen insoweit, als dass sich jede Captive auf die Finanzierung von Neuwagen seines Mutterkonzerns bzw. der mit ihr verbundenen Fahrzeugmarken fokussierte.

**5.2.2.59** Im Ergebnis hat die Vorinstanz aber zurecht erwogen, dass die Produkte weitestgehend homogen und standardisiert sind. Sowohl die EU-Horizontalleitlinien als auch die Schweizerische Lehre gehen davon aus, dass Kollusionsergebnisse bei Homogenität der Produkte wahrscheinlicher sind (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 80; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 165).

**5.2.2.60** Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz zwar, soweit sie die Anzahl der im Bereich Automobilleasing tätigen Akteure als sehr überschaubar bezeichnet und deshalb Kollusionsergebnisse als wahrscheinlicher erachtet. Denn mit neun Captives und vier Non-Captives, d.h. insgesamt 13 Akteuren, ist die Anzahl der im Markt tätigen Leasinganbietern vielmehr als eher hoch zu beurteilen. Somit würde vorliegend die Anzahl Akteure - isoliert betrachtet - Kollusionsergebnisse eher unwahrscheinlicher erscheinen lassen. Werden jedoch die Herkunft und die Vorgeschichte der Captives in die Analyse miteinbezogen, ergibt sich ein anderes Bild. Denn die Herkunft und Vorgeschichte sowie der Umstand, dass jede Captive - namentlich zufolge der (Konzern-)Verbundenheit mit einem Hersteller bzw. Importeur - "seinen natürlichen Platz im Markt" bereits gefunden hatte und dieser "Platz" den anderen Captives auch bekannt war, lassen das Gelingen einer erfolgreichen Koordination trotz der eher hohen Zahl von im Markt tätigen Akteuren als wahrscheinlich erachten. Hinzu kommt, dass es im Untersuchungszeitraum zu keinen wesentlichen Markteintritten und -austritten bei den Captives gekommen ist, welche geeignet gewesen wären, ein bestehendes Kollusionsergebnis aus dem Gleichgewicht zu bringen. Schliesslich sind auch keine Hinweise ersichtlich, wonach beispielsweise die Frankenstärke oder das Tiefzinsumfeld zu wesentlichen Veränderungen der Marktstruktur geführt hätten. Vielmehr wurde speziell bei solchen exogenen Ereignissen die Zusammenarbeit gesucht und der Informationsaustausch unter den Captives entsprechend intensiviert.

**5.2.2.61** Diese wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen erleichterten die Koordinierung. Insgesamt lag eine relativ günstige Marktstruktur vor, um ein Kollusionsergebnis zu erzielen bzw. ein kollusives Marktergebnis zu stützen. Zudem führte vorliegend der sehr umfangreiche und regelmässige Informationsaustausch zu einer Erhöhung der Markttransparenz. Wie erwähnt, ermöglichte der monatliche Austausch der Zinssätze und Provisionen ein lückenloses Monitoring der Veränderungen. Ausserdem konnten sich die Captives durch den Austausch zu Refinanzierungszinsen, Löhnen sowie zu Verkaufszahlen und Penetrationsraten auch ein Bild über die Kostenstruktur der anderen Captives machen.

**5.2.2.62** Schliesslich ist ein gemeinsamer Plan der Teilnehmenden wie erwähnt (s. E. 5.2.2.2 oben) nicht erforderlich. Ebenso ist es unerheblich, aus welchen Gründen die Captives Informationen ausgetauscht haben.

Relevant ist einzig, dass die Fühlungsnahme geeignet war, entweder das Marktverhalten eines Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 5.2.2; RAFFAEL GÜBELI, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede?, AJP 2017, S. 50 ff., 54). Insbesondere schliesst auch das Verfolgen eines mitunter zulässigen Zwecks im Rahmen von Captive-Meetings einen unzulässigen Informationsaustausch in keiner Weise aus. Aus diesen Gründen erweisen sich die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe sich nicht bewusst und gewollt mit anderen Captives abgestimmt zum Zweck, den Wettbewerb zu beschränken, und der Informationsaustausch sei auch nicht darauf ausgerichtet gewesen, ein abgestimmtes Preismodell zu entwickeln oder eine entsprechende abgestimmte Verhaltensweise zu bewirken, als nicht stichhaltig.

**5.2.2.63** Soweit die Beschwerdeführerin zudem rügt, die Captives würden miteinander gar nicht im Wettbewerb stehen, weshalb eine Abstimmung nicht möglich sei, kann auf E. 5.4 unten verwiesen werden. An jener Stelle wird sich das Gericht eingehend mit der wiederholt vorgebrachten Rüge des Fehlens eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives auseinandersetzen.

**5.2.2.64** Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Informationsaustausch und die Art der ausgetauschten Informationen geeignet waren, das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives zu beeinflussen und die anderen Captives über das eigene Verhalten ins Bild zu setzen. Die Marktstruktur erleichterte zudem eine Koordinierung. Das geforderte Mindestmass an Kommunikation, eine sogenannte Fühlungsnahme, ist mit der Vorinstanz als offensichtlich erfüllt zu betrachten. Eine Abstimmung der Beschwerdeführerin mit den übrigen Captives ist somit zu bejahen.

### 5.2.3 Marktverhalten bzw. Abstimmungserfolg

**5.2.3.1** Während bei der Vereinbarung für die Qualifikation als Abrede ein bestimmtes, konkretes Verhalten Inhalt der erklärten Willensübereinstimmung der Parteien ist und deren Umsetzung nicht vorausgesetzt ist, bedarf es bei der Verhaltensabstimmung einer Konkretisierung der Verständigung. Diese Konkretisierung liegt nicht schon in der Abstimmung, sondern im anschließenden Marktverhalten der Parteien (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.5; MICHAEL KLING/STEFAN THOMAS, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rz. 72). Das zweite Element der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bildet somit die Umsetzung der Abstimmung, d.h. der Abstimmungserfolg.

**5.2.3.2** Das Bundesgericht erwog in BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.3 dazu Folgendes:

*"Der Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten zeigen. Dieses muss daher von der aufeinander bezogenen Abstimmung beeinflusst sein. Neben dem beobachtbaren Verhalten auf dem Markt können auch innerbetriebliche Massnahmen die Umsetzung belegen."*

**5.2.3.3** Wesentlich ist, dass das Marktverhalten nicht mehr selbstständig erfolgt, sondern mithilfe der Abstimmung

mung die dem freien Wettbewerb immanenten Unsicherheiten und Risiken umgangen werden. Auch innerbetriebliche Massnahmen können die Umsetzung belegen, etwa wenn sich aufzeigen lässt, dass die Abstimmung einen Einfluss auf das spätere Marktverhalten hatte, weil sie zu einer Verminderung der strategischen Unsicherheit über das Marktverhalten der Wettbewerber geführt hat (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 58; abweichend: REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 161; vgl. auch Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 8.3.2).

**5.2.3.4** An die Konkretisierung der Verständigung bzw. den Nachweis des Marktverhaltens sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss aber ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Entscheidend ist, dass die Indizien für eine Abstimmung und einen Abstimmungserfolg so zusammenspielen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt so darstellt, dass er als abgestimmte Verhaltensweise i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG verstanden werden kann (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.3).

**5.2.3.5** Beim Informationsaustausch ist in der Regel erforderlich, dass der Empfänger der wettbewerbs sensitiven Informationen (wie z.B. Preise) sein Verhalten an seine Mitwettbewerber angleicht (Urteil B-710/2014, *Lufftfracht*, E. 10.2.4). Allerdings ist es nicht erforderlich, dass das Marktverhalten genau parallel erfolgt (Bangerter/Zirlick, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 58). Namentlich bei Austausch, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wird teilweise davon ausgegangen, dass ein Parallelverhalten nicht mehr nachgewiesen werden müsse (vgl. Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009 C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 29; Verfügung der WEKO vom 10. Mai 2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen* [veröffentlicht in: RPW 2012/3, S. 615 ff.], Rz. 62 ff, 185 ff. und 235 ff.; PASCHKE, in: Säcker/Meier-Bock/Bien/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV Rz. 165; RAPHAEL BRÜTSCH, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003, 183 f.; DIRK SCHROEDER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 7 und 8/2009, 718 ff., 720; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, Wien 2015, S. 75).

**5.2.3.6** Zu beachten ist, dass das Marktverhalten der Erfolg der Abstimmung darstellt und damit noch nicht nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs.1 KG aussagt, auch wenn jenes in gewissen Fällen schwierig von dieser abzugrenzen ist (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.3; Urteile des EUGH vom 8. Juli 1999 C-199/92 *Hüls*, Slg. 1999 I-4287 Rn. 165; vom 8. Juli 1999 C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I 4125 Rn. 124).

**5.2.3.7** Die Vorinstanz erwog zum Marktverhalten, die Zinssätze der Verfügungsadressatinnen hätten sich im Allgemeinen am Verlauf des generellen Zinsumfeldes orientiert, sich jedoch nicht durch vollständige Gleichförmigkeit ausgezeichnet. Zudem verwies die Vorinstanz auf ihre Erwägungen zum Kausalzusammenhang zwi-

schen der Abstimmung und dem Marktverhalten, wo sie erwog, die sehr detaillierten Daten aus dem Informationsaustausch seien von den Verfügungsadressatinnen als wertvolles Arbeitsinstrument betrachtet worden. Die Informationen hätten beispielsweise für Marktanalysen und -berichte Verwendung gefunden. Auch seien die mit dem Austausch gesammelten Informationen nicht nur in den Händen derjenigen Personen geblieben, die an den Meetings teilgenommen hätten, sondern intern weitergeleitet worden. Sie seien in die strategische Entscheidungsfindung eingeflossen und diverse Verfügungsadressatinnen hätten bestätigt, dass sie ihre Preisstrategie auch kurzfristig hätten anpassen können. Das errichtete Marktinformationssystem habe ein lückenloses Monitoring ermöglicht. Entsprechend hätten die Captives bei der Festlegung ihres Marktverhaltens nicht vom Wissen absehen können, das sie im Rahmen des regelmässigen Informationsaustausches erworben hätten.

**5.2.3.8** Die Beschwerdeführerin rügt, eine Anpassung ihres Marktverhaltens sei nicht nachgewiesen. Die blossе Kenntnis von bestimmten Kommunikationselementen, die theoretisch dazu beitragen könnten, das zukünftige Marktverhalten von Wettbewerbern zu antizipieren, sei für den Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise nicht ausreichend. Auch dürfe die Anpassung des Marktverhaltens nicht aus dem Kausalzusammenhang abgeleitet werden. Darin sei ein unzulässiger Zirkelschluss zu sehen. Im Weiteren sei auch eine kurzfristige Anpassung der Preisstrategie nicht möglich gewesen sei. Ohnehin reiche aber die blossе Möglichkeit der Anpassung nicht aus, es sei eine tatsächliche Anpassung erforderlich. Eine ökonomische Analyse der relevanten Leasingraten, welche die Captives im Untersuchungszeitraum angeboten hätten, würde die heterogene Verteilung der Standard- und Sonderzinssätze zeigen. Daraus ergebe sich, dass kein Zusammenhang zwischen dem Informationsaustausch und allfälligen kurzfristigen Preisänderungen bestehe. Als Hintergrund eines möglichen kurzfristigen Anstieges oder Rückganges der Leasingraten seien Änderungen der allgemeinen Marktbedingungen denkbar.

**5.2.3.9** Die Beschwerdeführerin stellt sich im Weiteren auf den Standpunkt, für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise müsse der Nachweis erbracht werden, dass die Parteien ihr jeweiliges Verhalten bewusst und gewollt an das Verhalten ihrer Wettbewerber angepasst hätten. Die Rechtsprechung besage zwar, dass keine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachgewiesen werden müsse, wenn eine von einem Vermutungstatbestand i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG erfasste Verhaltensweise zu beurteilen sei. Eine Beweiserleichterung hinsichtlich einer Verhaltensanpassung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG ergebe sich daraus aber nicht. Auch das Bundesverwaltungsgericht insistiere im Urteil B-3618/2013 vom 24. November 2016 i.S. *Hallenstadion* (E. 329), die Anpassung des Marktverhaltens sei vom Aspekt des Eintritts der tatsächlichen Auswirkungen auf dem Markt zu unterscheiden und müsse in Bezug auf das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung separat geprüft werden. Deshalb scheide die blossе Annahme bzw. Vermutung einer Verhaltensanpassung im Markt aus.

**5.2.3.10** Eine von ihr vorgenommene rudimentäre Überprüfung des Marktverhaltens der Captives anhand der ausgetauschten Informationen ergebe keine Verhaltensabstimmung oder andere Korrelation zwischen den Captives. Die durchschnittliche Abweichung zwischen den Zinssätzen der Captives sei grösser als die Abweichung zwischen den Zinssätzen der Captives und der Non-Captives. Zudem sei bei den in den Monaten der Automessen ausgetauschten Zinssätzen eine höhere durchschnittliche Abweichung feststellbar als bei den in den anderen Monaten ausgetauschten Zinssätzen. Bei den von den Captives eingesetzten Sonderzinssätzen sei eine noch grössere durchschnittliche Abweichung erkennbar. Weiter sei zwar eine gewisse Korrelation zwischen den Standardzinssätzen der Captives festzustellen, die individuellen Korrelationen würden aber erheblich variieren. Die beobachtete Korrelation zwischen den Sonderzinssätzen sei schwach. Diese Feststellungen sprächen gegen eine Verhaltensabstimmung.

**5.2.3.11** Gemäss ihrer eigenen Überprüfung habe auch die vom Sekretariat durchgeführte Hausdurchsuchung zu keiner Veränderung ihres Geschäfts geführt. Dies deute darauf hin, dass ihre Verhaltensweise auch vor der Hausdurchsuchung nicht von einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beeinflusst gewesen sei. In diesem Zusammenhang beantragt die Beschwerdeführerin deshalb auch ein vom Gericht zu veranlassendes ökonomisches Gutachten sowie die Befragung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin als Zeugen.

**5.2.3.12** Schliesslich hielt die Beschwerdeführerin fest, gemäss BGE 147 II 72 i.S. *Pfizer II* sei für die Umsetzung der Abstimmung bzw. den Abstimmungserfolg der "Grad der Befolgung" entscheidend. Daraus folge, dass zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals Marktverhalten die tatsächlichen Auswirkungen der Abstimmung aufzuzeigen seien.

**5.2.3.13** Bereits oben wurde festgehalten (s. E. 5.2.3.2 f.f.), dass es nicht erforderlich ist, dass da Marktverhalten genau parallel erfolgt. An den Nachweis des Marktverhaltens sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Die Verhaltensweise am Markt muss durch die Fühlungsnahme nur beeinflusst worden sein. Massgeblich ist damit, ob das Verhalten irgendeine inhaltlich nicht näher bestimmte Wirkung auf das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen hatte (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 10 N. 45). Die Rügen der Beschwerdeführerin, eine Anpassung ihres Marktverhaltens sei nicht nachgewiesen, da eine ökonomische Analyse eine heterogene Verteilung der Standard- und Sonderzinssätze aufzeige, gehen somit an der Sache vorbei.

**5.2.3.14** Ebenso geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie aus BGE 147 II 72 i.S. *Pfizer II* ableitet, vorliegend müsse ein Befolgungsgrad nachgewiesen bzw. ein damit vergleichbarer Nachweis erbracht werden, damit das Tatbestandselement des Marktverhaltens erfüllt sei. In BGE 147 II 72 i.S. *Pfizer II* war der Befolgungsgrad zu prüfen, da eine einseitige und als "unverbindlich" bezeichnete Preisempfehlung zu beurteilen war. Diese Rechtsprechung kann für die Beurteilung eines multilateralen Informationsaustausches jedoch nicht ohne Weiteres übernommen werden. Bei einem multilateralen In-

formationsaustausch fehlt es an der potenziellen Handlungsanweisung im vertikalen Verhältnis. Eine Prüfung des Befolgungsgrades ist damit nicht vorzunehmen.

**5.2.3.15** Das eigentliche Marktverhalten der Captives besteht im Kauf eines vom Leasingnehmer gewählten Fahrzeuges und der anschliessenden Gebrauchsüberlassung dieses Fahrzeugs an den Leasingnehmer. Dies bedingt die Festlegung der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung, d.h. der Leasingraten. In diesem Zusammenhang werden laufend Leasingzinssätze festgelegt und angepasst sowie Sonderzinssätze angeboten. Im Weiteren sind hierfür Restwerte bzw. Restwertempfehlungen und Gebühren zu bestimmen. Anpassungen werden einerseits aus äusseren Anlässen, wie Gesetzesänderungen oder Wechselkursschwankungen vorgenommen, andererseits aus internen strategischen Überlegungen. Es ist offensichtlich und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin solche Handlungen im relevanten Zeitraum vorgenommen hat.

**5.2.3.16** Im Untersuchungszeitraum hat sie diese Handlungen aber auch vor dem Hintergrund des oben dargelegten Informationsaustausches ausgeführt. Denn alle vorerwähnten Parameter (Standard- und Sonderzinssätze, Restwerte, Gebühren) waren nachweislich vom Informationsaustausch betroffen. Zudem war der Umfang der ausgetauschten Daten, deren Detaillierungsgrad sowie die Frequenz des Austausches hoch (s. E. 5.2.2.51 oben). Der praktizierte Informationsaustausch ermöglichte den Captives ein lückenloses Monitoring bezüglich der Entwicklung der Zinssätze und Provisionen. Ausserdem erfolgten Austausche von Informationen vor dem Hintergrund besonderer Ereignisse und bei besonderen äusseren Umständen.

**5.2.3.17** Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass die Captives die untereinander ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens zwangsläufig mitberücksichtigt haben mussten. Aufgrund des Informationsaustausches waren die Captives insbesondere in der Lage, auf aufwändige Informationsbeschaffungen zu verzichten. Sie konnten ihre Reaktionsmöglichkeiten verbessern und ihre Strategie aufgrund neu erkannter Tendenzen festlegen. Diese Feststellung hat für die Beschwerdeführerin, welche den monatlichen Austausch über Standard- und Sonderzinssätze sowie den halbjährlichen Austausch von Verkaufszahlen und Penetrationsraten administrierte, in besonderem Masse zu gelten. Dass die Captives daneben auch auf die allgemeinen Marktbedingungen und insbesondere die Finanzierungskosten reagierten, wie dies seitens der Beschwerdeführerin vorgebracht wird, schliesst diese Feststellung nicht aus.

**5.2.3.18** Darüber hinaus sind die ausgetauschten Informationen von den Captives aber auch tatsächlich im internen Meinungsbildungsprozess berücksichtigt worden und - wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten - in die strategische Entscheidungsfindung eingeflossen. Die Bedeutung, die die Captives den Informationen zugemessen hatten, variierte zwar. An den Einvernahmen gaben aber mehrere Captives an, die Informationen der monatlich zugestellten Tabellen mit den Standard- und Sonderzinssätzen für die Marktbeobachtung verwendet

zu haben. Das Interesse an den Informationen sei teilweise durch die Muttergesellschaft hervorgerufen worden (vgl. Vorinstanz, act. 2401 Rz. 74 ff., act. 2402 Rz. 227 ff., act. 2001 Rz. 455 ff., act. 2908 Rz. 88 ff., act. 2802 Rz. 181 ff.).

**5.2.3.19** Die Informationen dienten der Marktbeobachtung, dem Marketing und "*als Hilfsmittel, um beim Hersteller Geld zu erhalten*" (vgl. Vorinstanz, act. 2401 Rz. 233 f.). Auch beschlagnahmte Dokumente und E-Mails belegen, dass die zwischen den Captives ausgetauschten Informationen unternehmensintern zirkulierten und zur Erstellung von internen Berichten verwendet wurden (vgl. Vorinstanz, act. 3026-3028, act. 3065 und act. 3086 S. 1). Die Captives verwendeten die auf der Basis der ausgetauschten Informationen erstellten Dokumente für die Durchführung interner Marktanalysen (vgl. Vorinstanz, act. 3011). Solche Marktberichte und -analysen fliessen nach der allgemeinen Lebenserfahrung in die strategische Entscheidungsfindung eines Unternehmens ein. In internen E-Mails wurde das Ergebnis des Informationsaustausches teilweise als stärkendes Argument für interne Vorschläge, namentlich auch für die Anpassung der Zinsen, genannt (vgl. Vorinstanz, act. 3055 und 3041). Bei B. \_\_\_\_\_ beispielsweise führte die Zustellung des Benchmarks und des Leasing-Surveys bzw. die Kenntnisnahme der darin enthaltenen Informationen im April 2008 dazu, dass der damalige CFO gestützt darauf die Erhöhung des Leasingzinssatzes zu beantragen beabsichtigte (vgl. Vorinstanz, act. 3078).

**5.2.3.20** Das Verhalten auf dem Markt wurde aber auch durch die Kenntnis der Restwerttabellen der Konkurrenten beeinflusst (vgl. z.B. Vorinstanz, act. 3081). Am Meeting vom 21. Oktober 2010 erfragte die Beschwerdeführerin die Bereitschaft der Captives, ihre Restwerttabellen zu Vergleichszwecken zur Verfügung zu stellen (vgl. Vorinstanz, act. 3100 S. 16 f.). Wenige Monate später, im Februar 2011, wurde bei der Beschwerdeführerin intern ein Vorschlag zur Senkung der Restwerte für Autos der gehobenen Fahrzeugkategorien unterbreitet, in dessen Zusammenhang Restwerttabellen von drei anderen Captives zum Vergleich herangezogen wurden (vgl. Vorinstanz, act. 3073, S. 1, 5, 7 und 8). Auch die Anfrage der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2012, ob die anderen Captives im Folgejahr beabsichtigen, ihre Restwerte anzupassen (s. E. 4.7.6 oben), kann nur vor dem Hintergrund erfolgt sein, Unsicherheiten auf dem Markt zu beseitigen und das eigene Marktverhalten gegebenenfalls anzupassen. Gleiches gilt hinsichtlich der Anfrage von F. \_\_\_\_\_ um nähere Angaben zu den Auflösetabellen der Captives bzw. um Zustellung einer Beispielstabelle. Diese Umfrage erfolgte gar mit dem erklärten Ziel herauszufinden, ob deren aktuelle Auflösetabelle "*zu aggressiv (überfreundlich gegenüber den Kunden)*" ist (s. E. 4.7.5 oben).

**5.2.3.21** Schliesslich wurde das Marktverhalten auch durch den Informationsaustausch betreffend die Gebühren beeinflusst. Wie bereits oben erwähnt (s. E. 4.7.7), erfragte B. \_\_\_\_\_ bei den anderen Captives im April bzw. Mai 2010 deren Gebühren und Gebührenehöhe. Sodann erarbeitete B. \_\_\_\_\_ ein 21-seitiges Fachkonzept zu den Gebühren, welches eine Analyse mit einem umfassenden Vergleich der eigenen aktuellen

Gebühren mit denjenigen der anderen Captives und Non-Captives enthielt. Die darin enthaltenen Zahlen decken sich mit den von den anderen Captives anlässlich der Umfrage gemeldeten. Das Fachkonzept kam zum Schluss, dass sich B. \_\_\_\_\_ bei praktisch allen Gebühren unter dem Marktdurchschnitt bewege bzw. im Vergleich zu den anderen Captives gewisse Gebühren noch nicht erhebe. Deshalb sah das Konzept vor, neu Gebühren für Kontoauszüge, Adressnachforschungen, Steuernachweise, etc. einzuführen, und zwar im Verlauf des Oktobers 2010 (vgl. Vorinstanz, act. 1211 S. 32 ff.; vgl. auch act. 3076 f. und 3079 f.).

**5.2.3.22** Zudem tauschten sich die Captives am Meeting vom 24. Juni 2008 zur Höhe der Gebühren bei Vertragsumschreibungen und den entsprechenden Bedingungen aus ("*Vertragsumschreibungen/Verrechnungen [...]*"; vgl. Vorinstanz, act. 2803 S. 35 f.). C. \_\_\_\_\_, die Initiatorin dieses Austausches, erhob zu diesem Zeitpunkt noch keine Gebühren für die Vertragsumschreibung, führte jedoch im unmittelbaren Nachgang per 1. Juli 2008 eine entsprechende Gebühr in der Höhe von Fr. 300.- ein. Sie begründete dessen Einführung ausdrücklich mit der Anpassung an die Marktbedingungen seitens der anderen Captives (vgl. Vorinstanz, act. 3042).

**5.2.3.23** Auch die in den Tabellen "*Financing Market Benchmarking*" enthaltenen Daten wurden von Captives intern weitergeleitet (vgl. Vorinstanz, act. 2908 Rz. 446 ff., act. 2908 Rz. 466 f., act. 3060). O. \_\_\_\_\_ von C. \_\_\_\_\_ führte aus, sie hätten aus dem "*Financing Market Benchmarking*" ableiten können, wie sie zu handeln gehabt hätten (z.B. neue Produkte entwickeln und Händler ausbilden). Es habe auch einen Einfluss auf die Zinssätze gehabt (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 318 ff.). L. \_\_\_\_\_, ehemals tätig gewesen bei G. \_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin, führte auf die Frage, ob diese Informationen Einfluss auf strategische Entscheide gehabt hätten, aus: "*Strategisch, das ist ein grosses Wort. Es hat mir aber schon gedient, z.B. in Bezug auf Promos/gestützte Angebote*" (vgl. Vorinstanz, act. 2908 f. Rz. 453 ff.).

**5.2.3.24** Hinsichtlich der Kommissionen fällt auf, dass diese bei allen Captives (und Non-Captives) i.d.R. bei [...] % lagen (vgl. Vorinstanz, act. 3051, vgl. auch act. 2001 Rz. 84 ff.). An den Einvernahmen und in den Unternehmenserklärungen wurden unterschiedliche Gründe hierfür genannt, namentlich eine Intervention des Konsumentenschützers und eine Empfehlung des Schweizerischen Leasing Verbandes SLV (vgl. Vorinstanz, act. 2908 Rz. 216 ff., act. 2908 Rz. 216 ff., act. 1202 Rz. 28). Der SLV gab jedoch in Beantwortung eines Auskunftsbegehrens an, weder direkt via Empfehlungen noch indirekt via Plattform an der Festlegung der Höhe der Kommissionen beteiligt gewesen zu sein. Die Empfehlungen des SLV zu den Vermittlungsprovisionen seien 2004 aufgehoben worden (vgl. Vorinstanz, act. 319).

**5.2.3.25** Aus den oben exemplarisch aufgezeigten Beweisen und Erwägungen geht hervor, dass der Informationsaustausch auch tatsächlich einen Einfluss auf das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives hatte. Entgegen den Vorbringen der Be-

schwerdeführerin liegt nicht nur eine blosser Kenntnis von bestimmten Kommunikationselementen vor, die theoretisch dazu beitragen können, das künftige Marktverhalten von Wettbewerbern zu antizipieren. Vielmehr wurden die Informationen intern weitergeleitet, für Marktberichte und -analysen sowie als Argumentarium verwendet. Gestützt darauf wurden Verhaltensanpassungen in Erwägung gezogen und umgesetzt. Die ausgetauschten Informationen flossen damit in das Marktverhalten, namentlich auch in die strategische Entscheidungsfindung, mit ein.

**5.2.3.26** Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin wird damit nicht nur die blosser Möglichkeit der Anpassung des Marktverhaltens nachgewiesen, sondern es wurden tatsächliche Verhaltensanpassungen dargelegt.

**5.2.3.27** Die Möglichkeit der Anpassung des Marktverhaltens ist allerdings im Kontext der oben bestätigten Feststellung (s. E. 5.2.3.17), wonach Captives die untereinander ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens zwangsläufig nicht unberücksichtigt lassen konnten, miteinzubeziehen. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend macht, eine kurzfristige Anpassung der Preisstrategie sei nicht möglich, geht sie allerdings in mehrfacher Hinsicht fehl. Einerseits verkennt sie, dass es nicht nur um kurzfristige Anpassungen des Marktverhaltens geht, sondern um irgendwelche Wirkungen des Informationsaustausches auf das Marktverhalten. Andererseits zeigen die oben beispielhaft dargelegten Verhaltensanpassungen, dass kurzfristige Anpassungen von Preiselementen durchaus möglich waren und auch vorgenommen wurden, insbesondere auch bei der Beschwerdeführerin selbst (s. E. 5.2.3.20 ff. oben). Im Übrigen lässt sich beispielsweise auch aus der E-Mail vom 7. Februar 2011 schliessen, dass bei der Beschwerdeführerin hinsichtlich Restwerttabellen relativ kurzfristig Anpassungen realisierbar waren (vgl. Vorinstanz, act. 3073). Sodann bestätigten mehrere Captives an den Einvernahmen bzw. in den Unternehmenserklärungen, dass sie auch hinsichtlich der Zinssätze kurzfristig ihre Strategie - zumindest punktuell - anpassen konnten (vgl. Vorinstanz, act. 2102 Rz. 68 ff., act. 2402 Rz. 168 ff., act. 2802 Rz. 188 ff., act. 2804 S. 12 Rz. 46).

**5.2.3.28** Die Vorinstanz hat bei der Darlegung, dass das Tatbestandselement des Marktverhaltens erfüllt ist, zwar auf die Erwägungen zum Kausalzusammenhang verwiesen. Ihre Erwägungen dort betrafen jedoch zumindest teilweise auch die Feststellung eines Marktverhaltens, namentlich wenn sie zutreffend ausführte, die ausgetauschten Informationen seien intern weitergeleitet und für Marktberichte und -analysen verwendet worden. Sie seien in die strategische Entscheidungsfindung eingeflossen und von ihrem Wissen hätte bei der Festlegung des Marktverhaltens nicht abgesehen werden können. Damit wird in der angefochtenen Verfügung - wie auch im vorliegenden Beschwerdeentscheid - das Marktverhalten nicht aus dem Kausalzusammenhang abgeleitet. Ein Zirkelschluss, wie es von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird, ist nicht zu erkennen.

**5.2.3.29** Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die im März 2014 durchgeführte Hausdurchsuchung

habe zu keinen Veränderungen ihres Geschäfts geführt, was darauf schliessen lasse, dass ihr Marktverhalten auch zuvor nicht vom Informationsaustausch beeinflusst gewesen sei. Sie verkennt dabei jedoch, dass aus dem späteren Verlauf unter anderen tatsächlichen Gegebenheiten kaum aussagekräftige Schlüsse für frühere Perioden gezogen werden können (Urteil des BVerG B-2597/2017 vom 19. Januar 2022, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen Vifor Pharma [nachfolgend: Vifor]*, E. 13.7.17). Ausserdem wurde oben bereits nachgewiesen, dass der Informationsaustausch das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives im Untersuchungszeitraum effektiv beeinflusst hat und die Informationen verwendet wurden (vgl. E. 5.2.3.18). Die Beweisanträge der Beschwerdeführerin, ein ökonomisches Gutachten hierzu einzuholen sowie den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zu befragen, sind deshalb in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Denn das Gericht ist namentlich dann nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn - wie vorliegend - die zu beweisende Tatsachen nicht entscheidungswesentlich sind oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel bereits als bewiesen gelten können (s. E. 5.4.5.2 unten; BGE 144 II 194 E. 4.4.2; 130 II 475 E. 2.2; Urteil des BVerG 2C\_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 5.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.123d).

**5.2.3.30** Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz eine Umsetzung der abgestimmten Verhaltensweise bzw. ein Abstimmungserfolg zu bejahen. Die Vorinstanz durfte aufgrund des langjährigen, häufigen und umfangreichen Informationsaustausches davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin die ausgetauschten Informationen nicht unberücksichtigt lassen konnte. Zudem wurde auch nachgewiesen, dass der Informationsaustausch das Marktverhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives effektiv beeinflusst hat und die Informationen verwendet wurden.

## **5.2.4 Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Marktverhalten**

**5.2.4.1** Schliesslich bedarf es zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten der Unternehmen, wie erwähnt (s. E. 5.2.1.5 oben), eines Kausalzusammenhangs. Unbeachtlich ist, ob allenfalls weitere Ursachen bestehen. Entscheidend ist lediglich, dass eine Kausalbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Abstimmungserfolg vorliegt (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.4.4).

**5.2.4.2** Die Vorinstanz erwog, es könne in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH vermutet werden, dass sich der langandauernde, systematische Informationsaustausch auf das Marktverhalten der Verfügungsadressatinnen ausgewirkt habe. Der Kausalzusammenhang könne aber auch belegt werden. Die Daten aus dem Informationsaustausch seien für Marktanalysen und -berichte verwendet worden. Sie seien intern weitergeleitet worden und in die strategische Entscheidungsfindung eingeflossen. Diverse Verfügungsadressatinnen hätten bestätigt, dass sie ihre Preisstrategie auch kurzfristig anpassen konnten. Die ausgetauschten Informationen hätten die Markttransparenz entscheidend erhöht. Die Kenntnisse der Verfügungsadressatinnen über die Akti-



vitäten ihrer Wettbewerber seien durch die Menge der Informationen sowie deren hohen Detaillierungsgrad verbessert und die strategische Unsicherheit der Marktteilnehmer hinsichtlich des Verhaltens der jeweiligen Wettbewerber weitestgehend beseitigt worden.

**5.2.4.3** Die Beschwerdeführerin bestreitet hingegen, dass der Nachweis des Kausalzusammenhangs mit diesen Feststellungen erbracht werden könne. Der Nachweis des Kausalzusammenhangs durch die Vorinstanz beruhe ausschliesslich auf Vermutungen und sei nicht belegt.

**5.2.4.4** Das Bundesgericht hat sich im Rahmen seiner Erwägungen zur *Pfizer*-Rechtssache der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen, wonach für den Nachweis einer Kausalitätsbeziehung zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten Beweiserleichterungen gelten. So gilt bei nachgewiesener Abstimmung die Vermutung, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Dies gilt umso mehr, wenn die Abstimmung während eines langen Zeitraums regelmässig stattfand. Die Vermutung ist widerlegbar. Im gleichsam umgekehrten Fall, wenn also ein Gleichverhalten vorliegt, kann dies eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren. In der Regel sind jedoch weitere Indizien notwendig, damit von einem solchen Verhalten ausgegangen werden kann (BGE 147 II 72, *Pfizer* II, E. 3.4.4 m.w.H.; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 60).

**5.2.4.5** Im vorliegenden Fall kann auf die erste der beiden Vermutungen zurückgegriffen werden, zumal die Abstimmung regelmässig und während eines langen Zeitraumes praktiziert wurde (93 monatliche Austausche zu den aktuellen Standard- und Sonderzinssätzen inkl. Provisionen während über 7 Jahren; 24 Captive-Meetings während über 7 Jahren). Der Vorwurf, die Vorinstanz habe sich beim Nachweis des Kausalzusammenhangs in ungerechtfertigter Weise auf Vermutungen gestützt, erweist sich somit als unbegründet.

**5.2.4.6** Um die tatsächliche Vermutung zu entkräften, muss der Vermutungsgegner nicht den Beweis des Gegenteils antreten. Er kann sich mit dem Gegenbeweis begnügen. Das bedeutet, dass er Zweifel an der Richtigkeit der Indizien (Vermutungsbasis) und der daraus gezogenen Schlussfolgerung (Vermutungsfolge) wecken muss. Gelingt dem Vermutungsgegner der Gegenbeweis, so greift die tatsächliche Vermutung nicht mehr und der Beweis ist gescheitert. Es stellt sich, sofern der Vermutungsgegner nicht weitergehend das Gegenteil beweist, die Beweislosigkeit ein, deren Folgen den beweisbelasteten Vermutungsträger treffen (Urteil des BGer 5A\_182/2017 vom 2. Februar 2018 E. 3.2.2 m.w.H.).

**5.2.4.7** Die EU-Praxis zieht eine Widerlegung der Vermutung insbesondere in Erwägung, wenn ein Marktteilnehmer aus dem Markt ausscheidet, sich öffentlich vom Verhalten distanziert oder eine Anzeige bei der zuständigen Behörde einreicht (Urteile des EuGH vom 21. Januar 2016 C-74/14, *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, Rz. 46; vom 4. Juni 2009 C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343, Rz. 51). Sind nicht kollusive Treffen

gegenständig, so können hierzu auch andere Beweise vorgelegt werden (Urteil *Eturas*, Rz. 46).

**5.2.4.8** Eine solche Widerlegung der Vermutung bzw. ein solcher Gegenbeweis gelingt der Beschwerdeführerin vorliegend mit dem blossen Einwand, der Wert der Informationen bzw. des Informationsaustausches sei untauglich für den Nachweis des Kausalzusammenhangs bzw. der Kausalzusammenhang werde zwischen zwei nicht belegten Tatbestandsmerkmalen unzureichend nachgewiesen, nicht. Die Tatbestandsmerkmale Abstimmung und Marktverhalten wurden rechtsgenügend nachgewiesen (s. E. 5.2.2 und E. 5.2.3 oben). Die Beschwerdeführerin ist zudem weder aus dem Markt ausgeschieden, noch hat sie sich öffentlich vom Verhalten distanziert oder eine Anzeige bei der zuständigen Behörde eingereicht.

**5.2.4.9** Es ist damit mit der Vorinstanz festzustellen, dass auch die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten gegeben ist. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist aufgrund der von der schweizerischen und europäischen Rechtsprechung anerkannten Kausalitätsvermutung nicht ersichtlich.

**5.2.4.10** Damit sind alle drei Voraussetzungen für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise gegeben.

. Wie bereits vorne erwähnt, wird eine Abrede dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 KG N. 72; relativierend BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N. 431 ff.). Sie wird namentlich dann angenommen, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden. Eine die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar (BGE 147 II 72, *Pfizer* II, E. 3.5, 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 5.1).

**5.3.1.2** Das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG ist wettbewerbsrechtlich noch neutral. Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist der Wettbewerb dann beschränkt, wenn sich bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus ergibt. Ob die Wettbewerbsbeschränkung schädlich, zulässig bzw. unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung von Art. 5 KG (BGE 147 II 72, *Pfizer* II, E. 3.5; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 119).

**5.3.1.3** Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt sein. Das Bezwecken und das Bewirken sind alternativ zu verstehen (BGE 147 II 72, *Pfizer* II, E. 3.6; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 410; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire ro-

mand, Art. 4 Abs. 1 N. 78; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 133). In der Regel wird mit der Prüfung des Bezweckens begonnen, womit das Bewirken nur geprüft werden muss, wenn das Bezwecken zu verneinen ist (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 157).

**5.3.1.4** Die Formulierung "bezwecken oder bewirken" findet sich auch in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dementsprechend kann die europäische Praxis hierzu bei der Auslegung des Schweizer Rechts grundsätzlich mitberücksichtigt werden (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 136 m.w.H.).

**5.3.1.5** Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs. Mit anderen Worten ausgedrückt, wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.6; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 137). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Eine subjektive Absicht ist nicht notwendig. Auch ist es unerheblich, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.6; REINERT, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 550; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 4 Abs. 1 N. 81 f.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 138). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind nicht notwendig. Es ist ausreichend, wenn die Abrede ihrem Wesen nach das Funktionieren des Wettbewerbs gefährdet (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.6; 144 II 246, *Altimum*, E. 6.1 und 6.4.2; vgl. zum Ganzen auch Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.6.4 und 4.6.5).

**5.3.1.6** Nach der Europäischen Praxis liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn die Verhaltenskoordination schon "*ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs*" angesehen werden kann (Urteile des EUGH vom 19. März 2015 C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, ECLI:EU:C:2015:184, Rn. 50; vom 11. September 2014 C-67/13, *Groupement des Cates Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn.35; vom 14. März 2013 C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, ECLI:EU:C:2013:160, Rn. 17). Sofern eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist, reicht es aus, dass das Verhalten, das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten (Urteil *T-Mobile Netherlands*, Rz. 31). Das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Koordination zwischen Unternehmen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält, liegt in der Feststellung, dass eine solche Koordination in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt (Urteil *Groupement des Cates Bancaires*, Rn.35; zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, in: Sacker/Meier-Bock/Bien/Montag [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV Rz. 303). Um festzustellen, ob dies der

Fall ist, ist auf den Inhalt der Abredebestimmungen und auf die mit der Abrede verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen (WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 306). Aufgrund ihrer Offensichtlichkeit stellen Abreden über Preis, Mengen und Marktaufteilung häufig bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar. Es kann in den konkreten Einzelfällen aber auch eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ausserhalb dieser Kategorien vorliegen bzw. umgekehrt kann im Einzelfall innerhalb dieser Kategorien auch keine bezweckte, sondern allenfalls nur eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung gegeben sein (WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 306 i.V.m. 313).

**5.3.1.7** Beim Informationsaustausch geht die europäische Rechtsprechung davon aus, dass er dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn der Austausch unternehmensspezifische Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten betrifft. Andernfalls wird der Informationsaustausch in aller Regel daraufhin geprüft, ob er eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Der EuGH hielt fest, bei einem Austausch solcher Informationen werde eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezweckt, da diese objektiv geeignet seien, den Wettbewerb zu beschränken (Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rz. 111 ff., insb. Rz. 134; vgl. auch Urteil *T-Mobile Netherlands*, Rz. 41; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 73 f.). Ein wettbewerbswidriger Zweck sei zu bejahen, wenn ein Informationsaustausch "*geeignet ist, die Unsicherheiten unter den Beteiligten hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmaßes und der Modalitäten der von dem betreffenden Unternehmen vorzunehmenden Anpassung auszuräumen*" (Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rz. 122; bestätigt im Urteil des EUGH vom 12. Januar 2023 C-883/19 P, *Euro-Zinsderivate [HSBC]*, ECLI:EU:C:2023:11, Rz. 116).

**5.3.1.8** Auch nach der europäischen Lehre sind Informationsaustausche über künftige Preise oder über zukünftiges Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Informations Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KSzW I 2011, S. 87, 90; WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 331 und 337; WHISH/BAILEY, Competition Law, 8 Aufl., 2015, S. 578, DIRK SCHROEDER, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2009/7-8, S. 720).

**5.3.1.9** BANGERTER/ZIRLICK erachten dies auch für das Schweizer Recht als überzeugend. Ein Austausch von identifizierenden Informationen über künftiges Preis- oder Mengenverhalten stelle eine bezweckte Wettbewerbsabrede in der Form einer abgestimmten Verhaltensweise dar (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 155; vgl. auch BLATTMANN, a.a.O., S. 317).

**5.3.1.10** Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem jüngst im Urteil B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 i.S. *Estée Lauder* erwogen, das Bezwecken erfordere bloss eine Gefährdung (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.6.5.1 und 4.6.4.3). Eine solche Gefährdung sei im konkreten Fall zu bejahen, da aus den ausgetauschten

Informationen zumindest eine Grobabschätzung betreffend die Preisbildung habe hergeleitet werden können (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.6.5.1).

**5.3.1.11** Bei Fehlen eines Bezweckens kann ein Verhalten allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, wobei auch hier die subjektive Absicht unerheblich ist. Eine Abrede zeitigt dann eine Wirkung auf dem Markt, wenn es aufgrund ihrer Anwendung zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter führt. Dies ist dann der Fall, wenn der Wettbewerb künstlich verändert worden ist, d.h. der Markt sich unter Berücksichtigung der getroffenen Verhaltenskoordination anders entwickelt hat, als er es ohne sie würde. Erfasst werden dabei nicht nur aktuelle und vergangene Auswirkungen, sondern es genügt bereits, wenn eine Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 3.6 m.H.; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 157, vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz. 75). Auch hier ist somit lediglich die Eignung erforderlich, mithin muss die Wirkung nur eine potentielle sein (BLATTMANN, a.a.O., S. 319).

**5.3.1.12** Diese Beurteilung lässt sich nicht abstrakt bewerkstelligen, sondern die Wirkungen bzw. die Wahrscheinlichkeit von Wirkungen ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der von der Praxis entwickelten austauschbasierten und marktorientierten Kriterien zu prüfen und abzuwägen. Ob ein Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat oder nicht, hängt von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten und den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 75; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 153 und 157). Das Wesen des Informationsaustausches und die Art und Qualität der ausgetauschten Informationen werden bei der Prüfung einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung - wie bereits oben erwähnt (s. E. 5.2.2.6) - anhand verschiedener Merkmale untersucht (s. E. 5.2.2.6 oben; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 86-94; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 159 ff.; MEINHARDT/STEBLER/BREMER, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N. 145 und 153; BLATTMANN, a.a.O., S. 288 ff.). Im Rahmen der marktbasieren Kriterien sind namentlich die Homogenität der Produkte sowie die Marktstruktur zu betrachten (s. E. 5.2.2.53 ff. oben; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 77 ff.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 164 ff.; zur Prüfung der Eigenschaften des betroffenen Marktes und der Eigenschaften der ausgetauschten Informationen und der Modalitäten des Austausches vgl. auch Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 i.S. ASCOPA [veröffentlicht in: RPW 2011/4, S. 529 ff.], Rz. 389 ff.; Verfügung der WEKO vom 10. Mai 2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* [veröffentlicht in: RPW 2012/3, S. 615 ff.], Rz. 233 ff.; Bekanntmachung der WEKO, *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich* [veröffentlicht in: RPW 2007/1, S. 137 ff.], Rz. 212 f.; Sekretariat der WEKO, Beratung i.S. *Benchmarking Hypothekarzinsmargen* [veröffentlicht in: RPW 2011/4, 517 ff.], S. 517 f.).

### 5.3.2 Vorbringen der Parteien

**5.3.2.1** Die Vorinstanz erwog, vor dem Hintergrund der Ausführungen des EUGH im Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe* sei beim vorliegenden Informationsaustausch ohne Weiteres von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen. Ergänzend führte sie aus, die ausgetauschten Informationen seien firmenspezifisch und sehr detailliert gewesen. Sie hätten teilweise auch zukünftiges Preisverhalten betroffen. Die Menge der ausgetauschten Informationen sowie deren Merkmale hätten auf die Strategie der Unternehmen einen Einfluss haben müssen. Die vorliegende abgestimmte Verhaltensweise sei angesichts ihres Zwecks und ihrer Auswirkungen auf das Verhalten der Captives darauf ausgerichtet gewesen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken. Zudem habe sie diese auch verursacht.

**5.3.2.2** Im Beschwerdeverfahren führte die Vorinstanz zudem aus, für die objektive Eignung zur Verursachung einer Wettbewerbsbeschränkung spreche auch der Umstand, dass die Captives gemäss Angaben diverser Captives ihre Preisstrategie kurzfristig hätten anpassen können. Da der Informationsaustausch zukünftige Zinssätze betroffen habe und in hoher Frequenz erfolgt und sehr detailliert gewesen sei, habe er einen Einfluss auf die Strategie der Verfügungsadressatinnen gehabt und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt bzw. sei in jedem Fall objektiv geeignet gewesen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Der vorliegende Fall sei kein Anwendungsfall einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, sondern er sei der Fallgruppe der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zuzuordnen. Bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung seien tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig. Vorliegend habe aber ohnehin eine Umsetzung der Abrede stattgefunden.

**5.3.2.3** Die Beschwerdeführerin rügt, eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sei nicht nachgewiesen. Die Vorinstanz begründe nicht, weshalb der Informationsaustausch einen Einfluss auf die Preisstrategien der Unternehmen gehabt haben müsse. Sie erläutere auch nicht, inwiefern sich die von ihr behauptete Beeinflussung der Unternehmensstrategie auf ein wettbewerbsrechtliches Verhalten hätte auswirken können. Zudem genüge es für die Bejahung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht, mit Blick auf den von der Vorinstanz erwähnten "Bananen-Fall" festzuhalten, bei den von den Captives ausgetauschten Informationen habe es sich um firmenspezifische Informationen gehandelt. Der Grundsatz des "restriction by object" werde gemäss EU-Recht in der Rechtsprechung dahingehend relativiert, als "*auf den Inhalt [der Abrede] und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen ist*" (Urteil des EuGH vom 16. Juli 2015 C-172/14, *ING Pensii*, ECLI:EU:C:2015:484, Rn. 33). Somit seien die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes zu ermitteln und zu berücksichtigen (Urteil *Groupements des cartes bancaire*, Rn. 53 m.w.H.).

**5.3.2.4** Aufgrund der Struktur des vorliegenden Marktes sei eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Captives ausgeschlossen. Die Erwägungen der Vorinstanz, dass die Homogenität und Standardisierung der Finanzierungsdienstleistungen im Bereich Konsumentenkredite sowie die geringe Anzahl Captives und Non-Captives die Koordination erleichtert hätten, seien rein spekulativ. Die Captives würden nur Fahrzeuge ihrer eigenen Mutterhäuser finanzieren und stünden deshalb untereinander nicht im Wettbewerb. Zudem erscheine eine schädliche Wettbewerbswirkung des Informationsaustausches nicht plausibel, da die Abweichungen zwischen den Angeboten der Captives in der fraglichen Periode erheblich und deren Korrelationen gering gewesen seien. Schliesslich könne die angebliche Absprache zwischen den Captives keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, weil die Fahrzeughändler den Standardzinssatz nur von ihrer Captive beziehen könnten und den Endkundenpreis selber festsetzen.

### 5.3.3 Würdigung

**5.3.3.1** Wie bereits oben (s. E. 5.2.2.33) festgestellt, haben die Beschwerdeführerin und die anderen Captives zumindest aktuelle Preisinformationen ausgetauscht. Teilweise waren die ausgetauschten Informationen auch zukunftsbezogen. Die Daten waren detailliert und individualisiert bzw. nicht aggregiert (s. E. 5.2.2.22 oben). Zudem war aufgrund des intensiven (detaillierten, häufigen und umfangreichen) Austausches hinsichtlich Standard- und Sonderzinssätzen inkl. Provisionen ein lückenloses Monitoring von Veränderungen möglich (s. E. 5.2.2.25 und 5.2.2.35 oben). Damit wurden in einem umfangreichen Informationsaustauschsystem firmenspezifische Informationen über aktuelles und künftiges Preisverhalten und solche, die Rückschlüsse darauf zuließen, ausgetauscht.

**5.3.3.2** Die oben erfolgte Prüfung (s. E. 5.2.2.13 ff.) ergab ebenso, dass strategische Informationen betroffen waren. So wurden teilweise gemeinsame Absichten diskutiert und erörtert. Zudem erfolgten Austausche von Informationen namentlich vor dem Hintergrund besonderer Ereignisse oder bei besonderen Umständen (Gespräche rund um die Anpassung von Gebühren [s. E. 4.7.7 oben]; Leasings ohne Restwert [s. E. 4.7.4 oben]; Restwerttabelle bei Leasing über Fr. 80'000.- [s. E. 4.4.3.7 oben]; Automessen [s. E. 4.4.2 oben]; ansteigendes Zinsniveau [s. E. 4.4.1.1 oben]; Frankenstärke [s. E. 4.4.3.5 oben]). Auch die strategische Relevanz der ausgetauschten Informationen ist somit gegeben. Alle diese Umstände legen eine Bejahung einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung sehr nahe.

**5.3.3.3** Da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung keine tatsächlichen Auswirkungen der Abrede notwendig sind (s. E. 5.3.1.5 oben) und damit keine Umsetzung der abgestimmten Verhaltensweise in Form eines homogenen Verhaltens nachzuweisen ist, stossen die Rügen der Beschwerdeführerin, eine schädliche Wettbewerbswirkung des Informationsaustausches sei nicht plausibel, da die Abweichungen zwischen den Angeboten der Captives in der fraglichen Periode erheblich und deren Korrelationen gering seien, ins Leere. Gleiches gilt für die Rüge der Beschwerdeführerin, es sei nicht begründet,

weshalb der Informationsaustausch einen Einfluss auf die Preissetzungsstrategien der Unternehmen gehabt haben müsse. Denn implizit wäre damit zu prüfen, ob es zu tatsächlichen Auswirkungen der Abrede gekommen ist. Das Bezwecken erfordert aber bloss eine Gefährdung (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.7.5.1). Das Verhalten muss das objektiv feststellbare Potenzial haben, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Aufgrund des oben beschriebenen Wesens der ausgetauschten Informationen und des Austausches selbst, ist dies für das vorliegend praktizierte Informationsaustauschsystem ohne Weiteres zu bejahen. Auch bei zusätzlicher Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs des Austausches ist vorliegend eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen. So wurde bereits oben festgehalten (s. E. 5.2.2.58 f.), dass die Erwägungen der Vorinstanz zur Homogenität der Produkte der Captives nicht zu beanstanden sind. Das KKG enthält für das Automobilleasing zahlreiche zwingende Bestimmungen. Alle Captives boten Standard- und Sonderzinssätze an und auch weitere Vertragselemente waren bei allen Anbietern vergleichbar. Die Produkte waren damit weitestgehend homogen und standardisiert.

**5.3.3.4** Das Gelingen einer erfolgreichen Koordination erscheint im vorliegenden Fall trotz der eher hohen Zahl von im Markt tätigen Akteuren aufgrund der Herkunft, Vorgeschichte und der bekannten Marktpositionierung der Captives als wahrscheinlich. Hinzukommt, dass es im Untersuchungszeitraum zu keinen wesentlichen Markteintritten und -austritten bei den Captives gekommen ist (s. E. 5.2.2.60 oben). Ferner erhöhte der umfangreiche und regelmässige Informationsaustausch die Transparenz auf dem Markt (s. E. 5.2.2.61 oben). Den neun am Informationsaustausch beteiligten Captives standen auf dem relevanten Markt nur eine kleine Anzahl von Non-Captives gegenüber, wobei Captives im Bereich des Automobil-Leasings ungefähr zwei Drittel der Umsätze erzielten (s. E. 5.2.2.19 oben; vgl. Vorinstanz act. 319, S. 3). Der vorliegende Informationsaustausch deckte damit einen Grossteil des von den Verhaltensweisen betroffenen Marktes ab.

**5.3.3.5** Die Struktur des vorliegenden Marktes sowie der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang des Informationsaustausches schliessen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Captives damit in keiner Weise aus. Bezüglich der Rügen der Beschwerdeführerin, wonach eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung aufgrund des fehlenden Konkurrenzverhältnisses zwischen den Captives ausgeschlossen sei, kann auf E. 5.4 (insbes. E. 5.4.4) unten verwiesen werden. Vor dem Hintergrund jener Erwägungen erweisen sich auch diese Rügen nicht als stichhaltig.

**5.3.3.6** Schliesslich fordert die Beschwerdeführerin die Berücksichtigung der mit dem Informationsaustausch verfolgten Ziele. Wie erwähnt, verlangt ein Bezwecken gemäss Art. 4 Abs. 1 KG allerdings nur eine objektiv Eignung zur Verursachung einer Wettbewerbsbeschränkung, mithin eine feststellbare Tendenz (s. E. 5.3.1.5 oben; BGE 147 II 72, Pfizer II, E. 3.6). Die subjektive Absicht der Beteiligten stellt bei der Qualifizierung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung kein notwendiges Element dar, auch wenn sie berücksichtigt werden kann

(Urteil *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe*, Rz. 118; WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 308; Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 4.6.4.2 und 4.6.5.2). Insbesondere schliesst auch das Verfolgen eines mitunter zulässigen Zwecks im Rahmen von Captive-Meetings einen unzulässigen Informationsaustausch in keiner Weise aus (Urteil des EUGH vom 6. April 2006 C-551/03 P, *General Motors BV/Kommission*, ECLI:EU:C:2006:229, Rz.64 m.H.; WAGNER-VON PAPP, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV Rz. 308). Die objektive Eignung zur Verursachung einer Wettbewerbsbeschränkung wurde vorliegend nachgewiesen.

**5.3.3.7** Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz bei der Prüfung des Vorliegens einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch nicht den Untersuchungsgrundsatz oder die Begründungs- und Beweispflicht verletzt. Wie oben aufgezeigt hat die Vorinstanz anhand der korrekten Merkmale geprüft, ob der vorliegende Informationsaustausch objektiv geeignet war, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Zu den wirtschaftlichen Bedingungen auf dem relevanten Markt äusserte sich die Vorinstanz bereits im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Abstimmung.

**5.3.3.8** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem vorliegenden Informationsaustausch ein wettbewerbsbeschränkender Zweck innewohnt, womit das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen ist. Ob auch eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen wäre, muss deshalb nicht mehr geprüft werden.

## **5.4 Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen**

### **5.4.1 Allgemeines**

**5.4.1.1** Schliesslich setzt Art. 4 Abs. 1 KG voraus, dass es sich um Abreden von mindestens zwei Unternehmen auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen handelt. Damit werden alle Arten von Abreden erfasst, unabhängig davon, ob sich die daran teilnehmenden Unternehmen auf derselben oder verschiedenen Marktstufen befinden. Wesentlich ist einzig, dass die Unternehmen überhaupt auf dem Markt tätig sind. Entsprechend können neben den horizontalen und den vertikalen Abreden auch sog. konglomerate Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, bei denen die Unternehmen weder auf dem gleichen Markt aktiv noch auf jeweils vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 299 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 81).

**5.4.1.2** Auf der derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen dann, wenn ihre Produkte oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander stehen, d.h. wenn die Unternehmen Konkurrenten sind (Urteil B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 298 m.w.H.; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 80).

**5.4.1.3** Die Vorinstanz erwog, es sei sowohl ein tatsächliches als auch ein potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives erstellt. Die Beschwerdeführerin

betont hingegen, die Captives der verschiedenen Automarken seien weder aktuelle noch potenzielle Konkurrenten. Zwischen ihnen bestehe kein Wettbewerbsverhältnis. Nur unter Wettbewerbern sei aber eine Wettbewerbsabrede möglich.

**5.4.1.4** Auf die Frage, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt, hat die Qualifikation einer Abrede als horizontal oder vertikal an sich keinen Einfluss. Die Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden ist deshalb grundsätzlich erst im Rahmen der materiellen Beurteilung nach Art. 5 KG von Bedeutung (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 82 f.).

**5.4.1.5** Der Beschwerdeführerin ist aber zumindest in Bezug auf horizontale Abreden insofern zuzustimmen, dass eine abgestimmte Verhaltensweise bzw. eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG nur unter aktuellen oder wenigstens potentiellen Wettbewerbern möglich ist (s. E. 5.4.1.2 oben; vgl. auch Reinert, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 N. 123 ff., wonach nur ein Informationsaustausch unter Konkurrenten zu einer abgestimmten Verhaltensweise führe). Dieses Wettbewerbsverhältnis bestimmt sich in Bezug auf einen sachlich und räumlich relevanten Markt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N. 84).

**5.4.1.6** Aufgrund der erhobenen Rügen werden deshalb bereits an dieser Stelle die Marktverhältnisse geprüft. Hierzu werden in einem ersten Schritt die wesentlichen Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin zur Marktabgrenzung und zu den Marktverhältnissen wiedergegeben. In einem zweiten Schritt wird der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Alsdann werden in einem dritten Schritt die Marktverhältnisse auf dem zuvor abgegrenzten Markt gewürdigt bzw. es wird das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen geprüft.

### **5.4.2 Vorbringen zur Marktabgrenzung und den Marktverhältnissen**

**5.4.2.1** Die Vorinstanz ging in der angefochtenen Verfügung von einem sachlich relevanten Markt für Automobileasing aus, welcher Leasing-Dienstleistungen von Captives und Non-Captives umfasse. Eine Segmentierung des Automobileasingmarktes in verschiedene Teilmärkte für jeweils unterschiedliche Fahrzeugklassen, analog zur praxisgemässen Einteilung nach Fahrzeugklassen in den entsprechenden *Produktmärkten*, sowie eine Segmentierung in zwei Teilmärkte für Occasions- und Neufahrzeuge erübrige sich, da der Informationsaustausch sämtliche Fahrzeuge (Fahrzeugklassen, Neu- und Occasionsfahrzeuge) betroffen habe. Eine Segmentierung des Marktes hinsichtlich des Leasings von Fahrzeugen verschiedener Marken sei ebenfalls nicht angezeigt.

**5.4.2.2** Weiter erwog die Vorinstanz, zwischen den Captives bestehe ein Konkurrenzverhältnis. Aus internen Dokumenten der Captives gehe hervor, dass diese sich als Wettbewerber angesehen hätten. Auch der Inhalt

des Informationsaustausches und die wirtschaftliche Logik, mit einem erheblichen Aufwand diesen Austausch aufrechtzuerhalten, sprächen für das Vorliegen eines

Konkurrenzverhältnisses. Die Captives hätten verschiedentlich Vergleiche von Zinssätzen für eigene Fahrzeuge mit entsprechenden Zinssätzen von konkurrierenden Fahrzeugmodellen anderer Fahrzeuge vorgenommen. Zudem hätten sie anerkannt, dass Endkunden Vergleiche von Leasingbedingungen anderer Unternehmen vornähmen. Der Wettbewerb zwischen Fahrzeugen verschiedener Marken bestehe nicht nur beim (Bar-)Kauf, sondern auch beim Leasing von Personewagen. Endkunden hätten sowohl bei einem erstmaligen Leasing als auch nach Ablauf eines laufenden Leasingvertrags die Möglichkeit, zu einem Fahrzeug einer anderen Marke zu wechseln. Auch dies führe dazu, dass die Leasingkonditionen verschiedener Captives (und Non-Captives) dem Wettbewerb ausgesetzt seien.

**5.4.2.3** Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Captives aktuell nicht miteinander im Wettbewerb stünden, könne nicht ausgeschlossen werden, dass sie ihr Geschäftsmodell relativ kurzfristig ändern und auch Leasing von gruppenfremden Fahrzeugen finanzieren könnten. Es gäbe keine Schranken oder Hindernisse das Geschäftsmodell auszuweiten, wie dies bei einem Teil der Captives namentlich bei Occasionsfahrzeugen bereits der Fall sei. Es reiche aus, wenn die Captives nur der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stünden.

**5.4.2.4** Die Beschwerdeführerin anerkennt zwar, dass zwischen Captives und Non-Captives ein Konkurrenzverhältnis besteht. Sie bestreitet jedoch wie erwähnt, dass die Captives miteinander im Wettbewerb stehen. Captives würden in der Regel nur den Kauf von Autos finanzieren, die von Unternehmen hergestellt oder importiert würden, mit denen sie verbunden seien. Dies ergebe sich bereits aus dem Gesellschaftszweck, dem Geschäftsmodell und dem Aufbau der Captives. Captives gingen selbst nicht aktiv auf Kundenakquise, sondern würden durch die jeweiligen Autohändler der mit ihnen verwandten Autohäuser bedient. Marktgegenseite der Captives seien daher ausschliesslich die Endkunden der Händler der gleichen Markenhersteller. Zu den anderen Captives stehe sie in keinem Wettbewerbsverhältnis. Ausserdem fehle es ihr für die Finanzierungen von Fahrzeugen von fremden Automarken am notwendigen Knowhow, insbesondere bezüglich einzelner bei der Berechnung des Leasingzinses massgebenden Variablen (z.B. Lebens- und Haltedauer). Auch würde sie sich mit non-captiven Aktivitäten aus ökonomischer Sicht schaden. Denn weder sie noch ihre Aktionäre hätten ein ökonomisches Interesse daran, durch die Finanzierung eines Fahrzeuges eine fremde Automarke zu unterstützen und damit gleichzeitig den Verkauf eines Fahrzeuges der mit ihr verbundenen Markenfamilie zu verhindern.

**5.4.2.5** Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz stütze sich auf unbelegte Behauptungen und unterliege einem Zirkelschluss, indem sie aus dem Informationsaustausch auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives schliesse. Im Übrigen könne ein Wettbewerbsverhältnis auch nicht damit begründet werden, dass interne Analysen der Leasingbedingungen anderer Captives vorgenommen worden seien. Vielmehr könnten Unternehmen - unabhängig von einer möglichen Wettbewerbsbeziehung - aus verschiedenen

Gründen das Bedürfnis haben, Informationen auszutauschen. Vorliegend gäbe es legitime Gründe für die Captives, ihren Ansatz zur Finanzierung von Fahrzeugen mit dem Ansatz anderer Captives zu vergleichen, da sie denselben rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen unterlägen. Auch die Kreditberechnung und die Einschätzung von Risiken bei der Kreditvergabe seien im gesamten Finanzsektor ähnlich. Zudem belege auch das Vergleichen von Leistungen durch Endkunden nicht, dass die betreffenden Leistungen dem gleichen Markt zuzurechnen seien. Die Captives würden in einem "indirekten Wettbewerb" stehen, indem der Wettbewerb auf der Ebene der Händler bzw. der Händlermarken spiele und die Captives dabei nur unbeteiligte Dritte seien.

**5.4.2.6** Die Vorinstanz vermische das Geschäft der Autofinanzierung mit demjenigen des Autoverkaufs. Sie setze damit den Leasingmarkt mit dem Markt für den Verkauf von Kraftfahrzeugen gleich. Der Verbraucher habe zwar die Wahl zwischen verschiedenen Automarken, wenn er sich für eine bestimmte Autoklasse interessiere. Sobald er sich aber für einen bestimmten Fahrzeugtyp einer bestimmten Marke entschieden habe, suche er nach einer Finanzierungslösung für dieses bestimmte Fahrzeug. Hierfür erhalte der Verbraucher kein wettbewerbsfähiges Leasingangebot von anderen Captives.

**5.4.2.7** Weiter seien die Ausführungen der Vorinstanz, wonach Captives ihr Geschäftsmodell kurzfristig anpassen und Finanzierungslösungen für Fahrzeuge von nicht mit ihr verbundenen Automarken anbieten könnten, spekulativ. Sie liessen sich auch nicht damit begründen, dass einige Captives Finanzierungslösungen für den Kauf von Occasionsfahrzeugen von nicht mit ihnen verbundenen Automarken anbieten würden. Denn die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen sei im Vergleich zur Finanzierung von Neufahrzeugen "*ausgesprochen*" selten und setze voraus, dass der Händler Occasionsfahrzeuge auf dem Occasionsmarkt erwerben könne und wolle. Sodann hätten mehrere Parteien unabhängig voneinander erklärt, dass sie die anderen Captives nicht als Konkurrenten ansähen (namentlich P. \_\_\_\_\_ (F. \_\_\_\_\_) an der Einvernahme vom 11. März 2014; Q. \_\_\_\_\_ (I. \_\_\_\_\_) an der Einvernahme vom 12. März 2014; R. \_\_\_\_\_ (H. \_\_\_\_\_) an der Einvernahme vom 12. März 2014, S. \_\_\_\_\_ (E. \_\_\_\_\_) an der Einvernahme vom 13. März 2014, T. \_\_\_\_\_ (F. \_\_\_\_\_) an der Einvernahme vom 19. März 2014 und K. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) an der Einvernahme vom 11. März 2014). Im Übrigen sei nachvollziehbar, dass sich die Mitarbeiter der Captives mit den entsprechenden Marken identifizieren und sich teilweise "untechnisch" im Wettbewerb mit anderen Marken verstehen würden, da ihr Arbeitgeber (Captive) in einem "*ausgesprochenen Näheverhältnis*" zu dem mit ihm verbundenen Fahrzeughersteller stehe.

**5.4.2.8** Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf das Urteil des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [TAR Lazio] N. 12542/2020 vom 24. November 2020, mit welchem die Verfügung der Autorità Garante della Concorrenza a del Mercato AGCM vom 20. Dezember 2018 i.S. *Vendita auto tramite finanziamenti* aufgehoben wurde. Ebenso nimmt sie Bezug auf die

Rechtsprechung der Europäischen Kommission und macht geltend, die ständige Rechtsprechung der Europäischen Kommission unterstreiche ihre Auffassung, wonach Captives keine Konkurrenten seien. Dies gehe insbesondere aus dem Entscheid der EU-Kommission vom 8. August 2017 M.8460 i.S. *Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos* hervor. Demnach finde der Wettbewerb um die Erbringung von Automobilfinanzierungen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen in Bezug auf ein Fahrzeug einer bestimmten Marke in der Regel zwischen der Captive der betreffenden Marke und den Non-Captives statt. Captives verschiedener Automarken ständen nicht miteinander im Wettbewerb.

**5.4.2.9** Die Vorinstanz hält im Beschwerdeverfahren an ihren Erwägungen in der angefochtenen Verfügung fest. Es liege sowohl ein aktuelles als auch potentielles Wettbewerbsverhältnisses vor. Es widerspräche der wirtschaftlichen Logik, mit einem erheblichen Aufwand einen Austausch (gesamthaft 93-Mal) über Preise und Konditionen zwischen Marktteilnehmern aufrechtzuerhalten, die nicht miteinander im Wettbewerb ständen. Es lägen Beweismittel vor, die aufzeigen würden, dass sich die Captives gegenseitig als Wettbewerber ansähen, namentlich act. 3024, 3030, 3070 und 3071. Aufgrund dieser Beweismittel hätten sich die von der Beschwerdeführerin erwähnten Parteiaussagen, wonach sich die Captives nicht als Wettbewerber ansähen, im Laufe des Verfahrens aus Schutzbehauptungen erwiesen.

**5.4.2.10** Im Weiteren habe sie die Marktabgrenzung nach dem anerkannten Konzept der abgeleiteten Endnachfrage vorgenommen. Abnehmer der Leasing-Dienstleistungen der Beschwerdeführerin seien zwar in erster Linie die Händler von Fahrzeugen. Deren Nachfrageverhalten richte sich jedoch nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, d.h. den Endverbrauchern. Auch das Preisfestsetzungsverhalten der Händler orientiere sich an den Präferenzen und Bedürfnissen der Endabnehmer. Eine Vermischung der Märkte für Leasing-Dienstleistungen mit dem Markt für den Verkauf von Fahrzeugen sei entsprechend nicht ersichtlich. Sodann erweise sich der Verweis der Beschwerdeführerin auf die Erwägungen der EU-Kommission im Zusammenschlussvorhaben *Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos* unpräzise. Auch aus dem Urteil des TAR Lazio N. 12542/2020 vom 24. November 2020 könne die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

### 5.4.3 Marktabgrenzung

**5.4.3.1** Wie erwähnt (s. E. 5.4.1.6 oben), ist im Folgenden der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen, um alsdann auf diesem Markt die Marktverhältnisse zu prüfen, namentlich ob die Captives in einem Konkurrenzverhältnis zueinanderstehen und damit eine horizontale Abrede vorliegt.

**5.4.3.2** Für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Rahmen der Beurteilung von Wettbewerbsabreden kann Art. 11 Abs. 3 Bst. a und b VKU analog angewendet werden (BGE 146 II 217, *ADSL II*, E. 9.2.1; 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 5.1; REINERT/WÄLCHLI, BSK

KG, Art. 4 Abs. 2 N. 105; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 100 f.).

**5.4.3.3** Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Entscheidend ist somit, welche Produkte oder Leistungen die Marktgegenseite im Hinblick auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als austauschbar ansieht. Dies hängt davon ab, ob die Produkte oder Dienstleistungen vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.3.1; Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 5.3.1.3.1).

**5.4.3.4** Der *räumlich relevante Markt* umfasst nach Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.2.1).

**5.4.3.5** Die Prüfung der Marktabgrenzung erfolgt in zwei Schritten, nämlich der Bestimmung des Marktgegenstandes und der eigentlichen Marktabgrenzung (Urteil 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.2.1; Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 5.3.1.3.1).

**5.4.3.6** Bei der Marktabgrenzung ist auf den strittigen Einzelfall sowie den Untersuchungsgegenstand zu fokussieren und dabei auf die Sichtweise der von der konkreten Abrede betroffenen Nachfrager abzustellen (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 5.3.1.3.2; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N. 64). Gemeint sind diejenigen Nachfrager, welche das abrededebetroffene Gut aktuell (z.B. trotz Preisabrede) konsumieren oder potenziell, d.h. unter Wettbewerbsbedingungen, konsumieren würden, jedoch durch die Abrede davon abgehalten werden (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, *Äpfel mit Birnen vergleichen?*, Jusletter 11. September 2017, Rz. 14). Entsprechend hängt der relevante Markt sowohl von der konkreten Abrede als auch den Ausweichmöglichkeiten der spezifischen Marktgegenseite ab (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 5.3.1.3.2; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 16).

**5.4.3.7** Massgebend ist die subjektive Sichtweise der von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen. Die Austauschbarkeit beurteilt sich somit aufgrund der tatsächlichen, allenfalls empirisch beobachtbaren Sicht. Je grösser der Kreis der von einer Abrede Betroffenen, desto eher stimmt das tatsächlich beobachtete Ausweichverhalten der Gesamtheit der Betroffenen mit demjenigen eines typischen, repräsentativen Nachfragers des von der Abrede betroffenen Guts überein, da "Ausreisser" durch die Masse relativiert werden (ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 18 f. m.H. auf BGE 139 II 316, *L'Etivaz*, E. 5.1 und Urteile B-3331/2012, *BMW*, E. 7.1.2 und B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 70).

**5.4.3.8** Ausgehend vom Verfahrensgegenstand wird nachfolgend zunächst die Marktgegenseite bestimmt,

aus deren Sicht anschliessend der relevante Markt abzugrenzen ist.

**5.4.3.9** Verfahrensgegenstand ist vorliegend der Informationsaustausch der Captives, bei welchem insbesondere Informationen zu den Leasingzinssätzen (Sonder- und Standardzinssätze), Restwerten, Gebühren, Provisionen und Penetrationsraten betreffend das Automobilleasing ausgetauscht wurden.

**5.4.3.10** Beim Automobilleasing überlässt die Leasinggeberin dem Leasingnehmer gegen ein Entgelt (Leasingraten) ein Fahrzeug zur freien Nutzung und Verwendung für einen bestimmten Zeitraum (s. E. 4.1.1 oben). Die Leasingnehmer als Endkunden tragen die aufgrund der Leasingzinssätze und weiteren Parametern entstehenden Kosten (Leasingraten).

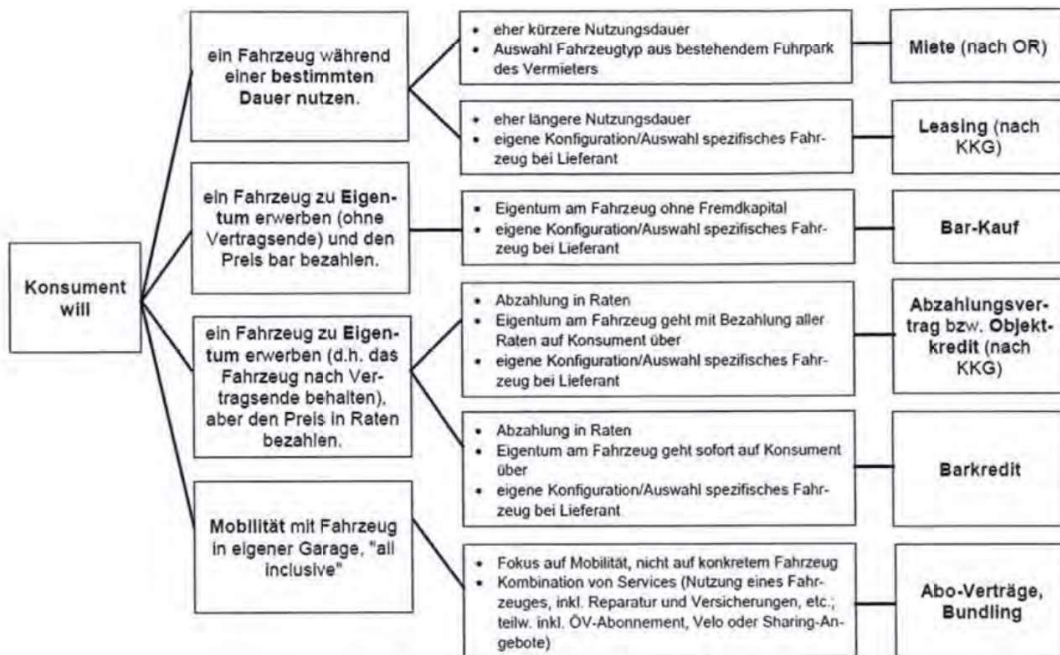
**5.4.3.11** Der vorliegende Informationsaustausch war breit gefasst und zielte auf alle Nachfrager der Abrede- teilnehmer (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N. 74), d.h. auf sämtliche Automobilleasingnehmer. Die ausgetauschten Informationen waren nicht auf das Automobilleasing bestimmter Automobilmarken oder Auto- klassen beschränkt. Deshalb kann der relevante Markt nicht alleine aus der Sicht der Endkunden der Händler der gleichen Markenhersteller abgegrenzt werden, viel-

mehr ist auf die Sicht sämtlicher Automobilleasingnehmer als Marktgegenseite abzustellen.

**5.4.3.12** Automobilleasingnehmer fragen die Gebrauch- überlassung bzw. das Nutzungsrecht an einem Fahr- zeug zu den im Leasingvertrag genannten Bedingungen nach (s. E. 4.1.1 oben zur wirtschaftlichen Funktion des Leasings). Darin ist vorliegend die relevante Marktlei- tung zu sehen.

**5.4.3.13** Neben dem Leasing existieren noch andere Formen der Nutzung und Gebrauchsüberlassung eines Fahrzeuges. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob sol- che für die Leasingnehmer ein Substitut zum Automobi- leasing darstellen. Namentlich ist zu klären, ob die Mie- te, der Bar-Kauf, der Kredit-Kauf und/oder Abo-Modelle eines Fahrzeuges für die Leasingnehmer effektiv eine gleichwertige Ausweichmöglichkeit zum Automobillea- sing darstellen. Dabei ist auf die Situation im Untersu- chungszeitraum abzustellen.

**5.4.3.14** In Anlehnung an eine Übersicht des Schweize- rischen Leasingverbandes SLV kann dies graphisch wie folgt dargestellt werden (SLV, Finanzierungsmodelle Fahrzeuge für Konsument\*innen, Februar 2021 [abruf- bar unter: [www.leasingverband.ch/cms/upload/Finanzierungsmodelle.pdf](http://www.leasingverband.ch/cms/upload/Finanzierungsmodelle.pdf); zuletzt abgerufen am: 05.06.2023]):



**5.4.3.15** Der Leasingnehmer fragt somit die Nutzung eines selbst konfigurierten bzw. spezifisch ausgewählten Fahrzeuges während einer längeren Dauer nach. Bei Abo-Verträgen fragt der Endkunde hingegen primär Mobilität nach und nicht die Nutzung eines konkreten Fahrzeuges. Dies gibt ihm die Möglichkeit, die effektiven Kosten der Fahrzeugnutzung über die Zeit stetig vor Augen zu haben und auszuweisen. Da Abo-Verträge im Untersuchungszeitraum allerdings noch keine entscheidende Rolle gespielt haben, kann vorliegend aber ohnehin offen gelassen werden, ob dieses Modell aus Sicht des Leasingnehmers ein Substitut zum Leasing darstellt. Bei der Miete eines Fahrzeuges will der Endkunde zwar

- gleich wie beim Leasing - ein Fahrzeug während einer bestimmten Dauer nutzen. Die Miete wird jedoch typischerweise bei einer eher kürzeren Nutzungsdauer gewählt, während das Leasing i.d.R. ein bis vier Jahre dauert. Im Weiteren besteht bei der Miete anders als beim Leasing (sowie dem Bar- und Kreditkauf) nicht die Möglichkeit, ein Neufahrzeug nach den eigenen Wünschen zu konfigurieren. Entsprechend bildet die Fahrzeugmiete für den Leasingnehmer kein effektives Substitut zum Leasing.

**5.4.3.16** Beim Barkauf möchte der Endkunde ein Fahrzeug - ohne Fremdkapital - zu Eigentum erwerben. Ein Barkauf stellt deshalb aus Sicht des Leasingnehmers



ebenfalls kein Substitut zum Leasing dar. Auch die Modelle Barkredit und Abzahlungsvertrag nach KKG zielen darauf ab, ein Fahrzeug zu Eigentum zu erwerben, wobei hier der Erwerb - anders als beim Barkauf - mit Fremdkapital erfolgt. Beim Barkredit dient das Fahrzeug dem Kreditgeber - anders als beim Leasing - nicht als Sicherheit. Das Eigentum daran geht sofort auf den Endkunden über. Die für den Barkredit zu entrichtenden Zinsen sind zudem regelmässig höher als beim Automobileasing. Dagegen geht beim Abzahlungsvertrag nach KKG das Eigentum des Fahrzeuges erst mit Bezahlung aller Kreditraten auf den Eigentümer über. Darin kann eine gewisse Parallele zum Leasing gesehen werden. Anders als der Leasingvertrag bezweckt der Abzahlungsvertrag aber den Eigentumserwerb bzw. er zielt letztlich gerade darauf ab. Der Endkunde wird sich also nur dann für einen Abzahlungsvertrag (oder Barkredit) entscheiden, wenn er auch das Eigentum am Fahrzeug erwerben möchte. Dagegen steht für den Endkunden beim Leasing i.d.R. primär die längerfristige Nutzung eines spezifischen Fahrzeuges im Vordergrund. Zwar besteht teilweise auch beim Leasing die Möglichkeit, dass der Händler dem Leasingnehmer bei Abschluss des Leasingvertrages zusichert, dass er das Fahrzeug nach Ablauf der Leasingdauer zum Restwert von ihm erwerben könne. Anders als beim Abzahlungsvertrag handelt es sich aber nur um eine Option, welche im Einzelfall auszuhandeln ist. Es ist somit davon auszugehen, dass auch die Modelle Barkredit und Abzahlungsvertrag nach KKG aus Sicht des Leasingnehmers in der Regel keine Substitute zum Leasing darstellen (zur fehlenden Substituierbarkeit aufgrund der höheren Zinsen beim Kredit vgl. Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2017 i.S. *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos* [veröffentlicht in RPW 2017/4 S. 574 ff.], Rz. 18 m.w.H.).

**5.4.3.17** Im Sinne eines Zwischenfazit ergibt sich somit, dass die Miete, der Bar-Kauf, der Kredit-Kauf und/oder Abo-Modelle eines Fahrzeuges für die Leasingnehmer im Untersuchungszeitraum keine Substitute zum Fahrzeugleasing dargestellt haben.

**5.4.3.18** Im Folgenden ist der Markt für Automobileasing genauer zu definieren, zumal eine solche präzisierende Abgrenzung in den Erwägungen der Vorinstanz für den von ihr bezeichneten relevanten Dienstleistungsmarkt für Automobileasing fehlt.

**5.4.3.19** Wie erwähnt, sind die grundlegenden Dienstleistungen und Rahmenbedingungen beim Automobileasing weitestgehend vergleichbar (s. E. 4.1 oben). Es werden Fahrzeuge verschiedener Autoklassen und verschiedener Automarken verleast. Weiter gehören zu den verleasteten Fahrzeugen sowohl Occasions- als auch Neufahrzeuge. Der Automobileasingvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Leasingnehmer steht dabei im Kontext des gesamten Leasinggeschäftes. Der Erwerbsvertrag zwischen der Leasinggeberin und dem Händler über das Fahrzeug ist mit dem Leasingvertrag eng gekoppelt (s. E. 4.1.5 oben); ebenso die Wahl eines bestimmten zu leasenden Fahrzeuges durch den Leasingnehmer. Die Leasingkonditionen, insbesondere Promotionsangebote, sind bei der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Leasingfahrzeug für den Endkun-

den oft massgebend (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 479 f., act. 4 S. 2).

**5.4.3.20** Beim Entscheid für ein zu leasendes Fahrzeug vergleicht der Kunde die Fahrzeuge der verschiedenen Automobilmarken insbesondere auch anhand der zahlungsrelevanten Kriterien wie Fahrzeugpreis, Anzahlung, monatliche Leasingrate, Restwert, etc. Für den Endkunden sind die Leasingkonditionen nicht erst nach dem Entscheid für ein Fahrzeug und der Verhandlung des entsprechenden Fahrzeugpreises von Relevanz. Er entscheidet sich vielmehr, parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine bestimmte Leasingdienstleistung. Daran vermag im Übrigen auch der Umstand, dass das konkrete Leasingangebot erst nach Regelung sämtlicher Modalitäten und unter Berücksichtigung aller Komponenten definitiv berechnet werden kann, nichts zu ändern.

**5.4.3.21** Diese Sichtweise der Marktgegenseite wird sodann auch durch das Marktverhalten der Captives bestätigt. Die Captives fungierten nach eigenen Aussagen als Marketinghebel ihrer Mutterkonzerne bzw. der mit ihnen verbundenen Automobilhersteller bzw. -importeure. Die Marketing-Aktivitäten der Automobilmarken richteten sich mit Preisaktionen einerseits und attraktiven Leasingkonditionen andererseits sowohl an potenzielle Barkäufer als auch an potenzielle Leasingkunden. Die Leasingkonditionen - insbesondere konkrete Sonderzinssätze - wurden im Rahmen von Promotionsaktivitäten prominent beworben. Das Finanzierungsangebot der Captives wurde damit zu einem wichtigen Faktor für die Wahl eines bestimmten Fahrzeuges.

**5.4.3.22** Das Automobileasing kann folglich nicht beschränkt auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen der Leasinggeberin und dem Leasingnehmer betrachtet werden. Es erscheint nicht sachgerecht isoliert einen Markt für den Abschluss von Leasingverträgen über unwiderruflich gewählte (Neu-)Fahrzeuge abzugrenzen. Aus den Erwägungen 4.1.5 ff. oben folgt vielmehr, dass das Automobileasing bzw. Automobileasinggeschäft insgesamt relevant ist. Es umfasst die gesamte Transaktion von der Auswahl und dem Kauf des Fahrzeuges, dem Abschluss des Leasingvertrages über die Auslieferung des Fahrzeuges an den Leasingnehmer und die Beendigung des Leasingvertrages (s. E. 4.1.6 oben). Eine unzulässige Vermischung des Marktes für Automobileasing mit dem Markt für Automobile resultiert daraus nicht.

**5.4.3.23** Zu prüfen ist, ob dieser Markt für Automobileasing hinsichtlich Autoklassen weiter zu segmentieren ist. Für den Autohandel wurde in der bisherigen Rechtsprechung der sachlich relevante Markt grundsätzlich aufgrund der Fahrzeugeigenschaften resp. Autoklassen weiter segmentiert (z.B. in Microwagen, Kleinwagen, untere Mittelklasse, obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse und zusätzlich Nutzfahrzeuge; Urteil B-3332/2012, *BMW*, E. 7.1.4; *KRAUSKOPF/SCHALLER*, BSK KG, Art. 5 N. 128; vgl. Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 i.S. *VPVW Stammische/Projekt Repo 2013* [veröffentlicht in RPW 2019/1, S. 120] Rz. 249 ff.). Auch für das Automobileasing erscheinen die Fahrzeu-

ge der verschiedenen Klassen für den Endkunden i.d.R. keine Substitute darzustellen. So deckt beispielsweise das Leasing eines Microwagens aufgrund der Fahrzeugeigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie das Leasing eines Fahrzeuges der unteren Mittelklasse. Der Automobilleasingnehmer wird das Leasing eines Fahrzeuges einer anderen Klasse somit regelmässig nicht als (nahezu) gleichwertig beurteilen.

**5.4.3.24** Die Vorinstanz hat allerdings zutreffend erwo-gen (s. E. 5.4.2.1 oben), dass vorliegend eine Segmentierung des Automobilleasingmarktes in verschiedene Teilmärkte für jeweils unterschiedliche Fahrzeugklassen dennoch unterbleiben kann. Die ausgetauschten Informationen betrafen sämtliche Fahrzeugklassen und zielten nicht spezifisch auf einzelne Autoklassen.

**5.4.3.25** Im Weiteren zu prüfen ist eine Segmentierung des Automobilleasingmarktes hinsichtlich Neu- und Occasionsfahrzeuge. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, von einer solchen Unterteilung des Marktes könne ebenfalls abgesehen werden, da die ausgetauschten Informationen insgesamt sowohl bei Occasions- als auch Neufahrzeugen zur Anwendung gekommen seien (s. E. 5.4.2.1 oben). Diese Argumentation vermag für sich allein den Verzicht auf eine Segmentierung hinsichtlich Neu- und Occasionsfahrzeugen allerdings noch nicht zu rechtfertigen, da einige der ausgetauschten Informationen - namentlich die Informationen zu den Sonderzinssätzen und den Penetrationsraten - ausschliesslich Neufahrzeuge betrafen.

**5.4.3.26** In der bisherigen Rechtsprechung wurde im Autohandel für die jeweiligen Autoklassen von einem Markt für Neufahrzeuge ausgegangen (Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 i.S. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 [veröffentlicht in RPW 2019/1, S. 120] Rz. 249 ff.; implizit auch Urteil B-3332/2012, BMW, sowie Urteile des BVGer B-7756/2015, B-7834/2015 und B-7920/2015 vom 16. August 2022 i.S. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013). Für den vorliegenden Fall sind allerdings die Besonderheiten des Automobilleasings zu beachten. Beim Automobilleasing fragt der Endkunde "nur" die Gebrauchsüberlassung des Fahrzeuges für eine bestimmte Dauer nach, während es beim Bar- oder Kreditkauf um den Erwerb zu Eigentum geht (s. E. 5.4.3.14 f. oben). Beim Fahrzeugkauf trägt der Endkunde das Risiko der Wertverminderung selbst. Der Endkunde wird das Fahrzeug - anders als beim Automobilleasing - entweder bis zu Ende dessen Lebensdauer nutzen oder im Laufe der Zeit weiterverkaufen. Im Weiteren vergleicht der Endkunde bei seiner Entscheidung für ein bestimmtes Leasingfahrzeug das "Gesamtpaket" aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingkonditionen (s. E. 5.4.3.19 oben).

**5.4.3.27** Demzufolge fliessen - im Vergleich mit dem Fahrzeugkauf - zumindest teilweise andere Aspekte in die Entscheidungsfindung mit ein. Es ist somit davon auszugehen, dass für den Leasingnehmer das Leasing eines (gut erhaltenen bzw. neuwertigen) Occasionsfahrzeuges (wie z.B. Vorführwagen, Fahrzeuge, welche nach wenigen Jahren oder vorzeitig aus einem Leasing zurückgegeben wurden, etc.) mit dem Leasing eines Neuwagens durchaus substituierbar sein kann. Folglich ist im Ergebnis mit der Vorinstanz auch auf eine Unterteilung des

Marktes für Automobilleasing hinsichtlich Neu- und Occasionsfahrzeuge zu verzichten.

**5.4.3.28** Schliesslich folgt aus E. 5.4.3.20 f. oben, dass auch eine Segmentierung des Automobilleasingmarktes hinsichtlich Automarken nicht angezeigt ist.

**5.4.3.29** Im Ergebnis ist von einem sachlich relevanten Markt für Automobilleasing auszugehen und eine weitere Segmentierung dieses Marktes kann unterbleiben. Der Automobilleasingmarkt beschränkt sich, wie erwähnt, nicht auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer. Relevant ist vielmehr das gesamte Automobilleasing bzw. Automobilleasinggeschäft.

**5.4.3.30** Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes steht schliesslich auch nicht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung in der Schweiz und der Europäischen Kommission (s. E. 5.4.3.31 sogleich). Ohnehin können aber in der Vergangenheit bereits abgegrenzte Märkte bei der Beurteilung von Abreden nur als Ausgangspunkt oder Orientierungshilfe dienen, da die jeweilige Abgrenzung von der konkreten Wettbewerbsbeschränkung im jeweiligen Einzelfall abhängt und deshalb nicht ohne weiteres auf andere Abreden übertragen werden kann. Selbst bei identischen Gütern ist je nach konkreter Abrede und der damit betroffenen Marktgegenseite das Substitutionsverhalten ein anderes (ZIR-LICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 43). Nichts desto trotz ist nachfolgend der Vollständigkeit halber kurz auf die entsprechende Rechtsprechung in der Schweiz und der Europäischen Kommission einzugehen.

**5.4.3.31** Die WEKO hat in der Vergangenheit bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben innerhalb eines Gesamtmarktes Finanzdienstleistungen verschiedene Teilmärkte identifiziert. Innerhalb des Teilmarktes für Leasing hat sie mehrheitlich dazu tendiert, einen separaten Markt für das Automobilleasing abzugrenzen. Offengelassen hat sie, ob und wie der Markt für Leasing gegebenenfalls weiter zu unterteilen ist (Stellungnahme der WEKO vom 28. November 2014 i.S. Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A. [veröffentlicht in RPW 2015/1, S. 88 f.] Rz. 12 m.H. auf Stellungnahme der WEKO vom 26. Januar 2012 i.S. Bank Sarasin & Cie AG/B. Safraluxembourg SA [veröffentlicht in RPW 2012/1, S. 121 ff.], Rz. 17 ff.; Stellungnahme der WEKO vom 1. Dezember 2008 i.S. BNP Paribas/Entités Fortis SA [veröffentlicht in RPW 2009/1, S. 68 ff.], Rz. 58 ff. und Stellungnahme der WEKO vom 4. Dezember 2006 i.S. Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A. [veröffentlicht in RPW 2007/1, S. 83 ff.], Rz. 19; Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2017 i.S. Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos [veröffentlicht in RPW 2017/4 S. 574 ff.], Rz. 18). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben diese Frage bisher noch nicht behandelt.

**5.4.3.32** Die EU-Kommission ist in früheren Entscheiden im Automobil-Bereich von einem Markt für Leasing, allenfalls unterteilt in Operating Leasing und Financial Leasing, ausgegangen. Teilweise liess sie offen, ob eine weitere Segmentierung des Leasingmarktes notwendig ist (Entscheidungen der EU-Kommission vom 20. Dezember 2011 COMP/M.6436 i.S. Volkswagen Financial Services/D'leteren/Volkswagen D'leteren Finance JV,

Rz. 15-31; vom 7. Juni 2017 M.8553 i.S. *Banco Santander/Banco Popular Group*, Rz. 23; vom 26. Juli 2017 M.8309 i.S. *Volvo Car Corporation/First Rent a Car*, Rz. 27 ff.).

**5.4.3.33** Im Entscheid vom 8. August 2017 M.8460 i.S. *Peugeot/BNP Paribas/Opel Vauxhall Fincos* führte die EU-Kommission aus, es sei vorläufig festzustellen, dass der Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kfz-Finanzierungen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen in Bezug auf ein Fahrzeug einer bestimmten Marke im Allgemeinen zwischen der Captive der betreffenden Marke und anderen Anbietern von Finanzierungslösungen, insbesondere Privatkundenbanken, stattfindet. Daraus folge, dass andere Captives diese Dienstleistungen nicht für Fahrzeuge anderer Marken anbieten würden. Markenunabhängige Verkäufe kämen im Wesentlichen nur bei Gebrauchtwagen vor. Die Kommission sei daher der Auffassung, dass ein Markt, der sich nur auf den Verkauf von Fahrzeugen für Nichtkunden beschränke (und die Eigengeschäfte der Captives für ihre jeweiligen Marken ausschliesse), die wirtschaftliche Realität und die Wettbewerbsdynamik dieser Märkte wahrscheinlich besser widerspiegeln (Rz. 31-33). Letztlich liess die EU-Kommission die Marktabgrenzung jedoch explizit offen.

**5.4.3.34** Die Erwägungen in diesem Entscheid der EU-Kommission zur konkreten Marktbetrachtung betreffen allerdings nicht primär den Bereich des Automobilleasings, sondern den separaten Bereich der Automobilkredite ("motor vehicle lending"). Weiter ist mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass eine Zulassung eines Zusammenschlusses nach einer Phase I-Prüfung in der EU bzw. einer vorläufigen Prüfung in der Schweiz auf einer bloss summarischen Prüfung des seitens der Zusammenschlussparteien vorgebrachten Sachverhalts basiert. Im Übrigen wurde der gleiche Zusammenschluss im Rahmen einer vorläufigen Prüfung auch durch die WEKO analysiert, wobei diese von einem sachlich relevanten Markt für Automobil-Leasing ausgegangen ist (Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2017 i.S. *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos* [veröffentlicht in RPW 2017/4 S. 574 ff.], Rz. 18).

**5.4.3.35** Sodann ging die EU-Kommission im Entscheid vom 7. November 2018 M.8744 i.S. *Daimler/BMW/Car Sharing JV* (Rz. 83-86) im Automobilbereich wiederum von einem Markt für Leasing (Finanzierungs- und Operating-Leasing) aus.

**5.4.3.36** Schliesslich haben die italienischen Wettbewerbsbehörden mit Entscheid vom 20. Dezember 2018 in einer ähnlichen Angelegenheit einen Informationsaustausch zwischen Captives in Italien als Wettbewerbsabrede qualifiziert und gegen verschiedene Unternehmen, darunter auch gegen Fca Bank S.p.a., eine Sanktion von gesamthaft EUR 678 Mio. ausgesprochen (Verfügung der Autorità Garante della Concorrenza a del Mercato AGCM vom 20. Dezember 2018 i.S. *Vendita auto tramite finanziamenti*). Dieser Entscheid der AGCM hob das Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (TAR Lazio) allerdings mit Urteil N. 12542/2020 vom 24. November 2020 auf. Die gegen dieses Urteil von der AGCM erhobene Beschwerde hat das Consiglio di Stato

der Republik Italien sodann mit Entscheid vom 13. Januar 2022 abgewiesen.

**5.4.3.37** Aus dieser Rechtssache lässt sich für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin jedoch ebenfalls nichts ableiten. Denn wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, hat die AGCM einen Markt für Finanzierungsdienstleistungen vertieft analysiert, die eigentliche unzulässige Preisabrede gemäss Art. 101 AEUV jedoch auf dem Produktmarkt für leasingfinanzierte Fahrzeuge erblickt und sanktioniert. Das TAR Lazio hob den Entscheid auf, da von der AGCM unzureichend aufgezeigt worden war, wie aufgrund der hauptsächlich analysierten Verhaltensweisen der Captives auf dem Markt für Finanzierungsdienstleistungen für Automobile eine unzulässige Preisabrede auf dem Produktmarkt für leasingfinanzierte Fahrzeuge entstehen könne. Mit anderen Worten kam das TAR Lazio zum Schluss, dass die Analyse des Dienstleistungsmarktes für Finanzprodukte nicht ohne Weiteres für den Nachweis einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf dem Produktmarkt für den Verkauf von leasingfinanzierten Automobilen herangezogen werden kann. Eine falsche Marktabgrenzung auf dem Markt für Finanzierungsdienstleistungen für Automobile oder auf dem Markt für leasingfinanzierter Fahrzeuge stellte das TAR Lazio jedoch nicht fest. Es machte keine abschliessenden Aussagen zur Marktabgrenzung. Das Consiglio di Stato hat sich in seinem Entscheid vom 13. Januar 2022 schliesslich nicht zum kartellrechtlich relevanten Sachverhalt bzw. dessen Würdigung geäussert.

**5.4.3.38** Es ist somit daran festzuhalten, dass von einem sachlich relevanten Markt für Automobilleasing auszugehen ist. Gegen die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes hat die Beschwerdeführerin keine Einwände erhoben. Mit der Vorinstanz ist der Markt in räumlicher Hinsicht national abzugrenzen. Auf diesem nationalen Markt für Automobilleasing sind nachfolgend die Marktverhältnisse zu prüfen.

#### 5.4.4 Marktverhältnisse

**5.4.4.1** Auf dem nationalen Markt für Automobilleasing bieten, wie erwähnt, Captives und Non-Captives Leasingdienstleistungen an. Non-Captives finanzieren Fahrzeuge sämtlicher Automobilmarken. Bei den Captives liegt aufgrund der (konzernmässigen) Verbundenheit mit einer oder mehreren Automobilmarken der Hauptfokus der Geschäftstätigkeit in der Finanzierung von Fahrzeugen des mit ihr verbundenen Autoherstellers bzw. Importeurs (s. E. 4.2 oben).

**5.4.4.2** Ebenso wurde bereits oben dargelegt, dass die Dienstleistung des Automobilleasings sich nicht auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt, sondern das gesamte Automobilleasing bzw. Automobilleasinggeschäft relevant ist (s. E. 5.4.3.17). In den Marketing-Aktivitäten der Automobilmarken werden die Leasingkonditionen prominent beworben. Der Kunde vergleicht beim Entscheid für ein zu leasendes Fahrzeug die Fahrzeuge der verschiedenen Automobilmarken insbesondere auch anhand der zahlungsrelevanten Kriterien wie Fahrzeugpreis, Anzahlung, monatliche Leasingrate, Restwert, etc. Er entscheidet sich parallel

durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine Leasingdienstleistung. Dadurch sind die Leasingkonditionen nicht erst nach dem Entscheid für ein Fahrzeug und der Verhandlung des entsprechenden Fahrzeugpreises von Relevanz (s. E. 5.4.3.20 f. oben).

**5.4.4.3** Im Übrigen bestätigte dies auch K. \_\_\_\_\_ (Marketing und Sales Manager der Beschwerdeführerin) indirekt, als er bei der Einvernahme vom 11. März 2014 angab, dass "Promo-Aktionen" (Angebote mit Sonderzinssätzen) sehr wichtig seien und ein Verkaufsargument gebildet hätten (vgl. Vorinstanz, act. 2001 Rz. 479 f.).

**5.4.4.4** Auf den Produktemärkten für Fahrzeuge besteht unbestritten ein Preiswettbewerb. Aus Erwägung 5.4.4.2 oben folgt, dass spiegelbildlich zu diesem Wettbewerb auf dem Automobilleasingmarkt ebenfalls ein solcher Preiswettbewerb hinsichtlich der Leasingkonditionen besteht. In diesem Markt stehen die Captives nicht nur zu den Non-Captives, sondern auch zu den anderen Captives in einem Wettbewerbsverhältnis.

**5.4.4.5** Fehl geht die Beschwerdeführerin, wenn sie die Captives auf diesem Markt und in diesem Wettbewerb als unbeteiligte Dritte bezeichnet. Denn es trifft nicht zu, dass sie keinerlei Einfluss auf Promotionsangebote hatten und diese alleine von den Herstellern bzw. Importeuren bestimmt wurden. So geht aus mehreren Einvernahmen hervor, dass die Captives die Sonderzinssätze gemeinsam mit den Herstellern/Importeuren festsetzten oder zumindest darauf Einfluss nehmen konnten (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 155 ff. und 188 ff., act. 2709 Rz. 208 ff., act. 2501 Rz. 217 ff.; act. 2502 Rz. 131 f.). So führte beispielsweise O. \_\_\_\_\_ (C. \_\_\_\_\_) auf die Frage, ob er bei der Zinsfestsetzung mitrede, was folgt aus (vgl. Vorinstanz, act. 2802 Rz. 152 ff.):

*"Ja. Ich rede mit der Marke. Zum Beispiel. Wollen wir eine Aktion mit 2.9% machen? Die Marke muss dann damit einverstanden sein."*

Als weiteres Beispiel kann die Aussage von U. \_\_\_\_\_ (G. \_\_\_\_\_) erwähnt werden, der ausführte, dass die Rabattaktionen betreffend das Autoleasing für die Marken von V. \_\_\_\_\_ in der Schweiz in Abstimmung des Sales Bereiches von G. \_\_\_\_\_ und des Sales Bereiches des Importeurs erfolgt seien (vgl. Vorinstanz,

act. 2709 Rz. 208 ff.).

**5.4.4.6** Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin kann bei dieser Marktbetrachtung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives auch nicht mit dem angeblich fehlenden Interesse der Captives an der Finanzierung von Fahrzeugen von nicht mit ihnen verbundenen Automarken verneint werden. Denn dieses Argument wäre nur stichhaltig, wenn isoliert von einem relevanten Markt für den Abschluss von Leasingverträgen über unwiderruflich gewählte (Neu-)Fahrzeuge ausgegangen würde und vorausgesetzt wird, dass der Kunde die Leasingbedingungen erst nach dem Entscheid für ein bestimmtes Fahrzeug vergleicht, was in der Regel gerade nicht der Fall ist.

**5.4.4.7** Zudem erweist sich das Vorbringen der Beschwerdeführerin, gestützt auf ihren Gesellschaftszweck und ihr Geschäftsmodell kein Interesse an der Finanzierung von Fahrzeugen von nicht mit ihr verbundenen Automarken gehabt zu haben, ohnehin als Schutzbehauptung. Denn aus einer Analyse ihrer Umsatzzahlen der Jahre 2011 bis 2013 wird ersichtlich, dass sie - auch wenn der Hauptfokus ihrer Geschäftstätigkeit in der Finanzierung von Fahrzeugen des Fiat-Chrysler-Konzerns lag - durchaus auch Leasingdienstleistungen für Fahrzeuge anderer Automarken angeboten hat. So hat sie zwischen 2011 und 2013 einen Umsatz von rund Fr. [...] mit der Finanzierung von Leasingverträgen für die Marken des Fiat-Chrysler-Konzern erwirtschaftet (wovon [...] Fr. aus der Finanzierung von Neuwagen stammten). Mit der Finanzierung von Leasingverträgen für konzernfremde Fahrzeuge erwirtschaftete sie im gleichen Zeitraum zusätzlich einen Umsatz von [...] Fr. (wovon [...] Fr. aus der Finanzierung von Neuwagen stammten). Entsprechend hat die Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 bis 2013 rund [...] % ihres Umsatzes mit der Finanzierung von Fahrzeugen erzielt, die nicht vom Fiat-Chrysler-Konzern herrührten. Im Neuwagengeschäft liegt dieser Anteil etwas tiefer bei [...] %, im Occasionsgeschäft deutlich höher bei [...] %.

**5.4.4.8** Auch weitere Captives finanzierten Fahrzeuge von nicht mit ihnen verbundenen Automobilmarken. Teilweise war dies beschränkt auf die Finanzierung von Occasionsfahrzeugen, wobei die Finanzierung von Occasionsfahrzeuge entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht als selten bezeichnet werden kann. So erwirtschaftete die Beschwerdeführerin [...] % des gemeldeten Umsatzes mit der Finanzierung von Occasionsfahrzeugen. Neben der Beschwerdeführerin finanzierten namentlich auch E. \_\_\_\_\_ (s. Vorinstanz, act. 2201 Rz. 372 ff.), B. \_\_\_\_\_ (s. Vorinstanz, act. 1206 S. 3) und C. \_\_\_\_\_ (s. Vorinstanz, act. 2804 Rz. 9) Fahrzeuge von nicht verbundenen Automarken. Weiter gab auch W. \_\_\_\_\_ (A. \_\_\_\_\_) auf die Frage, ob A. \_\_\_\_\_ Fahrzeuge anderer Marken finanziert habe, was folgt an (vgl. Vorinstanz, act. 2502 Rz. 217 ff.):

*"Occasionen, die der Händler eingetauscht hat. Wenn ein [...] -Händler auch noch andere Marken hat, dann machen wir die auch. Das sind aber wenige. [...] Was es gibt, wenn es einzelne grössere Kunden sind, die schon mehrere Autos haben und jetzt eines von einem anderen Händler wollen, dann finanzieren wir das auch."*

**5.4.4.9** Soweit sich die Beschwerdeführerin zudem auf angeblich fehlendes Knowhow bei der Finanzierung von Fahrzeugen von fremden Automarken beruft, zeigt bereits die Tätigkeit der Non-Captives auf dem Markt, dass eine Fahrzeugfinanzierung durchaus auch ohne eine enge Bindung zum Fahrzeughersteller möglich ist. Entsprechend vermag auch dieses Argument nicht zu überzeugen.

**5.4.4.10** Die Beschwerdeführerin war demnach nicht nur insofern eine aktive Wettbewerberin auf dem Automobilleasingmarkt, als sich der Endkunde parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine Leasingdienst-

leistung entscheidet. Sondern sie war darüber hinaus auch eine aktive Wettbewerberin für Leasingdienstleistungen für Fahrzeuge anderer Automobilmarken als jene des Fiat-Chrysler-Konzerns.

**5.4.4.11** Im Übrigen sind auch die Erwägungen der Vorinstanz, wonach auch der praktizierte Informationsaustausch für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives spreche, nicht zu beanstanden. Denn mit dem vorliegenden Informationsaustausch über Standard- und Sonderzinssätze und weitere Konditionen in gesamthaft 93 Tabellen, an 24 Meetings und mit weiteren bi- und multilateralen Kontakten während über sieben Jahren wurde ein erheblicher Aufwand betrieben. Es würde der wirtschaftlichen Logik widersprechen, diesen erheblichen Aufwand für den Informationsaustausch zu betreiben, wenn die Captives nicht auf dem gleichen sachlich relevanten Markt als Wettbewerber tätig wären. Zumal der Informationsaustausch offensichtlich nicht alleine auf die Einhaltung der Vorgaben des Konsumkreditgesetzes und der Verordnung zum Konsumkreditgesetz gezielt haben kann. Denn hierfür bedarf es keiner monatlichen Orientierung während über sieben Jahren über die aktuellen Standard- und Sonderzinssätze (inkl. Dauer des Angebotes und Provisionen) der anderen Captives. Ebenfalls handelt es sich bei den ausgetauschten Informationen - wie die Vorinstanz zutreffend erwog - auch nicht um Aufzeichnungen zu Kreditausfällen oder um Informationen, welche für die Bonitätsprüfung notwendig wären, oder um ein Kostenbenchmarking zur Kostenoptimierung. Insofern sind entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin keine Gründe ersichtlich, wonach die Captives unabhängig von einer möglichen Wettbewerbsbeziehung das Bedürfnis haben könnten, Informationen mit diesem Inhalt und in diesem Umfang bzw. in dieser Frequenz auszutauschen.

**5.4.4.12** Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin stützt sich diese Argumentation weder auf blosser Behauptungen noch unterliegt sie einem Zirkelschluss. So ist von den Parteien unbestritten, dass die Captives während über sieben Jahre monatlich ihre Standard- und Sonderzinssätze ausgetauscht haben und auch weitere bi- und multilaterale Kontakte hierzu und zu weiteren Konditionen stattgefunden haben. Zudem wurde dieser erwiesene Sachverhalt in E. 4.3-4.7 oben mit zahlreichen Belegen ausführlich dargelegt.

**5.4.4.13** Schliesslich ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass sich die von der Beschwerdeführerin zitierten Aussagen der Parteien, wonach sich die Captives nicht als Konkurrenten betrachten würden (s. E. 5.4.2.7 oben), im Laufe des Verfahrens als Schutzbehauptungen erwiesen haben. Denn zum einen zeigt sich, dass bei einem Teil dieser Parteiaussagen die befragten Personen (namentlich K. \_\_\_\_\_, R. \_\_\_\_\_, Q. \_\_\_\_\_ sowie implizit auch P. \_\_\_\_\_), den Anschein erwecken wollten, dass der Kunde sich zuerst für ein Fahrzeug entscheidet und erst danach eine Leasingdienstleistung nachfrage, woraus sie auf ein fehlendes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Captives in Bezug auf den "isoliert verstandenen" Leasingvertrag schlossen. Wie oben bereits mehrfach ausgeführt, entscheidet sich der Endkunde aber parallel durch Vergleich des Gesamtpaketes aus Automobil(-eigenschaften) und Leasingbedingungen für ein bestimmtes (leasingfinanziertes) Fahrzeug und eine

Leasingdienstleistung. Entsprechend werden die Leasingkonditionen in den Marketing-Aktivitäten der Automobilmarken beworben (s. E. 5.4.4.2 oben). Des Weiteren geht - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - aus internen Dokumenten der Beschwerdeführerin und anderer Captives hervor, dass sich die Captives durchaus als Konkurrenten betrachtet haben. Beispielhaft kann hierfür die nachfolgende E-Mail vom 21. November 2012 von K. \_\_\_\_\_ (Marketing und Sales Manager der Beschwerdeführerin) mit dem Betreff "AW: Offerta [...] 2013" genannt werden, worin was folgt festgehalten wurde (vgl. Vorinstanz, act. 3070):

*"Ho guardato cosa sta facendo la concorrenza per vetture dello stesso segmento e devo constatare che è un segmento molto aggressivo.*

*[...] opera con un leasing al 1.9%, [...] al 0%, [...] al 3.9% e [...] al 5.9%.*

*Ho fatto 2 calcolazioni:*

*1° offerta a un tasso del 5.5%, per 48 mesi e un anticipo del 17.7% = Fr. 7'071.15, rata mensile Fr. 399.60 (contributo Fr. 140)*

*2° offerta a un tasso del 3.9%, per 48 mesi e un anticipo del 19% = Fr. 7'590.50, rata mensile Fr. 359.40 (contributo Fr. 1'100)".*

Ein weiteres Beispiel eines Konkurrenzvergleichs hinsichtlich Leasingkonditionen der Captives ist die nachfolgende interne E-Mail vom 9. Februar 2012 bei F. \_\_\_\_\_ an P. \_\_\_\_\_ mit dem Betreff "Konkurrenzanalyse", worin was folgt ausgeführt wurde (vgl. Vorinstanz, act. 3030):

*"Ich habe die Konkurrenzanalyse mit [...] besprochen und absegnen lassen und werde diese heute Nachmittag rausschicken. [...] habe ich auch informiert.*

*Folgende Konkurrenten haben ihre Konditionen geändert:*

- *[X. \_\_\_\_\_]: neu 5.4% anstatt 4.9%*
- *[G. \_\_\_\_\_]: Spezialkonditionen Zinssatz gleichbleibend bei 4.9% jedoch möglich ab 24-60 Monate (vorher 36-48 Monate)*
- *[H. \_\_\_\_\_]: Spezialkonditionen Nissan neu 3.9% anstatt 4.4%*
- *Bei [I. \_\_\_\_\_] haben wir noch die Spezialkonditionen von [...], [...] und [...] reingetan (2.9%/3.9%)".*

Aus diesen internen Dokumenten kann auch nicht gefolgert werden, dass sich die bei den Captives tätigen Personen - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - nur in einem "untechnisch" zu verstehenden Sinn als Wettbewerber ansahen. Vielmehr machen sie deutlich, dass sie sich im Autoleasinggeschäft, das im Gesamtkontext zu betrachten und breit abzugrenzen ist, effektiv als Wettbewerber ansahen und Konkurrenzanalysen vornahmen.

**5.4.4.14** Zusammenfassend ergibt sich, dass sowohl Non-Captives als auch Captives auf dem nationalen Markt für Automobileasing auf der gleichen Marktstufe tätig waren und miteinander in einem aktuellen Wettbewerbsverhältnis standen. Es liegt somit eine horizontale

Abrede vor. Auf die Rügen der Beschwerdeführerin zu den Eventualerwägungen der Vorinstanz, wonach zumindest ein potentiell Konkurrenzverhältnis zwischen den Captives vorliege, muss daher nicht mehr eingegangen werden.

#### **5.4.5 Beweisanträge sowie Beweispflicht**

**5.4.5.1** Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit dem bestrittenen Wettbewerbsverhältnis zwei Beweisanträge gestellt. Zum einen habe das Gericht ein ökonomisches Gutachten zur sachlichen Marktabgrenzung einzuholen. Zum anderen sei Jean-Luc Mas, Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, als Zeuge zu befragen. Dabei habe die Befragung insbesondere zu den von ihr geltenden gemachten Umständen des fehlenden Knowhows der Beschwerdeführerin bei der Finanzierung von gruppenfremden Fahrzeugen, zu ihrem fehlenden ökonomischen Interesse an solchen Finanzierungen und zum Umstand, dass ihr Gesellschaftszweck nicht auf solche Finanzierungen ausgerichtet sei, zu erfolgen.

**5.4.5.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat die von den Parteien angebotenen Beweise abzulehnen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG; BGE 137 V 270 E. 3.2). Bei der Beurteilung dieser Frage kommt dem Gericht allerdings ein gewisser Ermessensspielraum zu, denn es hat auch den Grundsatz der Prozessökonomie zu beachten. Das Gericht ist namentlich dann nicht gehalten, Beweise abzulehnen, wenn die zu beweisende Tatsache nicht entscheidungswesentlich ist oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel bereits als bewiesen gelten kann (BGE 144 II 194 E. 4.4.2; 130 II 475 E. 2.2; MOSER/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.123d). Diesfalls werden von den Parteien gestellte Beweisanträge im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen.

**5.4.5.3** Vorliegend wurde in den vorstehenden Erwägungen aufgezeigt, dass ein sachlich relevanter Markt für Automobilleasing abzugrenzen ist und dieser nicht beschränkt auf den Abschluss von Leasingverträgen über unwiderruflich gewählte (Neu-)Fahrzeuge, sondern in Bezug auf das gesamte Automobilleasing(geschäft) zu verstehen ist. Weiter wurde dargelegt und begründet, dass sich eine weitere Segmentierung dieses Marktes nicht aufdrängt. Ebenso wurde aufgezeigt, dass die Captives (und Non-Captives) auf diesem abgegrenzten Markt in einem tatsächlichen Wettbewerbsverhältnis miteinander stehen.

**5.4.5.4** Ausserdem hat das Bundesgericht zum erforderlichen Beweismass festgestellt, dass die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit kaum je exakt möglich ist, sondern zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen beruht. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. Art. 96 BV und Art. 1 KG), nicht übertrieben werden. Eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen ist kaum

möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2, bestätigt mit BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.4; Urteil des BGer 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.2.6; vgl. zur Beweispflicht, dem erforderlichen Beweismass und der Begründungspflicht im Allgemeinen E. 3.2 und 3.2.6 oben).

**5.4.5.5** Aufgrund dieses erforderlichen Beweismasses und des in E. 5.4.5.3 Gesagten bedarf die Marktabgrenzung vorliegend keiner weiteren empirischen Nachweise. Der Beweisantrag auf Einholen eines ökonomischen Gutachtens ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Gleiches gilt für den Beweisantrag auf Befragung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin. Namentlich mit Blick auf Erwägungen 5.4.4.1 i.V.m. E. 4.2, 5.4.4.7 und 5.4.4.9 würde die Befragung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin zu den beantragten Themen die rechtliche Überzeugung des Gerichts nicht ändern, weshalb darauf ebenfalls zu verzichten ist.

**5.4.5.6** Auch der Verzicht der Vorinstanz auf die Durchführung eines SSNIP-Tests (small but significant and nontransitory increase in price-Test) zur Untermauerung des Beweisergebnisses ist nicht zu beanstanden. Ein SSNIP-Test stellt eine modellhafte Verhaltensanalyse dar, bei der mittels geringer, aber spürbarer und nicht nur vorübergehender Preiserhöhung im Rahmen von 5% bis 10% untersucht wird, bei welcher Preiserhöhung die Nachfrager das zu beurteilende Produkt durch welche vergleichbaren Produkte ersetzen. Der SSNIP-Test stellt jedoch keine zwingende Voraussetzung einer Marktabgrenzung dar. Er bildet nur ein Mittel, das zur Ermittlung der massgeblichen Gruppe an austauschbaren Produkten zusätzlich herangezogen werden kann, soweit die Austauschbarkeit im Hinblick auf den Verwendungszweck nicht bereits aufgrund eines Vergleichs der Produktmerkmale der verfügbaren Produkte oder des bisherigen Ausweichverhaltens der Nutzer festgestellt werden kann. Diese ergänzende Funktion folgt bereits daraus, dass ein SSNIP-Test selbst immanente Schwächen und ein gewisses Fehlerpotential in sich birgt und für bestimmte Sachverhaltskonstellationen nicht anwendbar ist. Angesichts dessen stellt ein SSNIP-Test kein Mittel dar, welches im Rahmen einer Marktabgrenzung in jedem Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen kann oder muss (Urteile des BVerfG B-2597/2017 vom 19. Januar 2022, *Vifor*, E. 8.1; B-831/2011, *SIX*, E. 269-275 m.w.H.).

**5.4.5.7** Zusammenfassend ergibt sich, dass keine weiteren Nachweise zur Marktabgrenzung und zur Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses notwendig sind.

#### **5.5 Fazit**

**5.5.1** Das von der Beschwerdeführerin und den anderen Captives errichtete und aufrechterhaltene Informationsaustauschsystem über Zinsen, Restwerte, Gebühren, Provisionen sowie Verkaufszahlen und Penetrationsraten stellt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen dar, die als Wettbewerber auf dem nationalen Markt für Automobilleasing auf der gleichen Marktstufe tätig waren. Die Verhaltensweisen waren objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung durch

Beeinträchtigung des Wettbewerbsparameters "Preis" zu verursachen, womit sie eine solche bezweckten. Ob das Verhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Captives auch als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 KG qualifiziert werden muss, kann deshalb offen bleiben und braucht nachfolgend nicht mehr geprüft zu werden.

**5.5.2** Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese abgestimmte Verhaltensweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat und damit als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren ist.

## **6. Unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG**

### **6.1 Allgemeines**

**6.1.1** Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 6.1; 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1; 129 II 18, *Buchpreisbindung*, E. 3; Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022, *Diffulivre*, E. 8.1).

**6.1.2** Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 6.1 und 6.5; 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1; Urteil 2C\_39/2020, *Diffulivre*, E. 8.2).

**6.1.3** Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

**6.1.4** Massgebend für den Entscheid, die Wettbewerbsparameter Preise, Menge und Gebiet in Art. 5 Abs. 3 KG aufzunehmen, war der Umstand, dass derartige Abreden allesamt negative Auswirkungen auf den Markt haben und das Wettbewerbsgeschehen unmittelbar beeinflussen, da sie zentrale Grundparameter des Wettbewerbs aufheben (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 517 und 566, nachfolgen Botschaft zum KG 1995; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 370).

**6.1.5** Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 6.1 und 6.5; 143 II 297, *Gaba*, E. 5; Urteil 2C\_39/2020, *Diffulivre*, E. 8.2).

**6.1.6** Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 6.5; 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1; 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6; Urteil 2C\_39/2020, *Diffulivre*, E. 8.3). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG) vorliegt, ist damit nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 6.1).

### **6.2 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG**

Nachfolgend zu prüfen ist, ob ein solcher Vermutungstatbestand gegeben ist, namentlich ob eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegt.

#### **6.2.1 Allgemeines**

**6.2.1.1** Nach dem Gesetzeswortlaut gelten "Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen" als Preisabreden. Die Botschaft führt dazu konkretisierend was folgt aus (Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 567):

*"Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen."*

**6.2.1.2** Daraus ergeben sich die zwei Tatbestandselemente: (1) der Preis als Gegenstand der Abrede und (2) die (in)direkte Festsetzung des Preises als Wirkung der Abrede (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 379).

**6.2.1.3** Unter einem Preis ist die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung zu verstehen, wobei sich der Preis sowohl auf das Endprodukt bzw. die Enddienstleistung als auch auf Teilprodukte bzw. -dienstleistungen beziehen kann. In aller Regel handelt es sich dabei um eine monetäre Gegenleistung (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 375; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 381).

**6.2.1.4** Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt und umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten (BGE 129 II 18, *Buchpreis-*

bindung, E. 6.5.5; Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 9.3.4 m.w.H.; Krauskopf/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 375; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 380; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.182; vgl. auch Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 567; JÜRIG BORER, a.a.O., Art. 5 Rn. 4). Unter Preiselementen oder -komponenten sind Bestandteile der Preisbildung zu verstehen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 382). Entsprechend fällt unter den Vermutungstatbestand nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern beispielsweise auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, preisbeeinflussenden Geschäftsbedingungen oder Preiskalkulationen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 382 und 392 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 401 ff.).

**6.2.1.5** Werden hingegen lediglich unbedeutende Preisbestandteile festgelegt, d. h. solche, die zu geringfügig sind um eine preisharmonisierende Wirkung zu haben, so wird dieser Sachverhalt nicht vom Vermutungstatbestand erfasst (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, Art. 5 N. 398; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 383; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 388 f.; je mit Hinweisen auf die Praxis der Vorinstanz).

**6.2.1.6** Bei der Frage, ob ein Preiselement zu geringfügig ist, um eine preisharmonisierende Wirkung zu haben, gilt namentlich auch zu klären, ob nur bezüglich eines einzelnen Preiselements eine Abrede besteht oder ob eine Vielzahl von Preiselementen vereinbart wird, so dass diese in ihrer Gesamtheit eine preisharmonisierende Wirkung zeitigen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 389; vgl. Urteil B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 9.3.8 i.V.m. 9.3.4 sowie JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, Diss. 2010, N. 1378).

**6.2.1.7** Die Abrede muss, wie erwähnt (s. E. 6.2.1.2 oben), zu einer Festsetzung des Preises oder von Preiselementen bzw. -komponenten führen. Die Art und Weise der Festsetzung ist gleichgültig (indirekt oder direkt). Gemäss Botschaft wird "jede Art des Festsetzens" erfasst. Die Botschaft stellt klar, dass es nicht auf das eingesetzte Mittel der Preisfestsetzung ankommt, sondern auf die Wirkung der Preisfestsetzung (s. E. 6.2.1.1 oben; vgl. auch Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 382). Die Preisabrede kann somit sowohl in Form einer Vereinbarung als auch in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zustande kommen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 386). Auch Marktpreisinformationssysteme können als Instrument zu einer Verhaltenskoordinierung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG taugen. Marktpreisinformationssysteme erhöhen die Preis-Transparenz am Markt und können dazu führen, dass die beteiligten Unternehmen ihre Preisfestsetzungsverhalten i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG implizit aufeinander abstimmen können. In solchen Fällen ist das Marktpreisinformationssystem Mittel und Ursache der Preisfestsetzung zugleich (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 384 und 387).

**6.2.1.8** Die Botschaft nimmt zwar nur Bezug auf die Wirkung der Abrede (s. E. 6.2.1.1 oben). Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297 i.S. *Gaba* jedoch klargestellt, dass

die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG ("bezwecken oder bewirken") für das gesamte Kartellgesetz Geltung beansprucht und bei der Anwendung von Art. 5 KG ebenfalls zu beachten ist (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Im Weiteren hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs sei (i.S. von Art. 96 BV und Art. 1 KG), bereits mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG geschaffen werde. Bei Art. 5 Abs. 1 KG genügt es somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen könnten. Tatsächliche Auswirkungen oder eine Umsetzung der Abrede sind nicht nachzuweisen (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).

**6.2.1.9** Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG. Entsprechend ist neben der Wirkung der Abrede auch der Zweck der Abrede entscheidend. Es genügt, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Die Abrede muss m.a.W. geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 387). Abreden, die einen preisharmonisierenden Zweck verfolgen oder denen eine preisharmonisierende Wirkung zukommt und die nicht als direkte Preisfestsetzung ausgestaltet sind, werden vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG als indirekte Preisabreden erfasst (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 403).

## 6.2.2 Vorbringen der Parteien

**6.2.2.1** Die Vorinstanz erwog, der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG sei weit auszulegen und umfasse als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Es sei darunter eine Abrede zu verstehen, die direkt oder indirekt die Preisgestaltung beeinflusse. Ein Zinssatz stelle den Finanzierungspreis, d.h. den Zeitwert für die ausgeliehene Summe, dar. Dabei würden die Zinskosten - sich ergebend aus der Laufzeit, dem Nettopreis des Fahrzeuges und dessen Restwert - hauptsächlich von der Höhe des Leasingzinses abhängen. Der vorliegende Informationsaustausch, der in erster Linie Zinssätze umfasst habe, sei deshalb als eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Zum gleichen Ergebnis gelange man auch, wenn der Zinssatz nicht als ein Preis im eigentlichen Sinn, sondern als ein Preisbestandteil qualifiziert werde. Denn beim Zinssatz handle es sich - sofern er nicht als Preis verstanden werde - um den wichtigsten Preisbestandteil.

**6.2.2.2** Die Beschwerdeführerin rügt, das Vorhandensein einer Preisabrede könne nicht alleine daraus abgeleitet werden, dass der Informationsaustausch Zinssätze betroffen habe. Denn nicht jeder Informationsaustausch, der eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstelle und theoretisch einen Einfluss auf die Preissetzung gehabt haben könnte, stelle auch eine verbotene Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Entscheidend sei - wie die Botschaft zum KG ausdrücklich festhalte - die Wirkung der Preisabrede. Auch das Bundesverwaltungsgericht habe dies in der Vergangenheit bestätigt. Die angefochtene Verfügung



erwähne eine mögliche Auswirkung der behaupteten Preisabrede jedoch nicht.

**6.2.2.3** Im Urteil B-807/2012 vom 25. Juni 2018 i.S. Erne (E. 10.2.3) habe das Bundesverwaltungsgericht erwogen, dass die Teilnahme eines Unternehmens an einem Austausch von preisbezogenen Informationen, der Transparenz in Bezug auf die konkreten Interessen der anderen Unternehmen schaffe, nicht zur Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG genüge. Weiter habe es geschlossen, dass auch wenn die durch den Informationsaustausch geschaffene Transparenz die Preisbildung zumindest theoretisch beeinflussen könne, in einer solchen Preisbeeinflussung - selbst bei einer weiten Auslegung des Gesetzeswortlauts - keine direkte oder indirekte Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gesehen werden könne.

**6.2.2.4** Die Vorinstanz entgegnet, diese Argumentation der Beschwerdeführerin überzeuge nicht, da gemäss BGE 143 II 297 i.S. *Gaba* (E. 5.4.2) und BGE 144 II 194 i.S. *BMW* (E. 4.3.2) tatsächliche Auswirkungen nicht nachgewiesen werden müssten.

**6.2.2.5** Weiter führt die Vorinstanz aus, im Fall *ASCOPA* habe sie den Informationsaustausch zwar nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert, es sich aber explizit vorbehalten, eine Preisabrede bei einem lückenlosen Monitoring, wie dies im vorliegenden Fall geschehen sei, allenfalls zu bejahen. Die Durchführung von Preis-Monitorings stelle eine zeit- und ressourcenaufwändige Tätigkeit dar. Die Fähigkeit, Preis-Monitorings effizient, flächendeckend und tauglich durchzuführen und gestützt darauf die individuellen Preissetzungsstrategien festzulegen, stelle einen zentralen Wettbewerbsparameter dar, welcher langfristig über Erfolg bzw. Misserfolg eines Unternehmens entscheiden könne. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin zusammen mit den anderen Captives durch den Informationsaustausch ihre unternehmerische Eigenständigkeit ausgeschaltet bzw. erheblich eingeschränkt. Durch den Informationsaustausch hätten sich die Captives in Kenntnis gesetzt, ob und wie (Inhalt, Frequenz) ihre Mitbewerber Preis-Monitoring durchführen und damit sämtliche Unsicherheiten bezüglich eines zentralen Wettbewerbsparameters ausgeschaltet bzw. erheblich reduziert.

### 6.2.3 Würdigung

**6.2.3.1** Wie bereits dargelegt, fand zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives ein Informationsaustausch über Zinssätze, Provisionen, Restwerte, Gebühren sowie Verkaufszahlen und Penetrationsraten statt.

**6.2.3.2** Der Zins ist der Preis für die Überlassung eines Geldbetrages während einer bestimmten Zeitdauer. Er ist vom Schuldner an den Gläubiger zu entrichten. Der Zins wird in Prozenten der zur Verfügung gestellten Summe ausgedrückt (Zinssatz) und bezieht sich in der Regel auf die Dauer eines Jahres (vgl. Glossar SNB; [www.snb.ch/de/srv/id/glossary#Z](http://www.snb.ch/de/srv/id/glossary#Z) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Er stellt damit den Zeitwert für die ausgeliehene Summe, d.h. ein Finanzierungspreis, dar. Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung des Leasingfahrzeuges, d.h. die (monatlich) vom Endkunden zu bezah-

lenden Leasingraten, errechnen sich aus der Höhe des Zinssatzes zusammen mit dem Nettopreis des Fahrzeuges, dem Restwert des Fahrzeuges und der Laufzeit des Vertrages. Dabei werden die monatlichen Leasingraten von den Captives nach derselben mathematischen Formel berechnet (s. E. 4.1.9 oben). Kommt es bei einem der oben genannten Elementen (Zinssatz, Nettopreis des Fahrzeuges, Restwert des Fahrzeuges, Laufzeit des Vertrages) zu einer Koordination, hat dies zwangsläufig auch einen koordinierenden Effekt auf die Leasingraten.

**6.2.3.3** Mit der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass es sich bei den Zinssätzen und Restwerten um wesentliche Preiselemente handelt. Sie bilden zwei von vier Elementen der Preisbildung, welche sich unmittelbar auf die Höhe der von den Endkunden zu entrichtenden Leasingraten auswirken. Die Zinssätze und Restwerte haben einen Einfluss auf den Entscheidungsprozess der Konsumentinnen und Konsumenten.

**6.2.3.4** Weiter umfasste der Informationsaustausch auch Informationen zu Gebühren. Diese Gebühren waren durch die Endkunden zu bezahlen, wenn im Zusammenhang mit dem Leasingvertrag zusätzliche Dienstleistungen in Anspruch genommen wurden (z.B. Umschreibung des Leasingvertrages auf eine andere Vertragspartei) bzw. bei Nichterfüllung einer im Vertrag aufgeführten Verpflichtung (s. E. 4.1.14 oben). Sie stellen einen integralen Bestandteil des Leasingvertrages dar. Solche Gebühren sind als Preiselemente zu qualifizieren. Mit Blick auf das Zusammenwirken mit den ebenfalls vom Informationsaustausch betroffenen Parametern Zinssatz und Restwerte können die Gebühren nicht als unerheblicher Preisbestandteil mit geringfügiger Bedeutung qualifiziert werden (s. E. 6.2.1.6 oben).

**6.2.3.5** Bei den ebenso vom Informationsaustausch betroffenen Kommissionen respektive Provisionen handelt es sich um eine Entschädigung der Captives an die Vertragshändler bzw. an die unabhängigen Garagisten für deren Vermarktungsdienstleistungen. Diese Kommission bestand i.d.R. aus einem bestimmten Prozentwert der Leasingsumme (s. E. 4.5.8 oben). Die Händlerkommission bzw. deren Höhe stellt ein Kostenfaktor der Leasingraten dar. Die Händlerkommission wirkt sich damit direkt auf den Preissetzungsspielraum der Captives aus. Wie erwähnt, liegt eine Preisabrede nicht nur dann vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten (Preisbestandteile) fixiert werden (s. E. 6.2.1.4 oben). Erfasst werden damit auch Abreden über Rabatte, Skonti, Boni, Teuerungszuschläge, Währungsvorteile etc. (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 400 m.w.H.). Weiter gilt der Vermutungstatbestand auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen (Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 567). Zudem gelten auch Kalkulationshilfen als problematisch, wenn sie den Beteiligten pauschale Beträge oder Prozentsätze für Kostenzuschläge oder Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 5 N. 400 m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 399; vgl. Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen vom 4. Mai 1998 [abrufbar unter: [www.weko.admin.ch/](http://www.weko.admin.ch/)]

weko/de/home/rechtliches\_dokumentation/bekanntmachungen---erläuterungen.html; zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Die vorliegende Händlerkommission stellt deshalb ebenfalls ein Preiselement der Leasingraten dar. Wiederum kann mit Blick auf das Zusammenwirken mit den anderen vom Informationsaustausch betroffenen Preisbestandteilen, namentlich dem Zinssatz, nicht von einem unerheblichen Bestandteil mit geringfügiger Bedeutung gesprochen werden (s. E. 6.2.1.6 oben; vgl. zum Ganzen Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 2014 i.S. *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II* [veröffentlicht in RPW 2015/2 S. 165], Rz. 81 ff.).

**6.2.3.6** Nicht um Preise bzw. Preiselemente, sondern um Volumina handelt sich bei den vom Informationsaustauschsystem erfassten Verkaufszahlen und Penetrationsraten. Der Informationsaustausch über Verkaufszahlen und Penetrationsraten rundete den Informationsaustausch über die Preisbestandteile Zinssätzen, Restwerten, Gebühren und Provisionen jedoch ab. Er war für die optimale Verwertung der anderen Informationen wertvoll und ermöglichte eine gewisse Kontrolle des Marktverhaltens der übrigen Captives.

**6.2.3.7** Der Informationsaustausch über Verkaufszahlen und Penetrationsraten fällt im Übrigen auch nicht unter die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c KG, da es sich nicht um eine Gebietsabrede oder Mengenabrede handelt, die eine Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen beinhaltet.

**6.2.3.8** Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass mit den Zinssätzen, Restwerten, Gebühren und Provisionen - in ihrer Gesamtheit (s. E. 6.2.1.6 oben) - zumindest wesentliche Preiselemente betroffen waren, womit das Vorliegen des ersten Tatbestandselements von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, "Preis als Gegenstand der Abrede", zu bejahen ist. Nicht als Preiselement zu qualifizieren sind die Verkaufszahlen und Penetrationsraten. Der Austausch darüber war aber für die Verwertung der anderen ausgetauschten Preisinformationen hilfreich.

**6.2.3.9** Zu prüfen bleibt damit das zweite Tatbestandselement "(in)direkte Festsetzung des Preises als Wirkung der Abrede".

**6.2.3.10** Bereits mehrfach erwähnt wurde, dass die Beschwerdeführerin und die anderen Captives bezüglich Zinssätze und Provisionen ein umfassendes Monitoring-System errichtet hatten und über mehrere Jahre aufrechterhielten. Durch den vorgenommenen Informationsaustausch über Zinssätze, Restwerte, Gebühren und Provisionen und namentlich mit dem umfassenden Monitoring konnten sich die Captives in ihrem Preissetzungsverhalten implizit aufeinander abstimmen, ohne dass ein explizites Festsetzen von Preisen bzw. die Verständigung auf den Umfang und den Zeitpunkt zukünftiger Preise notwendig gewesen wäre. Das Wissen um das Preissetzungsverhalten der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten der Captives hinsichtlich ihrer Preissetzungspolitik. Mit dieser Gewissheit über die Preissetzung der Konkurrenz waren sie in der Lage, den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck untereinander zu verringern.

**6.2.3.11** Darüber hinaus geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie für die Anwendung des Vermutungstatbestandes einen Nachweis von tatsächlichen Wirkungen der Abrede fordert. So wurde oben (E. 6.2.1.9) mit Blick auf BGE 143 II 297 i.S. *Gaba* (E. 5.4.2; bestätigt mit BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.2) dargelegt, dass es genügt, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Die Abrede muss - nur, aber immerhin - geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten. Vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG werden auch Abreden, die einen preisharmonisierenden Zweck verfolgen, erfasst, ohne dass ein zusätzlicher Nachweis von tatsächlichen preisharmonisierenden Wirkungen erforderlich ist.

**6.2.3.12** Die Beschwerdeführerin stützt sich für ihre gegenteilige Auffassung, dass ein tatsächlicher Nachweis von Wirkungen der Preisabrede erforderlich ist, auf die Erwägung 10.2.3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-807/2012 vom 25. Juni 2018 i.S. *Erne*.

**6.2.3.13** Diese Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts ist allerdings vor dem Hintergrund der Einzelfallkonstellation zu sehen. In der Verfügung i.S. *Strassenbau und Tiefbau im Kanton Aargau* bejahte die Vorinstanz mangels bewiesenen Zuschlags im Rahmen einer Submissionsabrede in einem Fall (Fall 35) eine abgestimmte Verhaltensweise in Form eines Informationsaustauschs, ging allerdings bei der Prüfung der Preisabrede nicht weiter darauf ein (Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011 i.S. *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, Rz. 948 ff. und 995 ff. [abrufbar unter [www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html](http://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html); zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Das Bundesverwaltungsgericht rügte dieses Vorgehen und hielt fest, dass selbst bei weiter Auslegung des Gesetzeswortlauts in einer solchen Preisbeeinflussung (wie im Fall 35) keine Preisfestsetzung erkannt werden könne (Urteil B-807/2012, *Erne*, E. 10.2.3).

**6.2.3.14** Daraus kann indes nicht generalisierend abgeleitet werden, dass ein selbstständiger Informationsaustausch nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG fallen kann. Der im Zusammenhang mit einer Submission stehende Informationsaustausch des Falles 35 im Urteil B-807/2012 unterscheidet sich in Kontext, Art und Umfang deutlich vom vorliegenden komplexen Informationsaustauschsystem, das ein lückenloses Monitoring der Zinssätze und Provisionen ermöglichte.

**6.2.3.15** Dass komplexe Informationstausche und Informationsaustauschsysteme eine Preisabrede darstellen können, entspricht sodann auch der EU-Praxis (Urteil *Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe*; EU-Horizontalleitlinien, Rz. 74 und 59).

**6.2.3.16** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der vorliegende umfassende Informationsaustausch bzw. das Informationsaustauschsystem über Zinssätze, Restwerte, Gebühren und Provisionen sowie namentlich das lückenlose Monitoring der Zinssätze und Provisionen geeignet war, eine preisharmonisierende Wirkung bei den von den Endkunden zu entrichtenden Leasingraten zu entfalten. Die Abrede verfügte damit

über das Potenzial, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Die Beschwerdeführerin und die anderen Captives bezweckten mit dem erwähnten komplexen Informationsaustauschsystem, sich hinsichtlich der Preisbildung der Leasingraten zu koordinieren. Diese Verhaltensweisen erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

### **6.3 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

**6.3.1** Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 m.w.H.).

**6.3.2** Um die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen, sind die relevanten Märkte, welche von der Abrede betroffen sind, in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Als dann ist zu prüfen, ob auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden genügender bzw. hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb spielt (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 453 m.w.H.). Ein genügender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn das Angebot (oder die Nachfrage) der nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenz für die möglichen Handelspartner der Abredeteiligen eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellt. Entscheidend ist letztendlich die Disziplinierungsmöglichkeit und der tatsächliche Einfluss der Alternativenanbieter bzw. -nachfrager (KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 N. 462 m.w.H.).

**6.3.3** Vorliegend wurde der relevante Markt bereits oben in E. 5.4.3 in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Auf diese Erwägungen ist zu verweisen. Es ist von einem nationalen Markt für Automobileasing auszugehen, wobei die Dienstleistung des Automobileasings sich nicht auf den blossen Abschluss eines Leasingvertrages zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt, sondern das gesamte Automobileasing bzw. Automobileasinggeschäft relevant ist. Auf diesem Markt waren sowohl Captives als auch Non-Captives tätig.

**6.3.4** Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass die Captives in Konkurrenz mit den Non-Captives stehen, welche grundsätzlich nicht am untersuchten Informationsaustausch teilgenommen hätten. Diese würden einen nicht vernachlässigbaren Anteil am vorliegend relevanten Markt ausmachen. Folgerichtig schloss die Vorinstanz, es bestehe Aussenwettbewerb in Form aktueller Konkurrenz durch die Non-Captives.

**6.3.5** Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann damit bereits aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Nachfolgend bleibt somit noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabreden den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt haben.

### **6.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

**6.4.1** Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.1 (bestätigt in BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1) festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.

**6.4.2** Wie erwähnt, erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch das Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (s. E. 6.1.6 oben), und zwar in der Regel ohne Bezug auf einen konkreten Markt bzw. eine konkrete Marktwirkung (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.5; Krauskopf/Schaller, BSK KG, Art. 5 N. 99). Solche Abreden gelten im Allgemeinen bereits aufgrund ihres Gegenstandes als erheblich (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2). Tatsächliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind nicht notwendig. Eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abrede genügt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2; 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.2; Urteil B-7756/2015, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, E. 9.5).

**6.4.3** Bezugnehmend auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung stellte die Vorinstanz fest, dass mit der vorliegenden Preisabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 1 KG vorliege. Die Abrede könne aufgrund der Gesamtumstände, namentlich der Marktabdeckung der Captives und der zentralen Bedeutung des Leasingzinssatzes auf dem relevanten Markt auch nicht als Bagatelle qualifiziert werden.

**6.4.4** Die Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Art. 5 KG richten sich primär gegen die Qualifikation des vorliegenden Informationsaustausches als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (s. 6.2.2.2 f. oben). Im Bestreiten jeglicher Wettbewerbswirkungen des Informationsaustausches liegt allerdings allenfalls auch ein implizites Verneinen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG. Jedoch bringt die Beschwerdeführerin nichts gegen die Anwendbarkeit der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 KG (s. E. 6.4.2 oben) auf die vorliegende Sachlage vor.

**6.4.5** Es sind folglich keine Gründe ersichtlich, die gegen die Anwendung dieser vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze sprechen. Die vorliegende Abrede, welche eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt, erfüllt somit das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG. Tatsächliche Wettbewerbswirkungen müssen nicht nachgewiesen werden. Es genügt, wenn die Abrede den Wettbewerb, wie vorliegend, potentiell beeinträchtigt (s. E. 6.4.2 oben).

**6.4.6** Im Weiteren hat die Vorinstanz die zu beurteilende Abrede aufgrund des komplexen und umfassenden Informationsaustauschsystems sowie der Marktabdeckung der Captives (s. E. 5.2.2.19 oben) zu Recht nicht als Bagatelle qualifiziert.

**6.4.7** Die vorliegende Abrede hat den Wettbewerb somit in Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt.

Solche Beeinträchtigungen sind unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, was nachfolgend sogleich zu überprüfen ist.

## 6.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

**6.5.1** Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG). Aufgrund der Mitwirkungspflicht obliegt es dabei der Beschwerdeführerin, darzulegen, inwiefern die Wettbewerbsabrede positive Wirkung auf den Wettbewerb gehabt haben soll (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.4.2; Urteile des BVGer B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.6.2.3; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, *Dargaud [Suisse] SA*, E. 17.4.1).

**6.5.2** Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird. Ziel der Effizienzprüfung bildet, die "positiven" Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei oben genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen, und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein. Notwendig ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.; d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel) ist. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (s. Ziff. 2 oben) gegeben ist (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 7.2; 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1).

**6.5.3** Die EU-Horizontalleitlinien halten in Bezug auf Marktinformationssysteme Folgendes fest: Um die Voraussetzung der Unerlässlichkeit zu erfüllen, müssen die Parteien nachweisen, dass die Daten in Bezug auf Gegenstand, Aggregation, Alter und Vertraulichkeit sowie in Bezug auf die Häufigkeit und Tragweite des Austauschs so beschaffen sind, dass sie nur mit den Risiken verbunden sind, die im Hinblick auf die Verwirklichung der geltend gemachten Effizienzgewinne unerlässlich sind (EU-Horizontalleitlinien, Rz. 101). Diese Voraussetzung der Unerlässlichkeit entspricht der oben genannten Voraussetzung der Notwendigkeit.

**6.5.4** Die Vorinstanz erwog, selbst wenn der vorliegende

Informationsaustausch zu einer Steigerung der Effizienz hätte führen können, wäre ein solcher Effekt bereits mit aggregierten Daten möglich gewesen. Der praktizierte Informationsaustausch sei in dieser Form daher nicht notwendig gewesen. Es seien auch keine weiteren Effizienzgründe ersichtlich, welche üblicherweise mit pro-kompetitiven Informationsaustauschen erreicht werden könnten. So handle es sich insbesondere nicht um ein

Kostenbenchmarking, welches es den Unternehmen erlaubt hätte, ihre Kosten zu optimieren.

**6.5.5** Diese Erwägungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen weder Rügen vor, noch macht sie im Beschwerdeverfahren genügend substantiiert Rechtfertigungsgründe geltend.

**6.5.6** Mit der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass vorliegend keine Rechtfertigungsgründe für die Preisabrede zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives ersichtlich sind.

## 6.6 Fazit

Die Preisabrede zwischen der Beschwerdeführerin und den anderen Captives in Form eines Informationsaustausches bzw. in Form von abgestimmten Verhaltensweisen hinsichtlich Zinssätze, Provisionen, Restwerte und Gebühren sind nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG folglich unzulässig.

Zu überprüfen bleibt die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung betreffend die Genehmigung der EVR bzw. betr. die Massnahmen zur Beseitigung des Kartellrechtsverstosses (s. E. 7 unten) sowie die der Beschwerdeführerin in Dispositiv-Ziffer 2 auferlegte Sanktion von Fr. 4'421'232.- (s. E. 7.1 und 9 unten).

## 7. Massnahmen

**7.1** Die Beschwerdeführerin beantragt - ohne diesbezügliche Begründung - auch die Aufhebung von Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. In der Dispositiv-Ziffer 1 hat die Vorinstanz die EVR zwischen der Beschwerdeführerin und dem Sekretariat genehmigt. Entsprechend wurden die zwischen der Beschwerdeführerin und dem Sekretariat vereinbarten Massnahmen zur Beseitigung des Kartellrechtsverstosses formell in das Dispositiv aufgenommen.

**7.2** Der Antrag auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist vor dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, es liege keine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vor, zu sehen. Wie soeben erwähnt bringt die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren ansonsten keine Rügen dagegen vor.

**7.3** Da das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede bestätigt wird, ist folglich auch die Beschwerde hinsichtlich die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung abzuweisen.

## 8. Sanktionierung

**8.1** Art. 49a Abs. 1 KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird.

**8.2** Vorliegend ist erstellt und unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) ist. Zudem liegt eine unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG vor.

**8.3** Zu prüfen bleibt, ob der Kartellrechtsverstoss der Beschwerdeführerin auch subjektiv zurechenbar ist. Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand

subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (Urteile B-7756/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 11.1; B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.1; B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2, ROBERT ROTH, Commentaire romand, Art. 49a-53 KG N. 37 ff.).

**8.4** Die Sorgfaltspflichten ergeben sich dabei im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG. Die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten. Sie haben Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen. Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, denn die Unternehmen müssen über die Regeln des KG und über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 8.4.2; 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2; 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; Urteil des BGer 2C\_596/2019 vom 2. November 2022, *SIX*, E. 9.3.1 f.).

**8.5** Die Beschwerdeführerin hat wissentlich und willentlich mit den anderen Captives aktuelle und teilweise zukunftsbezogene Informationen zu Zinssätzen, Provisionen, Restwerte und Gebühren ausgetauscht und diese Informationen in ihr Marktverhalten einfließen lassen. Ihr hätte bewusst sein müssen, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Die Beschwerdeführerin hat den Informationsaustausch auch fortgeführt, nachdem G. \_\_\_\_\_ am Captive-Meeting vom 21. Juni 2012 darauf aufmerksam gemacht hatte, dass der Austausch zu preisbezogenen Themen kartellrechtlich problematisch sei (s. E. 4.3.7 oben). Im Übrigen hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin, welche an den Captive-Meetings teilnahmen und die durch den Informationsaustausch erlangten Informationen erhielten, Kadermitglieder waren.

**8.6** Der Kartellrechtsverstoss ist der Beschwerdeführerin somit subjektiv zurechenbar, womit auch das Verschulden gegeben ist. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG sind erfüllt.

## 9. Sanktionsbemessung

### 9.1 Allgemeines

**9.1.1** Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren. Art. 9 Abs. 3 KG ist dabei sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff.

der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) enthaltenen Kriterien bestimmt (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 8.4.2; 146 II 217, *ADSL II*, E. 9.1; 144 II 194, *BMW*, E. 6.2; 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; Urteil 2C\_596/2019, *SIX*, E. 10.1). Demnach wird der Sanktionsbetrag in folgenden drei Schritten festgelegt: Ermittlung des Basisbetrages (Art. 3 SVKG); Anpassung an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG); Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG; Urteil 2C\_596/2019, *SIX*, E. 10.1).

**9.1.2** Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten (Basisbetrag, Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründe) ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteile B-7920/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 11.2.4; B-831/2011, *SIX*, E. 1556; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709). Dieser Ermessensspielraum wird einerseits durch die Vorschriften des Bundesrates in der SVKG begrenzt und konkretisiert, andererseits wird er auch durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingeschränkt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1556; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N 61; ROTH/BOVET, Commentaire romand, Art. 49a KG Rz. 15 und 17, 28 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.231; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 41). Die Wettbewerbsinstanzen haben bei der Ermessensausübung aber auch das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, den Grundsatz des öffentlichen Interesses, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten (Zibung/Hofstetter, Praxiskommentar VwVG, Art. 49 N. 29). Die Berechnung der Sanktion ist eine Frage des Ermessens, welche das Bundesverwaltungsgericht frei überprüfen kann (BGE 147 II 72, *Pfizer II*, E. 8.5.2; Urteile 2C\_596/2019, *SIX*, E. 10.1, 2C\_39/2020, *Diffulivre*, E. 9.1.2).

### 9.2 Basisbetrag

**9.2.1** Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung ist der Basisbetrag. Der Basisbetrag beträgt nach Art. 3 SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Dieser Umsatz bildet die Grund- und Ausgangslage für die Festlegung der Sanktion. Er wird wie folgt ermittelt: (1) Feststellung der relevanten Märkte; (2) Umsätze auf diesen relevanten Märkten; (3) Anpassung an die objektive Schwere des Verstosses (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 6.2; Urteil 2C\_596/2019, *SIX*, E. 10.1).

**9.2.2** Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sehen keine gesonderte Regelung zur Bestimmung der relevanten Märkte bei der Sanktionsbemessung vor. Für die Sanktionierung gelten diejenigen Märkte als relevant, auf welche das Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise einwirkt (Urteile B-831/2011, *SIX*, E. 1568, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723). Der Begriff "relevante Märkte" ist auf die Erfassung aller derjenigen Märkte ausgerichtet, auf denen sich eine nachteilige Einwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens feststellen lässt (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1573).

**9.2.3** Für die Sanktionsbemessung kann deshalb regelmässig auf die Marktabgrenzung zum sachlich und räumlich relevanten Markt, auf welchem das wettbewerbswidrige Verhalten festgestellt wurde, abgestellt werden. Das wettbewerbswidrige Verhalten wirkt in der Regel nur auf diesen Markt ein. Es bedarf daher für die Sanktionsbemessung regelmässig keiner erneuten Feststellung des massgeblichen Marktes (Urteile B-2597/2017, Vifor, E. 15.2.3.4; B-831/2011, SIX, E. 1568 f.; B-7633/2009, ADSL II, E. 723).

**9.2.4** Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Umsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind (BGE 146 II 217, ADSL II, E. 9.2.2.1; Urteil B-2597/2017, Vifor, E. 15.2.3.2). Als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags gelten die letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens (Urteil B-7920/2015, VPVW Stammische/Projekt Repo 2013, E. 11.2.5; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 12a und 48).

**9.2.5** Nachfolgend zu überprüfen ist, ob die Vorinstanz den Basisbetrag korrekt festgelegt hat. Dazu ist namentlich der relevante Markt, auf welchen die Beschwerdeführerin mit ihrer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise eingewirkt hat, zu ermitteln und der auf diesem Markt erzielte Umsatz festzustellen.

**9.2.6** In der angefochtenen Verfügung finden sich, wie erwähnt (s. E. 3.3.4.4 ff. oben), keine Aussagen über die Feststellung der relevanten Märkte für die Sanktionsberechnung. Es geht aus der angefochtenen Verfügung auch nicht hervor, welche Umsatzzahlen die Vorinstanz der Sanktionsberechnung zugrunde gelegt hat. Auf entsprechende Anfrage des Gerichts gab die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2021 jedoch an, die Berechnung der Sanktion gegen die Beschwerdeführerin stütze sich auf den durch diese im Leasinggeschäft erwirtschafteten Umsatz. Für die Umsatzberechnung seien die jeweiligen Umsätze im Bereich des Fahrzeugleasings für PKWs, leichte Nutzfahrzeuge und Occasionsfahrzeuge als relevant erachtet worden. Die Umsätze im Bereich LKW und im Bereich des Flottenleasings seien ausgenommen worden. Zudem seien im Rahmen der EVR-Verhandlungen ausschliesslich die Zinsumsätze für die Sanktionsberechnung herangezogen worden, obschon sich die Gesamtumsätze im Leasinggeschäft im Allgemeinen aus drei Komponenten zusammensetzen: Aus der Zinskomponente und der Amortisationskomponente, welche gemeinsam die zu bezahlende Leasingraten ausmachen, sowie aus allenfalls vertraglich vereinbarten Gebühren. Die Beschwerdeführerin habe dem Sekretariat mit Schreiben vom 20. Juni 2018 einen entsprechenden schweizweiten Umsatz von Fr. [...] in den Jahren 2011 bis 2013 bekanntgegeben. Diesen Umsatz habe sie der Sanktionsberechnung zugrunde gelegt.

**9.2.7** Die Vorinstanz reichte dem Gericht mit Stellungnahme vom 7. Juli 2021 zudem das im Rahmen der EVR-Verhandlungen an das Sekretariat adressierte Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Juni 2018 ein (act. 5271). In diesem hielt die Beschwerdeführerin was folgt fest:

*"Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 15. Juni 2018, mit dem Sie uns um die Übermittlung der von unserer Klientin FCA Capital Suisse AG ("FCA") in den Jahren 2011 bis 2013 im Flottengeschäft erzielten Umsätze ersuchen. Der aggregierte, von der FCA in diesen Jahren erreichte Umsatz exklusiv Flottengeschäft beläuft sich auf CHF [...]."*

**9.2.8** Aus den Vorakten geht weiter hervor, dass die Beschwerdeführerin dem Sekretariat mit Schreiben vom 6. Februar 2017 mitgeteilt hatte, in den Jahren 2011 bis 2013 im Leasinggeschäft einen Umsatz von Fr. [...] erwirtschaftet zu haben. Diesem Schreiben liegen Kopien der Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2011 bis 2013 bei (vgl. Vorinstanz, act. 278). Ausserdem bestätigte das Sekretariat der Beschwerdeführerin anlässlich eines Treffens am 14. März 2019, dass die Sanktionsbemessung bei allen Verfügungsadressatinnen gemäss der gleichen Methodologie erfolge. Sie verwies dabei *"auf das Herausrechnen der Flottenumsätze für alle Parteien"* (vgl. Vorinstanz, act. 507).

**9.2.9** Das Gericht hat den sachlich und räumlich relevanten Markt vorliegend bereits vorne bei der Prüfung des Bestehens einer horizontalen Abrede bzw. eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Captives abgegrenzt (s. E. 5.4.3 oben). Dabei wurde von einem relevanten Markt für Automobileasing in der Schweiz ausgegangen und darauf hingewiesen, dass sich dieser Markt nicht auf den blossen Abschluss der Leasingverträge zwischen Leasinggeberin und Leasingnehmer beschränkt. Relevant sei vielmehr das ganze Automobileasing bzw. Automobileasinggeschäft (s. E. 5.4.3, insbes. E. 5.4.3.29 oben).

**9.2.10** Daraus könnte prima vista geschlossen werden, dass bei der Sanktionsberechnung auf die gesamten Umsätze im nationalen Markt für leasingfinanzierte Fahrzeuge abzustellen ist. Das wettbewerbswidrige Verhalten bestand jedoch "nur" im Austausch von Informationen über Zinsen, Restwerte, Gebühren und Provisionen. Diese Informationsaustausche wurden mit dem Austausch von Verkaufszahlen und Penetrationsraten abgerundet, was eine optimale Verwertung der anderen Informationen und eine Kontrolle des Marktverhaltens ermöglichte. Der Austausch der Zinsinformationen nahm dabei sowohl umfangmässig als auch hinsichtlich der Bedeutung die grösste Rolle ein. Es liegen keine Hinweise vor, dass die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives auch (Preis-)Informationen zu den Fahrzeugen hinsichtlich des Kaufes der Fahrzeuge durch die Leasinggeberin ausgetauscht haben. Vor dem Hintergrund der ausgetauschten Informationen erscheint es deshalb vertretbar, bei der Sanktionsbemessung nicht auf die Umsätze des gesamten nationalen Marktes für leasingfinanzierte Fahrzeuge abzustellen. Relevant für die Sanktionsberechnung erscheinen vielmehr nur die Umsätze aus den Leasingverträgen im engeren Sinn.

**9.2.11** Mit dem unzulässigen Verhalten wurde auf das Automobileasing von PKWs und leichten Nutzfahrzeugen im Neuwagen- und Occasionswagengeschäft eingewirkt, nicht jedoch auf das Leasing von LKWs. Entsprechend hat die Vorinstanz bei der Sanktionsberechnung die Umsätze aus dem Bereich LKW zu Recht ausgenommen.

**9.2.12** Bei der Sanktionsberechnung ebenso nicht herangezogen hat die Vorinstanz die Umsätze aus dem Bereich Flottenleasing. Mit den Begriffen Flotte (englisch: fleet) bzw. Fuhrpark wird die Gesamtheit der Fahrzeuge und Wagen von Organisationen wie Unternehmen oder Behörden bezeichnet (Gabler Wirtschaftslexikon, 19. Aufl. 2019, S. 1311). Ein Flottenleasing liegt beim Leasing von mehreren Fahrzeugen durch gewerbliche Leasingnehmer vor (vgl. [www.leasingmarkt.ch/ratgeber/leasing-lexikon/flotten-leasing](http://www.leasingmarkt.ch/ratgeber/leasing-lexikon/flotten-leasing) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Grössere Unternehmen können ihren Fuhrpark im Paket leasen und müssen nicht für jedes Fahrzeug einen eigenen Leasingvertrag abschliessen. In der Regel werden solche Verträge ab einem Bedarf von 5-10 Fahrzeugen eines Herstellers angeboten (vgl. [www.leasingmarkt.ch/ratgeber/leasing-lexikon/flotten-leasing](http://www.leasingmarkt.ch/ratgeber/leasing-lexikon/flotten-leasing) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Im Flottengeschäft werden regelmässig spezielle Sonderkonditionen auf den Fahrzeugpreis sowie auf die Leasingkonditionen gewährt (vgl. beispielsweise [www.mercedesbenz.ch/de/passengercars/buy/fleet-and-business/requirement.module.html](http://www.mercedesbenz.ch/de/passengercars/buy/fleet-and-business/requirement.module.html) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023] und [www.de.ford.ch/finanzierungen/ford-credit/nutzfahrzeuge/klassisches-flottenleasing](http://www.de.ford.ch/finanzierungen/ford-credit/nutzfahrzeuge/klassisches-flottenleasing) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Weiter bieten die Leasinggeberinnen nebst der Finanzierung von Fahrzeugen zusätzliche Dienstleistungen wie z.B. Servicearbeiten oder Managementlösungen an (Adrian Gantenbein, Prinzipien des Vertragsrechts, 4. Aufl. 2020, S. 269; vgl. z.B. Geschäftsberichte des Schweizerischen Leasingverbandes von 2013 [S. 19] und 2020 [S. 27], abrufbar unter: [www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/ueber-uns/geschaeftsberichte-slv/index.html](http://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/ueber-uns/geschaeftsberichte-slv/index.html) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]). Unternehmen wie ALD Automotive AG, Allane Schweiz AG, ARVAL Schweiz AG, Auto-Interleasing AG, LeasePlan (Schweiz) AG, MF Fleetmanagement AG ([www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/ueber-uns/mitglieder/index.html](http://www.leasingverband.ch/de/schweizerischer-leasingverband-slv/ueber-uns/mitglieder/index.html) [zuletzt abgerufen am 05.06.2023]) haben sich auf den Bereich des Flottenleasings spezialisiert.

**9.2.13** Beim Flottenleasing ist die Marktgegenseite somit eine andere. Betroffen sind nur Firmen und Behörden. Private Kunden gehören nicht zur Marktgegenseite. Zudem sind im Bereich des Flottenleasings, wie erwähnt, diverse spezialisierte Flottenleasing-Unternehmen tätig und es werden erweiterte Dienstleistungen angeboten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives keine spezifischen Informationen zu den Leasingkonditionen und -bedingungen im Flottenleasing ausgetauscht haben, erscheint es vertretbar, wenn die Vorinstanz davon ausging, dass mit dem unzulässigen

Verhalten nicht auf den Bereich des Flottenleasings eingewirkt wurde und sie deshalb diese Umsätze bei der Sanktionsberechnung ebenfalls nicht berücksichtigt hat.

**9.2.14** Für die Sanktionsberechnung relevant ist somit der Markt für Leasing von PKWs und leichten Nutzfahrzeugen (Neu- und Occasionsfahrzeuge) im engeren Sinn, unter Ausschluss des Flottenleasings. Mit der Vorinstanz ist deshalb bei der Sanktionsberechnung einerseits auf die Zinsumsätze aus den Automobileasingver-

trägen abzustellen, andererseits wären - entgegen der Ausführungen der Vorinstanz - aber auch die Umsätze aus den von den Leasingnehmern bezahlten Vertragsgebühren und Amortisationsraten miteinzubeziehen. Denn der Austausch von Zinsinformationen spielte zwar, wie erwähnt, die grösste Rolle und die unzulässige Verhaltensweise war geeignet, auf die Zinsen einzuwirken. Die unzulässige Wettbewerbsabrede umfasste aber namentlich auch den Austausch von Informationen zu Gebühren. Ebenso war der Austausch von Informationen zu Restwerten Bestandteil der unzulässigen Wettbewerbsabrede. Wie vorne erwähnt (s. E. 4.1.11), ergibt sich die Höhe der vom Leasingnehmer zu übernehmenden Amortisation aus der Differenz zwischen dem Nettopreis des Fahrzeuges und dem Restwert des Fahrzeuges bei Ablauf der Leasingdauer. Insofern war die unzulässige Verhaltensweise geeignet, auch auf die von den Leasingnehmern zu bezahlenden Vertragsgebühren und Amortisationsraten einzuwirken.

**9.2.15** Die Mitberücksichtigung der Umsätze aus den Vertragsgebühren und Amortisationsraten hat zur Folge, dass das Gericht bei der Berechnung des Basisbetrages von einem deutlich höheren massgeblichen Umsatz ausgehen müsste, als dies die Vorinstanz mit einem Umsatz von Fr. [...] gemacht hat. Denn namentlich die Amortisationsraten betragen ein Vielfaches der Zinsen.

**9.2.16** In der Regel ist die auszufällende Sanktion zuerst fertig zu bestimmen und dann im Ergebnis mit der angefochtenen Verfügung zu vergleichen. Droht in diesem Vergleich eine Schlechterstellung, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer reformatio in peius erfüllt sind. Zwar wurden vorliegend im Instruktionsverfahren weitere Angaben zu den Umsätzen der Beschwerdeführerin und des Fiat-Chrysler-Konzerns im relevanten Zeitraum erfragt, jedoch kam die Beschwerdeführerin dieser Aufforderung nur in einem beschränkten Umfang nach. Deshalb ist es dem Gericht gestützt auf die ihm vorliegenden Akten nicht möglich, den für die Festlegungen des Basisbetrages relevanten Umsatz unter Mitberücksichtigung der Umsätze aus den Vertragsgebühren und Amortisationsraten betragsmässig exakt festzustellen. Vorliegend ist aber ungeachtet dessen klar, dass die Mitberücksichtigung der Umsätze aus den Vertragsgebühren und Amortisationsraten im Ergebnis bei der Sanktion eine Schlechterstellung der Beschwerdeführerin zur Folge hätte. Deshalb ist nachfolgend ausnahmsweise bereits an dieser Stelle (erstmalig) zu prüfen, ob die für eine reformatio in peius notwendigen Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

**9.2.17** Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes beruht. Wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Änderung zugunsten einer Gegenpartei. Eine reformatio in peius setzt demnach zunächst eine Rechtsverletzung voraus. Zu dieser gehören auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes sowie die rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, zu der unter anderem Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung zählen (Urteil B-6888/2018 vom 18. Februar

2019, E. 11; HÄBERLI, Praxiskommentar VwVG, Art. 62 N. 23 f.).

**9.2.18** Bei Art. 62 Abs. 2 VwVG handelt es sich um eine Kann-Bestimmung, die dem Gericht einen Entscheidungsspielraum einräumt, der nach pflichtgemäßem Ermessen wahrzunehmen ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.200a; vgl. aber BGE 144 V 153 E. 4.2.4, wonach das Sozialversicherungsgericht bei Feststellung einer Rechtsverletzung verpflichtet ist, eine reformatio in peius ins Auge zu fassen). Eine solche schlechterstellende Korrektur wird nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur vorgenommen, wenn der betroffene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (Urteile des BVGers B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.2; A-4007/2016 vom 18. Mai 2018 E. 2.3, je m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.200a). Mit anderen Worten sollte eine Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids zuungunsten einer Partei nur mit grosser Zurückhaltung erfolgen (Urteile des BVGer B-3328/2015 E. 3.1; B-7492/2006 vom 12. Juli 2007 E. 2; A-6000/2008 vom 13. Juli 2010 E. 6.1; RENÉ WIEDERKEHR/CHRISTIAN MEYER/ANNA BÖHME, in: VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen, 2022, Art. 62 II. Änderung der angefochtenen Verfügung N. 12). Bei der Frage, ob eine Anwendung der reformatio in peius geboten ist, ist eine Prüfung aller relevanten Aspekte vorzunehmen, wobei sie sich auch an den Interessen der Parteien sowie dem konkret im Streit liegenden Normzweck orientieren soll (Urteil B-3328/2015 E. 3.2 m.H. auf Häberli, Praxiskommentar VwVG, Art. 62 N. 26 und Annette Guckelberger, Zur reformatio in peius vel melius in der schweizerischen Bundesverwaltungsrechtspflege nach der Justizreform, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2010, S. 96 ff und 111). Es sind die im Einzelfall betroffenen privaten und öffentlichen Interessen zu berücksichtigen und zu prüfen, ob das Interesse an der richtigen Durchsetzung des Bundesrechts eine Schlechterstellung der beschwerdeführenden Partei zu rechtfertigen vermag (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 3.200a m.H.).

**9.2.19** Die erste Voraussetzung einer reformatio in peius - das Vorliegen einer Rechtsverletzung - ist vorliegend gegeben. Die Vorinstanz hat, indem sie bei der Sanktionsberechnung nur auf die Zinsumsätze abgestellt hat, Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG nicht richtig angewandt. Es ist jedoch anzuerkennen, dass der Austausch von Zinsinformationen die grösste Rolle spielte (s. E. 9.2.10 oben). Entsprechend hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid zwar Bundesrecht verletzt, dies allerdings in nicht derart gravierender Weise, dass die Anwendung einer reformatio in peius geboten erscheint. Dem Anliegen der Verwirklichung des objektiven Rechts kommt zudem umso weniger Bedeutung zu, je mehr gleichartige Verfügungen ergangen sind (HÄBERLI, Praxiskommentar VwVG, Art. 62 N. 27; PETER BÖCKLI, Reformatio in peius - oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1980, S. 97 ff., S. 105). Vorliegend wurde die Genehmigungsverfügung nur von der Beschwerdeführerin angefochten und ist betreffend die sieben weiteren Untersuchungsadressatinnen in

Rechtskraft erwachsen. Ausserdem wurde die Untersuchung in der vorliegenden Angelegenheit bereits vor neun Jahren eröffnet und die unzulässige Preisabrede dauerte von 2008 bis 2014. Gegen eine reformatio in peius sprechen somit namentlich auch die Zeitdauer und Gesichtspunkte der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung im Unrecht. Es wäre stossend, bei der Beschwerdeführerin als einzige von acht Verfügungsadressatinnen die Umsätze aus den Gebühren und Amortisationsraten in die Sanktionsberechnung miteinzubeziehen und damit nur gegen sie eine weit höhere Sanktion auszusprechen (vgl. Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.1.4).

**9.2.20** Eine Anpassung des Basisbetrages, bei welcher neben den Zinsumsätzen auch auf die Umsätze aus den Gebühren und Amortisationsraten abgestellt wird, erscheint deshalb nicht angebracht und eine reformatio in peius somit nicht geboten.

**9.2.21** Mit der Vorinstanz wird bei der Berechnung des Basisbetrages gestützt auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Juni 2018 demzufolge von einem massgeblichen Umsatz von Fr. [...] ausgegangen (s. E. 9.2.7 oben). Die Obergrenze des Basisbetrages beläuft sich somit auf Fr. [...].

### 9.3 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

**9.3.1** Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, der Basisbetrag werde nach Schwere und Art des Verstosses gebildet. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Zu berücksichtigen ist insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (BGE 146 II 217, *ADSL II*, E. 9.2.3.2; 144 II 194, *BMW*, E. 6.4; Urteil 2C-596/2919, *SIX*, E. 10.2.3; Urteil B-710/2014, *Luftfracht*, E. 15.2.3; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N. 41). Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist angemessen Rechnung zu tragen (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 6.4; 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1 f.; Urteile des BVGer B-710/2014, *Luftfracht*, E. 13.2.3; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.1 m.H.). Mit dem Verweis auf die Art des Verstosses wird der Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen (Urteil B-831/2011, *SIX*, E. 1592). Subjektive Elemente sind unbeachtlich (Urteil BGer 2C\_596/2919, *SIX*, E. 10.2.3).

**9.3.2** Die Vorinstanz erwog, die Schwere der Zuwiderhandlung sei grundsätzlich im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, würden aber in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse darstellen. Unter anderem seien horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalteten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens einzuordnen (7-10%). Tendenziell leichter zu gewichten seien Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht



durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liessen. In der Verfügung vom 10. Mai 2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* (veröffentlicht in: RPW 2012/3, S. 615 ff.) habe sie ebenfalls einen Informationsaustausch zu beurteilen gehabt und einen Basisbetrag von 7% angesetzt. Da dort anders als vorliegend eine Wettbewerbsbeseitigung bejaht worden sei, rechtfertige sich hier ein tieferer Basisbetrag von 6%. Ausserdem sei die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Captives im Innenwettbewerb primär Fahrzeuge der eigenen Marke finanziert hätten, weshalb der Basisbetrag weiter auf 5% zu senken sei.

**9.3.3** Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, der Basisbetrag sei von 5% auf 3% des relevanten Umsatzes herabzusetzen. Der Informationsaustausch im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, welcher die Vorinstanz zur Festlegung des Basisbetrages als Vergleich heranziehe, unterscheide sich grundlegend vom vorliegenden Informationsaustausch. Jener habe einen Informationsaustausch über künftige Preiserhöhungen betroffen und unmittelbar die Erhöhung aktueller Preise bezweckt. Vorliegend habe der Informationsaustausch nicht der Preisfestsetzung oder -erhöhung gedient, sondern lediglich der Information anderer Captives über die jüngsten Marktentwicklungen. Es handle sich um einen folgenlosen Informationsaustausch. Die Beschwerdeführerin habe sich aus dem Informationsaustausch weder bereichert noch sonst wie geldwerte Vorteile erzielt. Deshalb sei ihr Fall eher mit dem Fall *ASCOPA* (Verfügung der WEKO vom 31. Oktober 2011 i.S. *ASCOPA* [veröffentlicht in: RPW 2011/4, S. 529 ff.]) vergleichbar, bei welchem der Informationsaustausch nicht darauf abgezielt habe, sich auf ein bestimmtes Preisniveau zu einigen. Solche Fälle würden sich grundlegend von einer Hardcore-Preisabrede, die unmittelbar auf die Erhöhung der auf dem Markt angebotenen Preisen abziele, unterscheiden.

**9.3.4** Es sei deshalb unangemessen, vorliegend gleich wie im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* von einem Basisbetrag von 7% auszugehen und anschliessend 2% abzuziehen, da der Wettbewerb nicht beseitigt und der interne Wettbewerb nur teilweise eingeschränkt worden sei. Vielmehr sei der Ausgangspunkt der Berechnung bei 5% des relevanten Umsatzes festzulegen, da ein Informationsaustausch über Preiskomponenten ganz anderer Natur sei als eine Hardcore-Preisabrede. Denn die Auswirkungen seien im Vergleich unbedeutend. Von diesen anfänglichen 5% seien aus den oben genannten Gründen 2% abzuziehen, womit der Basisbetrag bei 3% des relevanten Umsatzes festzulegen sei. Ausserdem sei die Vorinstanz verpflichtet, bei der Sanktionsbemessung, den Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung sowie die effektive Wirksamkeit des Verstosses, konkret die Schwere und Art des Verstosses, zu berücksichtigen. Die Vorinstanz äussere sich jedoch nicht zu den Auswirkungen des Wettbewerbsverstosses. Sie trage bei der Sanktionsbemessung dem Umstand, dass der Informationsaustausch keine Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt habe, keine Rechnung. Anstatt sich mit den konkreten Umständen des vorliegenden Informationsaustausches auseinanderzusetzen, ziehe sie die Analogie zum Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*. Damit verletze sie

die Vorgaben nach Art. 3 SVKG. Mit dem unpassenden Analogieschluss werde sodann Ungleiches einander gleichgestellt, womit auch eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 BV vorliege.

**9.3.5** Die Vorinstanz führte im Beschwerdeverfahren aus, es sei aufgrund der Dauer, der hohen Frequenz und des Detaillierungsgrades des Informationsaustausches sowie des Austausches von teilweise zukünftigen Zinssätzen und des Einflusses auf die Strategie der Captives legitim, vorliegend gleich wie im Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* den anfänglichen Basisbetrag bei 7% anzusetzen. Die Umstände des Einzelfalls seien weiter mit der Absenkung um 2% angemessen berücksichtigt worden. Zudem sei der Vergleich mit dem Fall *ASCOPA* aufgrund des Austausches von zukünftigen Informationen und des lückenlosen Monitorings der Entwicklung der Zinssätze unzutreffend. Der Sachverhalt im Fall *ASCOPA* sei anders als der vorliegende nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert worden. Sie habe sich auch nicht mit einer reinen Analogie zu einem bereits beurteilten Fall begnügt. Der Fall *Komponenten für Heiz-, Kühl-, und Sanitäranlagen* habe lediglich den Ausgangspunkt für die Festlegung des Basisbetrags gebildet. Es sei evident und diene der einheitlichen Anwendung des Kartellrechts sowie der Rechtssicherheit, bei Sachverhalten, die dieselben Verhaltensweisen (abgestimmte Verhaltensweise durch Informationsaustausch) zum Gegenstand hätten, auf bereits ergangene Praxis zurückzugreifen.

**9.3.6** Mit dem Vorbringen, die Vorgaben gemäss Art. 3 SVKG seien nicht eingehalten, da der Informationsaustausch keine Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt habe, mache die Beschwerdeführerin erneut geltend, die Auswirkungen des Informationsaustausches seien nicht genügend nachgewiesen. Für das Vorliegen einer Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise sei jedoch nicht vorausgesetzt, dass sich die Marktteilnehmer homogen bzw. parallel verhielten. Es reiche aus, wenn das Marktverhalten nicht mehr selbständig erfolge und aufgrund der Abstimmung die dem freien Wettbewerb immanenten Unsicherheiten und Risiken umgangen würden. Ausserdem hätten diverse Verfügungsadressatinnen bestätigt, dass sie ihre Preisstrategie auch kurzfristig anpassen konnten, mithin eine Umsetzung der Abrede stattgefunden habe. Schliesslich sei der konkrete Sanktionsbetrag umso mehr vertretbar, als der Beschwerdeführerin aufgrund des Abschlusses einer EVR sowie für die gemachten Eingeständnisse je eine Sanktionsreduktion von 15% und 20% gewährt worden sei. Die Sanktionshöhe von Fr. 4'421'232.- erweise sich nicht als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht.

**9.3.7** Für das Gericht fällt bei der Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses vorliegend Folgendes ins Gewicht: Die Beschwerdeführerin hat den Tatbestand einer unzulässigen, als besonders schädlich zu wertenden Preisabrede erfüllt (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.4). Sie hat den Wettbewerb dabei nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Sie beteiligte sich von Beginn weg an der Abrede und übernahm eine aktive Rolle, namentlich durch die Organisation und die Administration des monatlichen Austausches der Son-

der- und Standardzinssätze. Ihre Tatbeiträge sind insgesamt als hoch zu beurteilen. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Captives gingen beim Informationsaustausch systematisch vor. Das Informationsaustauschsystem wurde über eine lange Dauer erfolgreich aufrechterhalten und der Austausch erfolgte in einer hohen Frequenz. Auch hat sich die Beschwerdeführerin nicht aus eigener Initiative entschieden, das unzulässige Verhalten abubrechen. Sie hat es bis zur Untersuchungseröffnung weitergeführt.

**9.3.8** Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, der Informationsaustausch habe nicht der Preisfestsetzung oder -erhöhung, sondern nur der Information anderer Captives über die jüngsten Marktentwicklungen gedient, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn die oben vorgenommene rechtliche Würdigung hat ergeben, dass eine Abrede über die Festsetzung von Preisen vorliegt (s. E. 6.2.3.9 ff.). Das Wissen um das Preissetzungsverhalten der Konkurrenten diene als Grundlage für das eigene Verhalten der Captives hinsichtlich ihrer Preissetzungspolitik. Die Abrede war geeignet eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten. Es ist erwiesen, dass der systematische Informationsaustausch nicht nur der blossen Information der anderen Captives gedient hat. Die ausgetauschten Informationen haben das Marktverhalten beeinflusst. Die erhaltenen Informationen wurden effektiv verwendet und berücksichtigt (s. E. 5.2.3.18 ff. oben).

**9.3.9** Ebenso nicht gefolgt werden kann dem Einwand der Beschwerdeführerin, der Informationsaustausch sei folgenlos geblieben. Denn mit der Feststellung einer abgestimmten Verhaltensweise (vgl. E. 8.10.4.3 und 8.10.4.5 oben) liegt eine Umsetzung vor. Entsprechend zeitigte die Abrede auch Auswirkungen (Urteil B-7920/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 11.2.6; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 10d). Im Übrigen unterliegt nach der Rechtsprechung zu Art. 49a KG auch ein Verstoss, aus dem kein Umsatz resultiert, der Sanktionierung (Urteile B-7920/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 11.2.6; B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.1 ff.).

**9.3.10** Das abstrakte Gefährdungspotenzial der vorliegenden unzulässigen Abrede erweist sich als erheblich, auch wenn effektive Auswirkungen des Wettbewerbsverstosses nur im beschränkten Umfang nachgewiesen wurden. Insgesamt ist unter Berücksichtigung aller Faktoren von einem mittelschweren Fall auszugehen. Deshalb ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den Basisbetrag im Ergebnis auf 5% festgesetzt hat.

**9.3.11** Wie oben erwähnt (s. E. 9.3.2), hat die Vorinstanz in ihren Erwägungen zur Festlegung des Basisbetrages auf bereits ergangene Praxis, namentlich auf die Verfügung vom 10. Mai 2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* (veröffentlicht in: RPW 2012/3, S. 615 ff.) zurückgegriffen.

**9.3.12** Nach dem verfassungsmässigen Gebot der Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1 BV ist Gleiches nach der Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es gebietet deshalb, dass vergleichbare Fälle, etwa horizontale oder vertikale Abreden, gleich zu behandeln sind. Das heisst,

vergleichbare Fälle sind unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall mit einer Sanktion in derselben Grössenordnung zu belegen (Tagmann/Zirlick, BSK KG, Art. 49a N. 23).

**9.3.13** Die Vorgehensweise der Vorinstanz bzw. die Bezugnahme auf die Verfügung vom 10. Mai i.S. *Komponenten für Heiz- Kühl- und Sanitäranlagen* ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. In jenem Fall war wie vorliegend ein Informationsaustausch zu beurteilen, wobei ein Basisbetrag von 7% festgelegt wurde. In beiden Fällen lag eine Abrede über die Festsetzung von Preisen vor (s. E. 9.3.8 oben). Insofern liegen vergleichbare Fälle vor. Die Vorinstanz hat aber auch die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt (s. E. 9.3.2 und 9.3.5 ff. oben). So setzte sie im vorliegenden Fall aufgrund der unterschiedlichen Auswirkungen - namentlich aufgrund des Umstandes, dass hier anders als im Fall i.S. *Komponenten für Heiz- Kühl- und Sanitäranlagen* keine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt - den Basisbetrag tiefer an.

**9.3.14** Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, der hier zu beurteilende Fall sei eher mit dem Informationsaustausch im Fall *ASCOPA* vergleichbar, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich dies aufgrund des Austausches von zukünftigen Informationen und des lückenlosen Monitorings der Entwicklung der Zinssätze als unzutreffend erweist. Der Sachverhalt im Fall *ASCOPA* wurde anders als der vorliegende nicht als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG qualifiziert. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 i.S. *Estée Lauder* auf eine Prüfung von Art. 5 Abs. 3 KG verzichtet (Urteil B-141/2012, *Estée Lauder*, E. 6.1.4).

**9.3.15** Des Weiteren erscheint die Festlegung des Basisbetrages auf 5% auch im Vergleich mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2022 i.S. *Abreden im Bereich Luftfracht* angemessen, in welchen ebenfalls eine unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG in Form eines Informationsaustausches bejaht wurde. Der Verstoss lag wie vorliegend in einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Basisbetrag wurde auf 5 bzw. 6% festgelegt (Urteile des BVGer B-710/2014, B-786/2014, B-747/2014, B-787/2014, B-761/2014, *Luftfracht*, E. 15.2.3 bzw. E. 14.2.3 und E. 13.2.3).

**9.3.16** Insgesamt ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Festlegung des Basisbetrages das Rechtsgleichheitsgebot nicht verletzt hat. Im Ergebnis ist von einem mittelschweren Fall auszugehen, womit der von Vorinstanz auf 5% festgelegte Basisbetrag zu bestätigen ist. Dies entspricht einem Basisbetrag in der Höhe von Fr. [...].

#### **9.4 Berücksichtigung der Dauer des Verstosses**

**9.4.1** Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, als dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist.

**9.4.2** Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass bei einem Wettbe-

werbsverstoss mit Dauercharakter während der ersten fünf Jahre grundsätzlich eine stufenweise Erhöhung um 0.8333% je angefangenen Monat vorzunehmen ist, sofern besondere Umstände fehlen und dem Wettbewerbsverstoss von Anfang an im Wesentlichen die gleichen Wirkungen über die jeweilige Zeitdauer zuzusprechen sind. Soweit die nachteiligen Einwirkungen im Einzelfall nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkungen allerdings nicht gleichmässig über die gesamte Zeitdauer, sondern verstärkt während bestimmter Phasen auftreten, besteht auch die Möglichkeit zu einer variablen Ansetzung der Erhöhung (Urteil B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; B-831/2011, *SIX*, E. 1600; B-2597/2017, *Vifor*, E. 15.2.5.2). Das Bundesgericht hat diese Erhöhung als bundesrechtskonform beurteilt (Urteil 2C\_985/2015, *ADSL II*, E. 9.3).

**9.4.3** Die Vorinstanz erwog, der Basisbetrag sei aufgrund der Dauer der Teilnahme der Beschwerdeführerin am Informationsaustausch von Juli 2008 bis zum Tag der Hausdurchsuchung um 77,5% zu erhöhen. Dies entspreche einer linearen Erhöhung von 0.8333% für jeden der 93 Monate.

**9.4.4** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz gehe damit von einem Vermutungstatbestand aus, anstatt sich mit den konkreten Umständen des Einzelfalls auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, ein ökonomisches Gutachten einzuholen und sich mit den konkreten Auswirkungen der Wettbewerbsabrede auseinanderzusetzen.

**9.4.5** Die Vorinstanz hält diesen Vorbringen entgegen, es stelle eine Tatsache und keine Vermutung dar, dass sich die Beschwerdeführerin mit den anderen Captives während 93 Monaten über Standard- und Sonderzinsätze ausgetauscht habe. Zur Bestimmung des Dauerzuschlages habe sie diese Tatsache im Hinblick auf die bestehende Praxis des Bundesverwaltungsgerichts gewürdigt.

**9.4.6** Die Beschwerdeführerin hat unbestritten vom Juli 2008 bis zur Hausdurchsuchung im März 2014, d.h. während 93 Monaten, am Informationsaustausch teilgenommen. Der Inhalt und die Art des Informationsaustausches waren im Wesentlichen über die gesamte Zeitdauer gleich. Besondere Umstände fehlen. Dem Wettbewerbsverstoss kann vorliegend über die gesamte Dauer die gleiche Wirkung zugesprochen werden. Im Übrigen wurde bereits oben (s. E. 6.2.1.9 und 6.2.3.11) festgehalten, dass der Nachweis von tatsächlichen Wirkungen der Abrede nicht erforderlich ist.

**9.4.7** Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Erhöhung des Basisbeitrages bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren erscheint mit der Vorinstanz eine lineare Erhöhung von 0.8333% für jeden der 93 Monate angemessen. Somit ist der Basisbetrag aufgrund der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens von 93 Monaten (Juli 2008 bis März 2014) mit der Vorinstanz um 77,5% bzw. um Fr. [...] zu erhöhen.

**9.4.8 Zu prüfen bleibt das Vorliegen von erschwerenden und/oder mildernden Umständen.**

## 9.5 Erschwerende Umstände

**9.5.1** Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag bei Vorliegen erschwerender Umstände erhöht. Als erschwerende Umstände nennt Art. 5 Abs. 1 SVKG drei Gründe: (i) das Unternehmen hat wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen, (ii) das Unternehmen hat mit dem Verstoss einen Gewinn erzielt, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausfällt, (iii) das Unternehmen hat die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht, die Untersuchungen sonst wie zu behindern. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

**9.5.2 Vorliegend sind keine erschwerende Umstände ersichtlich.**

## 9.6 Mildernde Umstände

**9.6.1** Bei Vorliegen von mildernden Umständen ist gemäss Art. 6 SVKG eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen. Als mildernder Umstand wird in Art. 6 Abs. 1 SVKG die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens gemäss Art. 26-30 KG statuiert. Dabei müssen die eigenen Massnahmen derart sein, dass die wettbewerbswidrigen Handlungen aus eigenem Antrieb eingestellt werden (BGE 146 II 217, *ADSL II*, E. 9.4). Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Die Aufzählung ist nicht abschliessender Natur. Daher sind auch sonstige mildernde Umstände bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (Urteile B-2597/2017, *Vifor*, E. 15.2.7.1; B-831/2011, *SIX*, E. 1628; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 778).

**9.6.2** Die Vorinstanz gewährte der Beschwerdeführerin für den Abschluss einer EVR eine Sanktionsreduktion von 15%. Zusätzlich reduzierte sie die Sanktion für die gemachten Eingeständnisse bzw. für die besonders gute Kooperation durch Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung um weitere 20%.

**9.6.3** Gemäss Lehre und Praxis stellt eine besonders gute Kooperation eines Unternehmens, das Untersuchungsadressatin eines Kartellsanktionsverfahrens ist, ausserhalb der Bonusregelung einen Milderungsgrund im Sinne von Art. 6 SVKG dar (Urteile B-2597/2017, *Vifor*, E. 15.2.7.12; B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.8; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 7.4.5.3 und E. 8.3.6; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 12; PETER PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14; ROTH/BOVET, Commentaire romand, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 75, 86).

**9.6.4** Voraussetzung für die Annahme einer besonders guten Kooperation ist, dass die Mitwirkung über den Umfang hinausgeht, zu dem die Untersuchungsadressatin aufgrund ihrer Auskunftspflicht nach Art. 40 KG i.V.m. Art. 13 VwVG ohnehin verpflichtet war (Urteile B-2597/2017, *Vifor*, E. 15.2.7.12; B-8386/2015,

*Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.8; PETER PICHT, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N. 15; ROTH/BOVET, Commentaire romand, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 74 f., 86).

**9.6.5** Die Bestimmung von Art. 6 SVKG regelt nicht, nach welchen Kriterien die Minderung zu bemessen ist, zumal der Sanktionsmilderungsgrund der besonders guten Kooperation in Art. 6 SVKG gar nicht explizit erwähnt wird. Als sachgerechtes Kriterium für die Bemessung einer Minderung der Sanktion infolge besonders guter Kooperation erscheint mit Blick auf die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 SVKG, welche die Sanktionsreduktion für Folgeanzeiger im Rahmen der Bonusregelung an die Wichtigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg knüpft, der Umfang, in dem die Beschwerdeführerin den Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert hat (in diesem Sinne auch Urteil B-2597/2017, Vifor, E. 15.2.7.13 f.; PETER PICHT, OFK Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SVKG N. 14; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 86).

**9.6.6** Lehre und Praxis gehen davon aus, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als gute Kooperation gewürdigt und mit einer Reduktion der Sanktion honoriert wird (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 87; BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N. 44 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N. 56; Urteil B-2597/2017, Vifor, E. 15.2.7.8 mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis der Vorinstanz; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11).

**9.6.7** Des Weiteren kann eine besonders gute Kooperation im Liefern von Hinweisen, in der Erteilung von Auskünften und der Herausgabe von Unterlagen, nach welchen die Behörden nicht spezifisch gefragt haben, oder im Anerkennen des von den Behörden dargelegten Sachverhalts bestehen (TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 75, 86). Die Sanktionsminderung der Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung wird in der Lehre nur wenig diskutiert (vgl. RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht / Le point sur le droit des cartels, SJZ 116/2020 S. 299 ff., S. 301; BEURET, Die einvernehmliche Regelung, Rz. 114 m.H.). Im Merkblatt des Sekretariats der WEKO zur Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018 (Rz. 12) wird festgehalten, dass "eine besonders gute Kooperation nach Art. 6 Abs. 1 SVKG praxisgemäss mit bis zu 20 % sanktionsmildernd berücksichtigt" werde, wobei "z.B. das freiwillige Einreichen von Beweismitteln oder die Anerkennung des Sachverhalts in Frage [komme]." In der Praxis hat die Vorinstanz soweit ersichtlich bisher in zwei publizierten Fällen aufgrund einer Sachverhaltsanerkennung die Sanktion gemindert. Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht haben sich zu diesem möglichen Sanktionsmilderungsgrund bisher nicht geäußert.

**9.6.8** Nachfolgend wird in E. 9.6.9 auf die von der Vorinstanz gewährte Sanktionsreduktion infolge Unterzeichnung einer EVR eingegangen. Anschliessend wird die gewährte Sanktionsmilderung infolge besonders guter Kooperation gestützt auf die Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung überprüft (s. E. 9.6.14 ff. unten).

(i) *Sanktionsmilderung infolge Unterzeichnung einer EVR*

**9.6.9** Bei der Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion infolge Abschlusses einer EVR wird insbesondere der Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung berücksichtigt. Die Höhe der Reduktion hängt davon ab, wie früh im Verfahren die einvernehmliche Regelung zustande kommt, ob durch den Abschluss der einvernehmlichen Regelung die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und der Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert werden kann (BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N. 44 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a N. 56; Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11).

**9.6.10** Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass vorliegend das Verfahren bei Unterzeichnung der EVR bereits weit fortgeschritten war. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Vorinstanz waren sämtliche im Rahmen der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen ausgewertet und der Antrag zu grossen Teilen fertiggestellt. Der Antrag wurde den Verfügungsadressatinnen jedoch noch nicht gestellt.

**9.6.11** Im Weiteren erscheint es vertretbar, dass die Vorinstanz zusätzlich den Umstand berücksichtigt hat, dass einige Verfügungsadressatinnen bereits deutlich früher (im Januar 2016) Interesse an Verhandlungen zum Abschluss einer EVR geäußert hatten, das Sekretariat damals jedoch noch nicht darauf eintrat, was nicht den Parteien angelastet werden kann.

**9.6.12** Insgesamt und unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis der Vorinstanz kann die gewährte Sanktionsreduktion von 15% deshalb als angemessen bezeichnet werden.

**9.6.13** Der unter Berücksichtigung der Art und Schwere sowie der Dauer der Widerhandlung festgestellte Zwischenbetrag (Fr. [...] [Fr. {...} + Fr. {...}]) ist somit um Fr. [...] zu reduzieren.

(ii) Sanktionsmilderung infolge besonders guter Kooperation bzw. gestützt auf Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung

**9.6.14** Zu überprüfen bleibt somit die von der Vorinstanz gewährte Sanktionsmilderung infolge besonders guter Kooperation gestützt auf die Unterzeichnung einer Sachverhaltsanerkennung im Umfang von 20%.

**9.6.15** Wie erwähnt (s. Bst. B.e oben), unterzeichnete die Beschwerdeführerin am 14. Dezember 2018 eine Sachverhaltsanerkennung, worin sie bestätigte, mit den anderen Untersuchungsadressatinnen zwischen Juli 2006 und März 2014 im Rahmen der Captive-Meetings und bilateral Informationen ausgetauscht zu haben. Der Austausch habe detaillierte, unternehmensspezifische, nicht öffentliche, aktuelle oder zukunftsbezogene Informationen umfasst, wobei das Ergebnis der ausgetauschten Informationen nicht allgemein zugänglich gemacht worden sei. Es seien Informationen zu folgenden Themen ausgetauscht worden: (1) Standard- und Sonderzinssätze für Leasing und Kredit (monatlich); (2) zukünftige Zinssätze für gewisse der jährlich stattfindenden

Automessen in Genf und Zürich; (3) *Financing Market Benchmarking*, mit Penetrationsraten der Unternehmen (halbjährlich); (4) von Leasingnehmern verlangte Gebühren; (5) Restwert- und Auflösetabellen; (6) die Höhe der an Händler ausgerichtete Provisionen; (7) interne Verrechnungssätze zwischen Importeuren und Leasinggesellschaften; (8) Vorgehen und Gebühren bei einer Rückerstattung der Mehrwertsteuer an die Kunden.

**9.6.16** Die Unterzeichnung der Sachverhaltsanerkennung durch die Beschwerdeführerin erfolgte gleichentags wie die Unterzeichnung der EVR. Zu diesem Zeitpunkt waren die EVR mit MBFS, AMAG Leasing, BMW Finanzdienstleistungen, RCI, Multilease, Opel Finance und PFSU bereits abgeschlossen. Das Verfahren war weit fortgeschritten (s. Bst. B.a oben). Mehrere Verfügungsadressatinnen hatten im Rahmen von Bonusmeldungen zahlreiche Beweismittel vorgelegt. Zudem waren sämtliche bei den Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Unterlagen ausgewertet. Es lagen damit bereits umfangreiche Beweismittel für den Informationsaustausch zu den in der Sachverhaltsanerkennung erwähnten Themen und zur Teilnahme der Beschwerdeführerin vor. Im Übrigen war auch der Antrag gemäss den Ausführungen der Vorinstanz zu grossen Teilen fertiggestellt (s. E. 9.6.9 oben). Der Umfang, mit welchem die Beschwerdeführerin durch Unterzeichnung der Sachverhaltsanerkennung den Nachweis des Kartellrechtsverstosses erleichtert hat, erscheint daher gering.

**9.6.17** Im Weiteren stellt sich die Frage, ob sich der objektive Mehrwert der Sachverhaltsanerkennung aufgrund der Einwände der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren noch weiter minimiert hat. So macht die Vorinstanz geltend, die Beschwerdeführerin bestreite den Sachverhalt im Beschwerdeverfahren, weshalb die Sanktionsreduktion für die besonders gute Kooperation in Form einer Sachverhaltsanerkennung konsequenterweise zu widerrufen sei.

**9.6.18** In ihren Eingaben im Beschwerdeverfahren verneint die Beschwerdeführerin allerdings nicht, zu den in der Sachverhaltsanerkennung erwähnten Themen mit den anderen Captives Informationen ausgetauscht zu haben. Namentlich bestreitet sie auch ihre Teilnahme am monatlichen Austausch über Standard- und Sonderzinssätze und am halbjährlichen Austausch der Penetrationsraten nicht. Gleiches gilt für die bilateralen Austausche und die Teilnahme an den in der Regel viermal im Jahr stattfindenden Captive-Meetings und den gemäss Protokollen und Traktandenlisten festgehaltenen Besprechungsgegenständen.

**9.6.19** Mit Unterzeichnung der Sachverhaltsanerkennung hat die Beschwerdeführerin allerdings auch anerkannt, dass *"diese Austausch[e] [...] detaillierte, unternehmensspezifische, nicht öffentliche, aktuelle oder zukunftsbezogene Informationen umfassten, wobei das Ergebnis der ausgetauschten Informationen nicht allgemein zugänglich gemacht wurde"* (s. Beilage 2 zur Duplik vom 3. März 2021). Im Beschwerdeverfahren bezeichnet sie die Qualifikation der ausgetauschten Informationen als *"nicht öffentliche, nicht aggregierte und geheime Informationen"* nun aber als unzutreffend. Ein Grossteil der ausgetauschten Informationen sei öffentlich gewesen. Standard- und Sonderzinssätze seien

nicht individualisierte, aktuelle oder zukünftige und vertrauliche Preise, sondern eine von vielen Variablen bei der Berechnung der monatlichen Leasingraten. Auch die Vertragsgebühren, die Restwerttabellen der Fahrzeuge und die zwischen den Captives ausgetauschten Provisionen seien keine individualisierten Ad-hoc-Informationen, sondern öffentlich, leicht zugänglich und nicht vertraulich (s. E. 5.2.2.9 oben).

**9.6.20** Im Sinne eines Zwischenfazit[s] kann somit festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin die in der Sachverhaltsanerkennung bestätigten Handlungen und Verhaltensweisen im Beschwerdeverfahren nicht bestreitet und ausschliesslich in Bezug auf die Qualifikation des Austausches bzw. der ausgetauschten Informationen von der Sachverhaltsanerkennung abweichende Rügen erhebt. Bei dieser Qualifikation handelt es sich aber nicht mehr um reine Sachverhaltsfeststellungen. Sie beinhaltet namentlich auch die Beantwortung von Rechtsfragen. Insbesondere hinsichtlich der Öffentlichkeit der Daten zeigt sich, dass der Begriff der Öffentlichkeit im wettbewerbsrechtlichen Kontext auszulegen und auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden war (s. E. 5.2.2.38 oben).

**9.6.21** Eine Sachverhaltsanerkennung bedeutet nicht, dass man mit der rechtlichen Würdigung einverstanden ist. Wer einen bestimmten Sachverhalt anerkennt, kann dies losgelöst von einer rechtlichen Würdigung tun. Gestützt auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*) haben die Wettbewerbsbehörden die auf den festgestellten Sachverhalt anwendbaren Rechtsnormen grundsätzlich selber aufzufinden und anzuwenden (BEURET, Die einvernehmliche Regelung, S. 50 Rz. 114 m.w.H.). Auch in Bezug auf die Selbstanzeige hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, die im Rahmen der Selbstanzeige gelieferten Informationen und Beweismittel würden sich nur auf den Sachverhalt beziehen, womit die rechtliche Würdigung eines angezeigten Sachverhalts nicht Gegenstand der anlässlich der Selbstanzeige gemachten Sachverhaltsdarstellung sei. "Mitwirken" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG dürfe nicht ausschliessen, dass zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens eine divergierende Rechtsauffassung vertreten werde (Urteil B-8404/2010, SFS unimarket, E. 4.9).

**9.6.22** Unter Berücksichtigung dieser Umstände ergibt sich, dass der objektive Mehrwert der Sachverhaltsanerkennung im Beschwerdeverfahren durch die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen nur unwesentlich geschmälert wurde. Ihr Mehrwert zur Aufklärung der vorliegenden unzulässigen Wettbewerbsabrede war jedoch ohnehin gering (s. E. 9.6.16 f. oben).

**9.6.23** Das Gewähren einer Sanktionsreduktion von 20% für besonders gute Kooperation ausschliesslich gestützt auf eine Sachverhaltsanerkennung, welche zudem in einem sehr späten Zeitpunkt abgegeben wurde und nur einen geringen objektiven Mehrwert zur Aufklärung des Wettbewerbsverstosses aufwies, erscheint nicht angemessen; auch wenn die Wettbewerbsinstanzen in Bezug auf die Milderungsgründe und namentlich bei der Gewichtung eines mildernden Umstands über ein weites Ermessen verfügen (s. E. 9.1.2 oben; Urteile des BVGer B-2597/2017, Vifor, E. 15.2.7.14; B-2798/2018 vom

16. Februar 2021, Naxoo, E. 12.3.4; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 7.4.5.3; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 65, 75).

**9.6.24** Dies ergibt sich im Übrigen auch aus einem Vergleich mit den beiden publizierten Fällen, in welchen die Vorinstanz die Sanktion ebenfalls aufgrund einer Sachverhaltsanerkennung gemindert hat (s. E. 9.6.7 oben). Bei beiden Fällen wurde zwar ebenfalls eine Sanktionsreduktion von 15% bzw. 20% gewährt, jedoch nicht alleine für die Sachverhaltsanerkennung.

**9.6.25** In der Verfügung vom 19. August 2019 i.S. *Bauleistungen Graubünden* gewährte die Vorinstanz bei denjenigen Verfahrensparteien, welche als Nicht-Selbstanzeigerinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt und zusätzlich glaubhaft zugesichert hatten, künftig keine Abreden zu treffen, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden, eine Sanktionsreduktion von 15%. Die Sachverhaltsanerkennungen wurden dabei erst unterzeichnet, nachdem das Sekretariat den Antrag den Verfahrensparteien zur Stellungnahme übersandt hatte (Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 i.S. *Bauleistungen Graubünden* [veröffentlicht in: RPW 2020/4, S. 1727 ff.], Rz. 74 und 594). In der Verfügung vom 9. April 2018 i.S. *RIMOWA* reduzierte die Vorinstanz die Sanktion um 20% für die Sachverhaltsanerkennung und die freiwillige und sofortige Aufhebung des Exportverbots in die Schweiz nach Eröffnung der Vorabklärung durch das Sekretariat. Die Sachverhaltsanerkennung wurde unterzeichnet, nachdem das Sekretariat der Verfügungsadressatin sein vorläufiges Beweisergebnis präsentiert hatte und Verhandlungen über eine EVR aufgenommen wurden (Verfügung der WEKO vom 9. April 2018 i.S. *RIMOWA* [veröffentlicht in: RPW 2018/2, S. 363 ff.], Rz. 18 f. und 78).

**9.6.26** Da ein Verzicht oder eine Kürzung dieser Sanktionsreduktion wiederum eine Änderung der angefochtenen Verfügung zuungunsten der Beschwerdeführerin bedeuten würde, ist wie bereits oben (E. 9.2.15) zu prüfen, ob diesbezüglich die Voraussetzungen einer reformatio in peius erfüllt sind.

**9.6.27** Wie erwähnt, setzt eine reformatio in peius zunächst eine Rechtsverletzung voraus, zu welcher auch die rechtsfehlerhafte Ermessensausübung gehört. Wegen blosser Unangemessenheit darf die angefochtene

Verfügung grundsätzlich nicht zuungunsten einer Partei geändert werden (s. E. 9.2.17 f. oben). Ob in casu bei der Ermessensausübung der Vorinstanz blosser Unangemessenheit vorliegt oder ob sie das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und/oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt hat und damit eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung bzw. ein Ermessensmissbrauch (Zibung/Hofstetter, Praxiskommentar VwVG, Art. 49 N. 30) gegeben ist, kann offengelassen werden. Denn selbst wenn eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung und damit das Vorliegen einer Rechtsverletzung zu bejahen wäre, wären die weiteren Voraussetzungen einer reformatio in peius auch hier nicht erfüllt. So ist in Fällen, in denen die Vorinstanz, wie vorliegend, ein Ermessen hat, die reformatio in peius auf jene Fälle zu beschränken, in denen der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (s. E. 9.2.18 oben).

**9.6.28** Nach Einschätzung des Gerichts ist vorliegend keine offensichtlich unrichtige Entscheidung gegeben. Ein geringer objektiver Mehrwert kann der Sachverhaltsanerkennung nicht abgesprochen werden. Zudem ist eine in jeder Hinsicht exakte Beurteilung des Werts der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe nicht möglich. Im Weiteren zu berücksichtigen ist, dass Art. 6 SVKG keine Obergrenze für die Sanktionsreduktion bei mildernden Umständen vorsieht und damit Minderungen um weit mehr als 20% offen stünden, wobei allerdings eine Reduktion der Sanktion (ausserhalb der Bonusregelung) infolge besonders guter Kooperation grundsätzlich unter 50% liegen dürfte (Urteil B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.3.6; BEURET, Die einvernehmliche Regelung, S. 288).

**9.6.29** Für eine reformatio in peius besteht demzufolge kein Anlass. Die in der angefochtenen Verfügung unter dem Gesichtspunkt eines mildernden Umstandes in Form von besonders guter Kooperation zufolge Sachverhaltsanerkennung vorgenommene Sanktionsreduktion um 20% ist somit im Ergebnis ebenfalls zu bestätigen. Der festgestellte Zwischenbetrag ist zusätzlich um Fr. [...] zu reduzieren.

## 9.7 Konkreter Sanktionsbetrag

Zusammenfassend ergibt sich somit folgender Sanktionsbetrag:

|  |                         |
|--|-------------------------|
| Obergrenze Basisbetrag<br>(Art. 3 SVKG)  | Fr. 76'641'201.00       |
| Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere (Art. 3 SVKG; 5%)           | Fr. 3'832'060.05        |
| Zuschlag wegen der Dauer des Verstosses<br>(Art. 4 SVKG; 77.5%)                    | Fr. 2'969'835.04        |
| <b>Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG</b>   | <b>Fr. 6'801'895.09</b> |
| Zuschlag wegen erschwerender Umstände<br>(Art. 5 SVKG)                             | Fr. 0.00                |
| Reduktion wegen mildernder Umstände<br>(Abschluss einer EVR; Art. 6 SVKG; 15%)     | Fr. 1'020'284.26        |
| Reduktion wegen mildernder Umstände<br>(Sachverhaltsanerkennung; Art. 6 SVKG; 20%) | Fr. 1'360'379.02        |
| <b>Total</b>   | <b>Fr. 4'421'232.-</b>  |

## 9.8 Maximalsanktion

**9.8.1** Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG darf die Belastung in jedem Fall nicht mehr als 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz betragen. Dieser Maximalbetrag der Sanktion ergibt sich in der Regel aus der Addition der Umsätze der drei Geschäftsjahre vor dem Entscheid der Vorinstanz, ausnahmsweise können auch frühere Jahre berücksichtigt werden (Urteil B-7920/2015, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*, E. 11.2.5, TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a N. 12a). Wenn die Sanktion tiefer als die Maximalsanktion zustehen kommt, kann aus prozessökonomischen Gründen auf eine genaue Bestimmung der Maximalsanktion verzichtet werden (Urteile B-2597/2017, *Vifor*, E. 15.2.8.4; B-3332/2012, *BMW*, E.11.2.4).

**9.8.2** Die Vorinstanz erwog, die Maximalsanktion spiele bei keiner der Verfügungsadressatinnen eine Rolle, womit sie davon ausging, dass die Sanktion auch bei der Beschwerdeführerin tiefer als die Maximalsanktion zustehen kommt. Da die Beschwerdeführerin keine Rügen im Zusammenhang mit der Maximalsanktion vorbringt, kann auch vorliegend auf eine genaue Bestimmung der Maximalsanktion verzichtet werden.

## 9.9 Verhältnismässigkeitsprüfung

**9.9.1** Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ff. SVKG stellen zwar bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz aber im Einzelfall auch bei der

konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten (Urteile B-823/2016, *Flügel und Klaviere*, E. 6.5.1; B-831/2011, *SIX*, Rz. 1557). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2). Entsprechend soll der Busenbetrag bei kartellrechtlichen Sanktionen in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; Urteil 2C\_484/2010, *Publigroupe*, E. 12.3.2 [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]).

**9.9.2** Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass die Sanktion für die Beschwerdeführerin finanziell nicht tragbar und somit unverhältnismässig wäre. Es bestehen keine Anzeichen, dass die Beschwerdeführerin durch die Sanktion in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde. Entsprechendes bringt die Beschwerdeführerin auch nicht vor.

**9.9.3** Die von der Vorinstanz ausgesprochene Sanktion von Fr. 4'421'232.- ist im Ergebnis somit zu bestätigen.

## 10. Fazit

**10.1** Die Beschwerdeführerin hat die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt. Eventualiter hat sie die Auferlegung einer Busse verlangt, die gestützt auf einen Basisbetrag von 3 Prozent des relevanten Umsatzes zu berechnen sei (s. Bst. I.a oben).

**10.2** Das in der angefochtenen Verfügung festgestellte wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin wird durch das vorliegende Urteil bestätigt. Die Beschwerdeführerin hat sich an einer nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede beteiligt, indem sie und andere Captives im Rahmen eines Informationsaustauschsystems Informationen zu Zinssätzen, Provisionen, Restwerten und Gebühren betreffend das Automobilleasing ausgetauscht haben (s. E. 5 und 5.5.2 oben).

**10.3** Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin zu Recht mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG belastet. Die von der Vorinstanz in Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Sanktion von Fr. 4'421'232.- ist deshalb zu bestätigen (s. E. 7.1 und 9 oben). Ebenso zu bestätigen ist Ziffer 1 des Dispositivs betreffend Genehmigung der EVR, wodurch die zwischen der Beschwerdeführerin und dem Sekretariat vereinbarten Massnahmen zur Beseitigung des Kartellrechtsverstosses formell in das Dispositiv aufgenommen wurden (s. E. 7 oben).

**10.4** Das vorliegende Urteil hat sodann auch keine Auswirkungen auf die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt folglich ebenfalls bestehen. Im Ergebnis ist die Beschwerde damit vollumfänglich abzuweisen.

## **11. Kosten und Entschädigung vor dem Bundesverwaltungsgericht**

**11.1** Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihren Begehren vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Dabei ist indes der festgestellten Verletzung der Begründungspflicht (s. E. 3.3.4.5 ff. oben) angemessene Rechnung zu tragen und ein Teil der Kosten zu erlassen (BVGE 2017 I/4 E. 3 m.H.; Urteile des BVGer B-505/2022 vom 1. Februar 2023 E. 9.1; B-807/2012, *Erne*, E. 13.2.1; A-4061/2016 vom 3. Mai 2017 E. 7.1).

**11.2** Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 5'000'000.- eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 15'000.- und Fr. 50'000.- vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über die Höchstbeträge nach Art. 4 VGKE hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG festgesetzte Höchstbetrag von Fr. 50'000.- in keinem Fall überschritten werden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 4.22a).

**11.3** Die vorliegende Angelegenheit erforderte nach Umfang und Schwere einen grossen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von Fr. 4'421'232.-, der für das vorinstanzliche Verfahren auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 127'809.- und der solidarischen Haftung für die den übrigen sieben Verfügungsadressatinnen auferlegten Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 894'663.-, des Aktenumfangs, des Instruktionsverfahrens sowie des angefallenen Prüf- und Begründungsaufwands wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 30'000.- festgesetzt. Der festgestellten Verletzung der Begründungspflicht ist in Form einer Reduktion der Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1000.- Rechnung zu tragen. Die Verfahrenskosten sind deshalb im Umfang von Fr. 29'000.- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

**11.4** Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Mit Verfügung vom 18. September 2019 wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 35'000.- erhoben, welcher mit Verfügung von 28. November 2019 auf das vorliegende Beschwerdeverfahren (Fr. 30'000.-) und das Klageverfahren B-6759/2019 (Fr. 5'000.-) aufgeteilt wurde. Das Klageverfahren wurde rechtskräftig abgeschlossen und die dafür erhobenen Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- bereits abgerechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

**11.5** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen. Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin steht vorliegend angesichts ihres Unterliegens grundsätzlich keine Parteientschädigung zu. Analog zu den vorstehenden Ausführungen über die Verfahrenskosten (s. E. 11.1) rechtfertigt es sich indessen, der Beschwerdeführerin aufgrund der von der Vorinstanz begangenen Verletzung der Begründungspflicht eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.- zuzusprechen (Urteile B-505/2022 E. 9.1; A-4061/2016 E. 7.1). Dieser Betrag ist die Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 29'000.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen und die Differenz von Fr. 1'000.- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.
4. Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]



|     |  |
|-----|--|
| B 3 | <b>2. Arrêt du 16 février 2021 – Abus de position dominante – Sanction, Supermédia</b> |
|-----|--|

*Arrêt B-2798/2018 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, en la cause Naxoo SA, représentée par [...], recourante, contre Pascal Emery, représenté par [...], intimé, Commission de la concurrence COMCO, à Berne, autorité inférieure. Objet: Abus de position dominante - Sanction, Supermédia*

**Faits:**

**A.**

**A.a** Naxoo SA (ci-après: la recourante), anciennement 022 Télégénève SA, est une société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but est d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications. Elle est détenue à hauteur de [...] % par la Ville de Genève et de [...] % par la société UPC Cablecom Holdings GmbH.

Elle n'est toutefois active que dans le service de base limité à la radio et à la télévision et n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à ces services (télé-réseau); le contenu radio-TV (programmes) est entièrement fourni par UPC Suisse Sàrl (ci-après: UPC). La recourante n'a en outre jamais fourni de services aux consommateurs dans le domaine d'Internet ou de la téléphonie, ces services étant toujours proposés par UPC. De même, elle ne fournit pas non plus de services à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique) aux consommateurs.

**A.b** Pascal Emery (ci-après: l'intimé) est titulaire de la raison individuelle Gératronic, Pascal Emery, laquelle a pour but les études, les recherches, les développements et les installations dans le domaine de la radiotechnique, les installations d'antennes de radio et de télévision et l'étude d'installations pour la réception et la distribution des programmes radio-TV et commerce en gros de matériel s'y rapportant. Les interlocuteurs de Gératronic sont ceux des télé-réseaux ou des systèmes comparables, soit des ingénieurs, électriciens, régies immobilières, architectes, entreprises générales, de la clientèle privée ou encore des installateurs radio-TV.

**B.**

Avant d'exposer plus en détails le déroulement de l'enquête et de la procédure en cours, il y a lieu de préciser quelques concepts techniques.

**B.a** Pour pouvoir bénéficier de services de télécommunications filaires, chaque unité d'habitation d'un immeuble doit être équipée de l'infrastructure nécessaire pour consommer de tels services. Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles équipent chaque unité d'habitation d'une ou plusieurs IDI (installation de distribution d'immeubles; infrastructure verticale). Il existe trois

sortes d'IDI: l'IDI coaxiale, l'IDI cuivre et l'IDI fibre optique. Chaque IDI est ensuite reliée à un point d'entrée dans l'immeuble (Building Entry Point, BEP) situé généralement au sous-sol de l'immeuble, lui-même raccordé à une infrastructure collective (infrastructure horizontale) donnant accès au réseau. Ce raccordement se fait généralement par le biais d'une convention conclue entre le propriétaire de l'immeuble et le fournisseur d'accès au réseau, détenteur de l'infrastructure horizontale correspondante.

Chaque IDI ne peut, en principe, être raccordée qu'à un seul type d'infrastructure horizontale et ne permet donc l'accès qu'à un seul réseau filaire: l'IDI coaxiale est raccordée au télé-réseau, l'IDI cuivre au réseau DSL de Swisscom et l'IDI fibre optique au réseau du même nom. Cette restriction est due notamment à une différence entre la technologie utilisée pour transmettre les signaux: d'une part, la technologie *Community Antenna Television* CATV utilisée par le télé-réseau et, d'autre part, la technologie Internet Protocol Television IPTV utilisée par le réseau DSL de Swisscom et le réseau de fibre optique.

Il existe deux configurations possibles pour les IDI coaxiales: la configuration « en série » et la configuration « en étoile ». Dans une configuration « en série », les différentes unités d'habitation sont dépendantes les unes des autres et partagent toutes le même signal. Le seul moyen de bloquer le signal consiste à « plomber » la prise. La configuration « en étoile » permet de connecter ou de déconnecter chaque unité d'habitation de manière indépendante, depuis le local technique de l'immeuble, sans influencer les autres unités et sans devoir accéder à l'appartement.

L'IDI coaxiale possède un canal retour permettant le retour d'informations et l'interactivité pour les services de téléphonie, Internet, commande de vidéos à la carte, visiophonie, pilotage de fonctions, etc. Le canal retour offre ainsi une possibilité de communication entre le prestataire de services de télécommunications et le consommateur.

**B.b** Les consommateurs, qui résident dans les unités d'habitation, entrent en relation commerciale avec le prestataire de services de télécommunications de leurs choix, selon les infrastructures verticales disponibles dans l'unité d'habitation et raccordées par le propriétaire d'immeuble au réseau correspondant. Le prestataire de services de télécommunications peut également agir comme fournisseur d'accès au réseau s'il est le propriétaire de l'infrastructure horizontale. Il peut cependant n'être qu'un opérateur dit « virtuel » et louer, à ce titre, l'accès au réseau correspondant au fournisseur d'accès.

**B.c** Traditionnellement, les prestataires de services de télécommunications offrent des services de base (télévision, radio, internet bas débit, etc.) et à valeur ajoutée (internet haut débit, télévision numérique interactive,

etc.) dans le domaine de la radio/télévision, de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet. Dans l'industrie des télécommunications, on parle généralement de « triple play » lorsque ces trois services sont fournis dans le cadre d'un contrat unique ou de « dual play » lorsque seuls deux des trois services sont fournis. Chaque prestation peut également être fournie individuellement.

**B.d** Certains services de télécommunications peuvent également être captés via une plateforme satellite ou TNT (Télévision numérique terrestre).

**B.d.a** La réception satellitaire est possible de deux manières: par des paraboles individuelles, directement reliées sur l'appareil de réception du consommateur, ou par une parabole collective installée en toiture d'immeuble. Le signal est alors injecté dans l'IDI coaxiale et distribué dans les différentes unités d'habitation au moyen de cette dernière.

Il existe différentes possibilités d'installer, dans un immeuble, un système satellitaire collectif:

Configuration « A »:

Au niveau du local technique de l'immeuble, le signal du télé-réseau, d'une part, et le signal du satellite, d'autre part, sont mixés ensemble sur une IDI coaxiale unique. En d'autres termes, deux signaux différents sont mélangés sur un seul câble coaxial, distribué en étoile ou en série dans l'immeuble. Chaque consommateur peut alors disposer simultanément du télé-réseau et du satellite dans son appartement (cf. acte 208 réponses A1 et A2 du dossier de la Commission de la concurrence [ci-après: l'autorité inférieure ou la Comco] [ci-après: l'acte ou les actes]).

Configuration « B »:

Au niveau du local technique de l'immeuble avec distribution de l'IDI coaxiale en étoile, chaque câble coaxial partant dans chaque unité d'habitation peut être branché alternativement soit sur le télé-réseau, soit sur le satellite, mais non sur les deux en même temps. Il n'y a donc pas de mixage de deux signaux différents sur un seul câble coaxial. Chaque consommateur peut alors disposer alternativement soit du télé-réseau, soit du satellite dans son appartement, sans qu'il ne puisse lui-même passer du télé-réseau au satellite et vice-versa. Le changement d'un système à l'autre est uniquement possible en intervenant dans le local technique de l'immeuble. La distribution de l'IDI coaxiale doit impérativement être en étoile pour cette configuration (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « C »:

Il y a deux IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. Le télé-réseau est distribué sur une des IDI coaxiales, et le satellite est distribué sur l'autre IDI coaxiale. Les signaux ne sont jamais mélangés, et les deux IDI coaxiales aboutissent séparément dans chaque appartement (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « D »:

Seul un système satellitaire collectif est distribué dans l'immeuble, qu'il n'y ait qu'une seule IDI coaxiale ou qu'il y ait plusieurs IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. L'immeuble n'est pas relié au télé-réseau, ou alors le télé-réseau n'est pas actif (cf. acte 208 réponse A2).

Configuration « E »:

Il s'agit d'une sorte de mélange entre les configurations A et C. Le mixage intervient dans un local technique au niveau de chaque appartement, et non pas au niveau de l'immeuble (cf. acte 208 réponses A1 et A2).

**B.d.b** La TNT porte sur la diffusion de signaux de télévision numérique par un réseau de réémetteurs hertziens terrestres. La TNT se limite à la télévision. Elle ne permet de capter que quatre chaînes de la Société suisse de radiodiffusion et télévision.

**B.e** L'intimé a développé le système Supermédia, qui permet le mixage de signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Le système Supermédia nécessite l'installation d'une antenne parabolique collective en toiture d'immeuble, reliée à une table de mixage située généralement au sous-sol, après le point d'injection du télé-réseau. Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque unité d'habitation via une IDI coaxiale unique sur une prise qui permet, en principe, à chaque occupant de recevoir et de choisir indistinctement entre les signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Le système repose ainsi sur une configuration de type « A » (cf. *supra* consid. B.d.a). Le système n'est pas compatible avec les IDI cuivre et fibre optique. L'intimé a toutefois indiqué [...] (cf. acte 91 réponse 6b).

**C.**

**C.a** Le 8 avril 2013, l'intimé a déposé auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) une dénonciation à l'encontre de la recourante. Il lui reprochait en substance une violation de l'art. 7 de la loi sur les cartels, dès lors qu'elle disposait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refusait de raccorder au télé-réseau les immeubles équipés du système Supermédia, ce qui aurait pour effet d'exclure l'intimé du marché en Ville de Genève.

**C.b** Après avoir mené une observation du marché concernant l'accès de l'intimé à la prise IDI coaxiale, puis une enquête préalable sur le marché de l'exploitation de la prise IDI coaxiale en Ville de Genève, le secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, le 30 mars 2016, une enquête dans le but d'établir si le comportement de la recourante constituait effectivement un abus de position dominante au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée à la recourante et, notamment, à l'intimé.

**C.c** L'enquête visait, d'une part, à déterminer si la recourante occupait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau dans sa zone de desserte - soit principalement la Ville de Genève -, c'est-à-dire si la recourante était en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles. Elle visait, d'autre part, à déterminer si la recourante abusait de cette position dominante en imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et à des sociétés tierces fournissant également des services de télécommunications - notamment satellitaires -, sans qu'il n'y ait de nécessités commerciales ou techniques. L'enquête devait examiner également si et dans quelle mesure la recourante intimidait directement ou indirectement les propriétaires d'immeubles avec des conséquences négatives s'ils devaient accepter, sur leurs IDI coaxiales, l'installation de services de télécommunications supplémentaires ou différents.

**C.d** Le 4 mai 2016, le secrétariat a admis, sur requête, l'intimé à participer à l'enquête en tant que tiers au sens de l'art. 43 al. 1 let. a de la loi sur les cartels.

**C.e** Le 20 juillet 2017, le secrétariat a communiqué notamment à la recourante et à l'intimé sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, qu'elle avait abusé de sa position dominante en refusant au moins indirectement d'entretenir des relations commerciales avec les propriétaires d'immeubles. La recourante aurait également abusé de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. La recourante aurait enfin limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers.

**C.f** Le 14 septembre 2017, l'intimé a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 20 juillet 2017. La recourante a transmis les siennes le 16 octobre 2017. L'autorité inférieure a ensuite procédé à l'audition de la recourante et de l'intimé le 27 novembre 2017.

## D.

**D.a** En date du 11 décembre 2017, l'autorité inférieure a rendu une décision condamnant la recourante, en application de l'art. 49a al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e de la loi sur les cartels, au paiement d'un montant de 3'571'936 francs et mettant à sa charge les frais de procédure d'un montant total de 260'460 francs.

**D.b** En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, qu'elle avait imposé des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale et qu'elle avait empêché ou entravé fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, en particulier par satellite. Elle a estimé que la recourante avait ainsi entravé l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice et que, partant, elle avait abusé de sa position dominante. L'autorité inférieure a ainsi estimé que les conditions d'application de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e étaient remplies.

**D.c** L'autorité inférieure a enfin retenu que le comportement illicite était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés sur les marchés pertinents durant les années 2014, 2015 et 2016 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à 3'571'936 francs, à savoir [...] % du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 70.83 %.

## E.

**E.a** Le 14 mai 2018, la recourante a formé recours contre la décision du 11 décembre 2017. Elle conclut,

sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision de l'autorité inférieure soit annulée. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants et, plus subsidiairement encore, à ce que le montant de la sanction infligée soit réduit. A l'appui de ses conclusions, elle invoque, en substance, une violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi qu'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents.

**E.b** A titre liminaire, la recourante considère que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour trancher un litige portant sur l'accès à des infrastructures de télécommunications, cette compétence relevant exclusivement de la Commission fédérale de la communication (ci-après: la ComCom). La recourante soutient tout d'abord que la loi sur les cartels ne s'appliquerait pas, dès lors que son comportement n'a pas eu le moindre effet sur la concurrence. Elle considère ensuite que la décision attaquée viole l'art. 4 al. 2 de la loi sur les cartels en tant que la définition du marché pertinent ne reposerait sur aucun élément concret. La recourante prétend encore que la convention de raccordement d'immeuble ne contiendrait aucune exclusivité empêchant des tiers d'offrir des services de télécommunications aux habitants d'un immeuble. Cette clause permettrait simplement à la recourante de résilier la convention lorsqu'une installation « *n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par la recourante* ». Elle relève que le dossier ne contiendrait aucun exemple d'une situation où le plaignant ou un tiers aurait été exclu d'un marché en raison des conditions commerciales contestées. Elle fait enfin valoir une série de motifs justificatifs, notamment le fait que le mixage du signal du télé-réseau avec celui du satellite perturberait la voie de retour et rendrait impossible la prestation de services interactifs.

**E.c** S'agissant de la sanction, elle estime qu'il n'est pas établi dans la décision attaquée qu'un comportement illicite lui serait imputable. Ce faisant, elle rappelle que ses conditions commerciales n'ont été en vigueur qu'à compter de décembre 2009, et non depuis juin 2008. Elle souligne que la Comco ne peut tenir compte du chiffre d'affaires réalisé en relation avec la vente d'abonnements à des services multimédias dans la mesure où elle a limité le marché pertinent au raccordement des immeubles. Au surplus, elle souligne que le montant mensuel de [...] francs retenu par l'autorité inférieure n'est valable que pour les années 2015 et 2016. En 2014, le montant n'était que de [...] francs. Partant, il y aurait lieu de modifier le calcul du montant de base sur ce point. De même, l'autorité inférieure se serait fondée sur un chiffre d'affaires théorique et n'aurait pas tenu compte de ce que la recourante procédait à des rabais pour paiement anticipé, octroyés à ses clients. L'autorité inférieure ne tiendrait, au surplus, pas compte de la volonté de dialogue affichée par la recourante et du fait que la seule présence d'une installation tierce sur l'IDI coaxiale ne représentait pas, *per se*, un cas de résiliation du raccordement au télé-réseau.

**F.** Le 28 juin 2018, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle y conclut au rejet de celui-ci, sous suite de frais. A titre liminaire, elle rappelle qu'elle n'est pas intervenue pour décider d'un litige relevant de

l'accès à des infrastructures de télécommunications entre deux prestataires de services, mais en application de la loi sur les cartels. Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle rejette ensuite les griefs formulés par la recourante quant à l'illicéité de son comportement. Elle rappelle que la recourante a mis en place un écosystème réglementaire lui permettant d'exiger que l'IDI coaxiale réponde à ses propres spécifications techniques et lui permettant de résilier l'accès à ses services lorsque l'IDI coaxiale n'est pas utilisée exclusivement pour ceux-ci. Elle considère enfin avoir démontré l'existence d'un comportement illicite imputable à la recourante et avoir correctement établi le montant de la sanction.

**G.** En date du 26 juillet 2018, l'intimé a requis que sa qualité de partie soit reconnue dans la présente procédure et qu'il soit invité à se déterminer sur le recours. Par écritures du 14 septembre 2018, la recourante a conclu au rejet de la requête de l'intimé.

Par décision incidente du 29 juillet 2019, le Tribunal administratif fédéral a admis la requête de l'intimé tendant à ce que sa qualité de partie soit reconnue.

**H.** Par mémoire de réponse du 18 novembre 2019, l'intimé a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. Il rappelle que son système Supermédia repose sur le concept d'une utilisation simultanée de l'installation intérieure des immeubles en mixant le signal du télé-réseau avec le signal du satellite sur une seule IDI coaxiale. Ce système n'aurait jamais connu un seul problème technique de compatibilité ou d'interférence. Il souligne que les arguments de la recourante relative à la compétence de l'autorité inférieure seraient tardifs et que la loi sur les télécommunications ne trouverait pas application en l'espèce. Il réfute que les conditions commerciales de la recourante n'aient déployé aucun effet, dès lors qu'elles visaient justement à empêcher l'accès à l'IDI coaxiale par des tiers. Il rappelle que le raccordement au télé-réseau n'est pas substituable aux prestations fournies par les IDI cuivre ou fibre optique et que l'autorité inférieure a correctement délimité le marché pertinent et constaté l'existence d'une position dominante de la recourante sur ce marché. Il relève que l'exclusion de tout accès aux installations intérieures affecte la concurrence sur les différents marchés et que l'enquête a démontré que les propriétaires se trouvaient contraints d'accepter les conditions commerciales de la recourante. A titre subsidiaire, il invoque la violation de l'art. 7 al. 2 let. a de la loi sur les cartels et considère que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, il n'existait pas de doute raisonnable quant au refus d'entretenir des relations commerciales. A l'appui de ses griefs, il sollicite la mise en place d'une expertise visant à démontrer que son système n'avait jamais connu de problème de compatibilité ou d'interférence avec le télé-réseau.

**I.** Par requête du 20 janvier 2020, la recourante a conclu d'abord à l'irrecevabilité partielle de la réponse de l'intimé, au motif qu'elle comportait une partie « contexte » qui ne correspondait ni à une partie en fait, ni à une partie en droit. Le Tribunal administratif fédéral l'a rejeté par décision incidente du 29 janvier 2020.

**J.** Le 28 février 2020, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 14 mai 2018, ainsi que les griefs formulés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur la partie « contexte », qui ne relèverait, dans une lecture systématique et littérale du texte, ni des faits, ni du droit. Elle relève que la réponse de l'autorité inférieure, tout comme la décision attaquée, présenterait une version partielle des faits et du droit, représentant ainsi « un parfait exemple d'instruction à charge, loin de la maxime d'office et inquisitoire ». Elle se plaint de ce que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de l'importance, pour la recourante, d'être en mesure d'acheminer un signal de qualité à ses abonnés, de celle de l'entretien des installations, de celle de la responsabilité en cas de perturbation des signaux et de celle du partage des coûts d'une installation qu'elle a financée. Elle se réfère à l'expertise privée produite dans le cadre de la procédure de première instance, laquelle démontrerait que le système Supermédia serait incompatible avec l'offre de services « triple play » de la recourante. Elle propose l'audition de l'expert privé ayant procédé aux analyses techniques produites. Elle rejette au surplus l'argument de l'intimé selon lequel l'art. 7 al. 2 let. a de la loi sur les cartels serait applicable à titre subsidiaire et renvoie, en substance, aux griefs déjà formulés dans son recours.

**K.** Par duplique du 29 avril 2020, l'autorité inférieure a maintenu l'ensemble de ses conclusions. Elle rappelle que l'art. 7 de la loi sur les cartels porte sur l'entrave d'entreprises dans l'accès à la concurrence ou à son exercice, ce qui ne signifierait pas encore que ces entreprises doivent avoir été totalement empêchées d'accéder à la concurrence ou à son exercice. En effet, il suffirait que les pratiques d'entrave limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises. La volonté de l'entreprise dominante de freiner la concurrence suffirait. Elle rappelle que les éléments de l'art. 7 al. 2 de la loi sur les cartels doivent être considérés comme des infractions de mise en danger, de sorte que l'examen et la preuve de conséquences ou d'effets négatifs concrets sur le marché ne sont pas nécessaires pour retenir l'illicéité du comportement. Il suffirait que le comportement puisse avoir des effets négatifs. Elle précise que la question de savoir si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour dans le cas de l'installation d'un système satellitaire collectif avec mixage, au niveau du local technique de l'immeuble, du signal du télé-réseau et du signal du satellite sur une IDI coaxiale unique n'est pas décisive, puisqu'une telle incompatibilité ne serait problématique que pour un tiers des immeubles en Ville de Genève, lesquels sont configurés en série et non en étoile. La configuration en étoile permettant aux signaux de la recourante de parvenir aux usagers de manière indépendante, le choix d'un usager de consommer du satellite n'affecterait pas les autres usagers désireux de consommer les offres de la recourante. Ainsi, la portée des clauses commerciales illicites de la convention de raccordement d'immeuble dépasserait largement le principe de nécessité et de proportionnalité. Au surplus, elle persiste et complète les griefs développés dans la décision attaquée et dans sa réponse.

**L.** Par duplique du 15 mai 2020, l'intimé a persisté dans l'ensemble de ses conclusions et appuie de manière générale les considérants de la décision attaquée. Il souligne que le système Supermédia ne perturbe pas le canal retour et réitère les griefs déjà formulés dans sa réponse.

**M.** Par écritures du 7 juillet 2020, la recourante a fait part de ses observations sur la duplique de l'autorité inférieure. Confirmant les conclusions de son recours, elle y indique maintenir les griefs formés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur la partie « contexte » et regrette que l'instruction de la cause par l'autorité inférieure relève d'une instruction à charge, doublée d'un parti pris à son égard. Elle souligne à cet égard les nombreuses affirmations infondées de l'autorité inférieure. Elle rappelle également que le dossier comporte suffisamment d'éléments démontrant les perturbations causées par la cohabitation de ses services « triple play » avec le système Supermédia et que l'intimé a modifié la configuration de ses installations en 2016 pour tenir compte de ces problèmes. Elle réitère enfin les griefs déjà formulés dans ses précédentes écritures.

**N.** Par courrier du 31 août 2020, l'autorité inférieure a maintenu en substance les conclusions et griefs formulés dans ses précédentes écritures.

**O.** Par courrier du 9 septembre 2020, l'intimé a maintenu les conclusions et griefs formulés dans ses précédentes écritures, précisant au surplus qu'UPC et l'entreprise [...] avait récemment procédé à la mise en service du système Supermédia dans plusieurs immeubles de la commune de Lancy.

**P.** Par déterminations du 28 septembre 2020, la recourante conteste la position de l'autorité inférieure et la pertinence de l'expérience avec l'entreprise [...]. Elle persiste au surplus dans les griefs et conclusions formulés dans ses précédentes écritures.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

## **Droit:**

**1.** Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

**2.** Dans sa réponse au recours du 18 novembre 2019, l'intimé fait valoir que certains griefs soulevés par la recourante (not. ch. 118 de la réponse de l'intimé) ne seraient pas suffisamment étayés. Il conteste ainsi implicitement leur recevabilité.

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). Les parties devant motiver leur recours et collaborer à l'établissement des faits, il se limite en principe aux

griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a; arrêt du TAF B-1845/2015 du 7 mars 2016 consid. 2). Il n'est pas non plus lié par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 300 s. no 2.2.6.5). Il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été allégués, ou confirmer la décision attaquée quant à son résultat avec une autre motivation que celle adoptée par l'instance inférieure (substitution de motifs; cf. ATAF 2007/41 consid. 2).

En l'occurrence, la recourante soulève et discute les différents griefs sur lesquels elle fonde son recours. Elle expose ses arguments juridiques et discute de l'établissement des faits. Au surplus, comme le relève à juste titre l'intimé dans son mémoire de réponse (ch. 121), le principe de l'application du droit d'office prévaut en procédure administrative. On ne saisit dès lors pas en quoi il y aurait lieu de remettre en cause la recevabilité de certains griefs soulevés par la recourante.

**3.** Dans sa réplique, puis dans ses observations ultérieures, la recourante a maintenu les griefs formés à l'encontre de la réponse de l'intimé, en particulier sur sa partie « contexte ».

Par requête du 20 janvier 2020, la recourante avait en effet conclu à l'irrecevabilité partielle de la réponse de l'intimé du 18 novembre 2019, au motif que cette dernière comportait une partie « contexte » qui ne correspondrait ni à une partie en fait, ni à une partie en droit et qu'elle ne ferait que relater des déclarations unilatérales ou des renvois vagues et génériques à la décision attaquée.

Le Tribunal a toutefois rejeté la requête de la recourante par décision incidente du 29 janvier 2020.

**3.1** Si le recours n'est pas d'emblée irrecevable ou infondé, l'autorité de recours en donne connaissance sans délai à l'autorité qui a pris la décision attaquée et, le cas échéant, aux parties adverses du recourant ou à d'autres intéressés, en leur impartissant un délai pour présenter leur réponse; elle invite en même temps l'autorité inférieure à produire son dossier (art. 57 al. 1 PA).

Le mémoire de recours indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire; celui-ci y joint l'expédition de la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains (art. 52 al. 1 PA). S'agissant du mémoire de réponse, la loi sur la procédure administrative ne contient aucune indication quant à son contenu ou à sa forme, de sorte qu'il y a lieu d'y appliquer par analogie l'art. 52 al. 1 PA. L'autorité inférieure et, le cas échéant, les parties adverses peuvent y détailler leurs arguments factuels et juridiques et formuler leurs propres observations et offres de preuve. Elles sont toutefois liées par l'objet du litige et ne peuvent l'étendre (cf. FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS, VwVG Praxiskommentar, 2e éd. 2016, art. 57 PA p. 1192 s. N 20).

En l'espèce, la réponse du 18 novembre 2019 de l'intimé indique notamment ses conclusions, répond aux argu-

ments de droit et de fait de la recourante et expose les observations et déclarations de l'intimé. S'il est vrai qu'elle comporte une partie « contexte », une partie « faits » et une partie « droit », il n'en demeure pas moins qu'elle expose avec une clarté suffisante les arguments de fait et de droit de l'intimé. Au surplus, il y a lieu de relever que les propos de la recourante selon lesquels il ne s'agirait que de « déclarations unilatérales ou [de] renvois vagues et génériques à la décision de [l'autorité inférieure] [...] sans aucune systématique dans l'existence ou l'offre de preuve » constituent déjà une forme de déterminations.

La recourante a d'ailleurs transmis sa réplique dans laquelle elle répond notamment en détail aux arguments de faits et de droit avancés par l'intimé. On ne saisit dès lors pas en quoi la réponse du 28 novembre 2019 de l'intimé ne satisferait pas aux exigences de forme et de contenu de la procédure administrative.

**3.2** Par surabondance, d'un point de vue systématique, il y a lieu de relever que l'art. 221 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272), qui impose des exigences plus élevées que l'art. 52 al. 1 PA, ne précise pas strictement et de manière générale quelle forme particulière devraient revêtir les allégations de fait et les offres de preuve des parties (cf. arrêt du TF 5A\_213/2015 du 11 décembre 2017 consid. 4.1.3.5). Ainsi, l'art. 221 CPC ne prévoit pas un nombre maximal de mots ou de phrases par allégation, pas plus qu'il ne précise que chaque allégué devrait contenir un seul fait ou que les faits devraient impérativement être rangés en phrases numérotées (cf. arrêt 5A\_213/2015 précité consid. 4.1.3.5). On ne saisit ainsi pas en quoi les exigences évoquées par la recourante - qui dépassent a priori déjà le cadre fixé par l'art. 221 CPC - devraient s'appliquer dans une procédure administrative moins formaliste que la procédure civile.

**3.3** Au surplus, la recourante ne développe pas en quoi il y aurait lieu de modifier la décision incidente du 29 janvier 2020. Il peut donc y être renvoyé pour le surplus.

Mal fondé, le grief doit, sans autres, être rejeté.

**4.** La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

**4.1** Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) (art. 4 al. 2 LCart). Sont en particulier réputés illicites (art. 7 al. 2 LCart), le refus d'entretenir des relations

commerciales (let. a), la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (let. b), le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (let. c), la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé (let. d), la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (let. e) ou le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (let. f). L'entreprise qui se livre notamment à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

**4.2** Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1re phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1re phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1re phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1re phrase LCart).

**4.3** Dans sa décision du 11 décembre 2017, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de 3'571'936 francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209 en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale, ainsi qu'en limitant les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers. En substance, elle a considéré que les conditions commerciales de la recourante visaient à pousser les propriétaires d'immeubles à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers à

accéder à l'IDI coaxiale. Ce faisant, la recourante aurait empêché ou fortement entravé certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, en particulier par satellite.

La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 7 LCart en particulier, dès lors que ses conditions commerciales n'auraient pas entravé l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice et n'auraient pas désavantager ses partenaires commerciaux.

**5.** A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

**5.1** Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels 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.

**5.1.1** Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 *Swisscom ADSL* du 14 septembre 2015 consid. 27 et B-2977/2007 *Publigroupe* du 27 avril 2010 consid. 4.1).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante est une société anonyme ayant son siège à Genève et dont le but est d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications. Elle est détenue à hauteur de [...] % par la Ville de Genève et à [...] % par la société UPC Cablecom Holdings GmbH.

Lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres, que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 *SIX Group* du 18 décembre 2018 consid. 39 ss [arrêt attaqué devant le TF], B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 29 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 4.1; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 2 LCart no 30-35; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 LCart no 27-29; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En l'espèce, la participation à hauteur de [...] % de la

société UPC Cablecom Holdings GmbH ne suffit pas à créer un contrôle effectif de cette dernière par le groupe.

Au surplus, la loi sur les cartels tend à ce que les activités économiques étatiques soient aussi soumises aux règles de la concurrence (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.2.5; ég. Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [ci-après: Message LCart 1995], FF 1995 I 472, p.534 s.). Elle s'applique ainsi tant aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public (ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.2.5) En l'espèce, la participation de la Ville de Genève dans le capital-actions de la recourante ne change donc rien.

Il s'ensuit que la recourante constitue une entité indépendante aux yeux de la loi sur les cartels, ce que personne ne conteste.

**5.1.2** La loi sur les cartels s'applique aux entreprises qui sont puissantes sur le marché, qui participent à un accord en matière de concurrence ou à une concentration d'entreprise (art. 2 al. 1 LCart). Ces deux dernières variantes ne s'appliquent pas. L'enquête portait en effet sur l'existence d'un abus de position dominante de la recourante en lien avec l'imposition de conditions commerciales inéquitables et la limitation des débouchés et du développement technologique.

La recourante se plaint de ce que la situation échapperait au champ d'application de la loi sur les cartels. Elle fait valoir qu'il n'existerait pas de technologie comparable à celle de l'intimée en Suisse, de sorte qu'aucun acteur du marché ne pourrait en théorie être affecté par ses conditions commerciales, que la technologie de l'intimé serait confidentielle aussi bien au niveau régional que Suisse, que ses conditions commerciales ne limiteraient pas la possibilité pour des concurrents de raccorder des immeubles ou de prester leurs services aux habitants des immeubles et que ses conditions ne portent que sur une fraction infime de l'ensemble des immeubles établis sur le territoire genevois ou suisse. En d'autres termes, elle fait valoir qu'elle n'est pas puissante sur le marché.

A ce stade, il s'agit uniquement de vérifier si la recourante est puissante sur le marché au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. La loi sur les cartels ne contient aucune précision sur cette notion. Le terme n'est pas non plus utilisé à l'art. 7 LCart. Cette disposition ne se réfère en effet pas à la notion de puissance sur le marché, mais à celle de position dominante, qui est, à son tour, précisée à l'art. 4 al. 2 LCart.

La version allemande de l'art. 2 al. 1 LCart se réfère, quant à elle, à la notion d'entreprises « [...], die [...] *Marktmacht ausüben* [...] », que l'on pourrait traduire plus justement par entreprises « *qui exercent un pouvoir de marché* ». La notion de puissance sur le marché de la version française se rapproche ainsi nettement plus de la notion de position dominante de l'art. 4 al. 2 LCart que la simple notion d'exercice d'un pouvoir de marché que l'on retrouve dans le texte allemand et qui ne fait pas - ou peu - référence à un aspect quantitatif. La version italienne « *impresa di [...] dominato il mercato* » n'est, quant à elle, d'aucun secours, dès lors qu'elle renvoie directement à la notion de position dominante de l'art. 4 al. 2 LCart. Force est ainsi de constater que les trois

versions linguistiques divergent substantiellement quant au degré d'influence sur le marché requis par l'art. 2 al. 1 LCart.

La doctrine se réfère parfois à la notion d'influence significative sur le marché, qu'elle situe entre une influence normale sur le marché - que pratiquement tous les entreprises détiennent - et une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart (cf. LEHNE, op. cit., art. 2 LCart no 34; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, *Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz*, 2007, art. 2 LCart no 26; ROGER ZACH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd. 2005, no 251, ci-après: *Kartellrecht*).

Toutefois, l'existence d'une position dominante est une condition préalable au comportement illicite visé à l'art. 7 LCart. Elle nécessite la délimitation du marché pertinent, laquelle ne peut être effectuée que sur la base d'une analyse approfondie de la situation sur le marché. Même les petites entreprises peuvent, avec les biens ou services qu'elles produisent ou distribuent, détenir une position dominante sur un marché de niche. Lors de l'ouverture de l'enquête préalable, il est généralement exclu que le secrétariat ait déjà une connaissance suffisante du marché en cause et de la position de l'entreprise concernée sur ce marché. La délimitation du marché pertinent fait ainsi déjà partie de la procédure d'enquête au sens large et ne constitue pas une mesure qui la précède.

Il suit de là que, contrairement aux textes français et italien de l'art. 2 al. 1 LCart, aucun critère quantitatif spécifique ne peut être retenu au stade de l'examen du champ d'application matériel de la loi (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 34). Cette façon de faire est conforme au demeurant à l'intention du législateur d'assurer l'application la plus large possible de la loi sur les cartels, afin de fournir un cadre d'examen uniforme à tous les acteurs du marché et pour toutes les formes de comportement économique (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 534). De simples indices d'un éventuel comportement anticoncurrentiel, fondés sur une évaluation sommaire, suffisent pour que les autorités de la concurrence ouvrent et mènent une enquête. En effet, la clarification de l'état de fait nécessaire à la réalisation des conditions d'une infraction relève précisément de l'objet de l'enquête (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 21).

Il suffit de là que la notion d'entreprises « puissantes sur le marché » de l'art. 2 al. 1 LCart constitue tout au plus une clause bagatelle, dont l'aspect quantitatif est présumé donné, dès lors que l'autorité de la concurrence décide d'ouvrir une enquête visant à établir si le comportement de l'entreprise en cause constitue une restriction à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

La recourante perd ainsi de vue que les arguments qu'elle avance ont trait au degré de l'influence qu'elle est susceptible d'exercer sur le marché. Ils relèvent donc de l'examen des conditions d'application des art. 4 al. 2 et 7 LCart. Elle renvoie d'ailleurs, dans son mémoire de recours, à ses observations sur l'art. 7 LCart pour motiver ce grief. Il y sera donc revenu ultérieurement.

Ainsi, dès lors que l'autorité inférieure prétend que la recourante aurait abusé de sa position dominante en

imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et en limitant ainsi les débouchés et le développement technologique, il y a lieu d'admettre qu'elle exerce un certain pouvoir de marché au sens de l'art. 2 al. 1 LCart.

**5.1.3** Enfin, la loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p.535 s). En l'occurrence, le comportement litigieux déploie ses effets en Suisse; la recourante ne le conteste pas.

**5.2** Il suit de là que les conditions d'application personnelles, matérielles et locales de la loi sur les cartels sont remplies.

**6.** La recourante se plaint, à titre liminaire, de ce que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour statuer sur la plainte de l'intimé et pour rendre une décision dans le cas d'espèce.

**6.1** La recourante fait valoir que la ComCom détiendrait une compétence exclusive pour décider d'éventuels litiges portant sur les modalités d'accès aux infrastructures de télécommunications. En ce sens, elle estime que les art. 11 et 11a de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) seraient des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

L'autorité inférieure rappelle que l'objet du litige ne porte pas sur l'accès à des infrastructures de télécommunications (infrastructure horizontale) s'agissant d'un prestataire de services spécifique, comme le laisserait penser la recourante, mais qu'il porte sur les pratiques abusives de la recourante, à savoir l'imposition de conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et les limitations aux débouchés et au développement technologique que cela implique. Elle souligne que la loi sur les télécommunications ne fonde pas une réglementation étatique et autonome du marché ou des prix, mais qu'elle constitue une réglementation sectorielle qui présuppose et complète d'autres réglementations générales de l'ordre économique, telles que la loi sur les cartels. Elle relève ainsi que la loi sur les cartels s'appliquerait parallèlement à la loi sur les télécommunications, de sorte que cette dernière ne constituerait pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart.

L'intimé se plaint de ce que le grief avancé par la recourante serait tardif. Il importerait en effet que les contestations relatives à la composition et à la compétence des autorités soient définitivement tranchées aussitôt que possible pour permettre la poursuite de la procédure. Dans tous les cas, le grief serait infondé, dès lors qu'il serait largement admis que la loi sur les télécommunications ne ferait pas obstacle à l'application de la loi sur les cartels. Enfin, cette loi ne s'appliquerait dans tous les cas pas au cas d'espèce.

**6.2** Selon l'art. 3 al. 1 LCart, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises



de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

**6.2.1** Lors de la révision de la loi sur les cartels de 1995, le législateur a plaidé pour une application restrictive de la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 537). Cette volonté est par ailleurs conforme aux fondements constitutionnels de l'économie (art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.); une exclusion d'un domaine de la concurrence n'est ainsi admissible que sur la base d'une législation claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, la loi sur les cartels s'applique tant que demeure un peu de libre concurrence. Par conséquent, les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart sont celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné; tel est le cas lorsqu'un ou plusieurs paramètres économiques essentiels sont limités de manière si substantielle qu'il ne reste plus qu'une place insignifiante pour la libre concurrence (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.3; ATF 141 II 66 *Hors-Liste-Medikamente* consid. 2.2.3). Une prescription réservée peut émaner non seulement d'une autorité fédérale, mais encore d'une autorité cantonale, voire communale; encore faut-il, dans ce cas, que la réglementation en cause relève de la compétence du canton ou de la commune et ne soit pas contraire au droit supérieur; elle doit en particulier être conforme à la liberté économique (art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst., ainsi que l'art. 94 al. 4 Cst.; cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 3.3.4). Le remplacement de la concurrence par un régime de marché ou de prix n'est pas la seule possibilité dont dispose le législateur pour intervenir au niveau économique. Il peut conférer des droits spéciaux à des entreprises de droit public ou de droit privé chargées de l'exécution de tâches publiques (art. 3 al. 1 let. b LCart; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 539 s.). La disposition ne signifie toutefois pas que le secteur dans lequel la concurrence est partiellement neutralisée échappe entièrement à la loi sur les cartels. Les entreprises concernées doivent donc se conformer aux principes de la concurrence dans la mesure où leur domaine d'exception n'est pas concerné (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 540).

**6.2.2** En l'occurrence, la loi sur les télécommunications a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunications variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international (art. 1 al. 1 LTC). A cet effet, elle doit en particulier permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunications (art. 1 al. 2 let. c LTC). La loi sur les télécommunications ne fonde toutefois pas une réglementation étatique et autonome du marché ou des prix. Elle constitue uniquement une réglementation sectorielle qui présuppose et complète d'autres réglementations générales et sectorielles de l'ordre économique (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 3.4; arrêt du TF 2A.503/2000 et 2A.505/2000 [causes jointes] *Commcare II* du 3 octobre 2001 consid. 6c; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 39). La loi sur les cartels et la loi sur les télécommunications sont donc fondamentalement d'importance égale, raison pour laquelle l'application de la loi

sur les cartels dans le domaine des télécommunications n'est pas exclue en soi (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 39).

**6.2.3** Selon l'art. 11 al. 1 LTC, les fournisseurs de services de télécommunications occupant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir aux autres fournisseurs, à des conditions transparentes et non discriminatoires et à des prix orientés en fonction des coûts, l'accès à leurs ressources et à leurs services. Il n'y a toutefois pas d'obligation de garantir l'accès en matière de diffusion de programmes de radio et de télévision (art. 11 al. 4 LTC). Si les fournisseurs n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la ComCom, à la demande de l'une des parties, fixe les conditions de l'accès sur proposition de l'office (art. 11a al. 1 1re phrase LTC).

En l'espèce, la recourante est inscrite depuis le 1er avril 2007 auprès de l'Office fédéral de la communication OFCOM (ci-après: l'OFCOM) en tant que fournisseur de services de télécommunications. Il suit de là qu'un fournisseur de service qui se verrait refuser par la recourante l'accès à une infrastructure visée par la loi sur les télécommunications pourrait, a priori, saisir la ComCom en application de l'art. 11a LTC. Toutefois, le comportement reproché à la recourante ne consiste, en tout état de cause, pas dans le refus de l'accès aux infrastructures ou dans l'imposition de conditions commerciales à un autre fournisseur de services de télécommunications, mais aux propriétaires d'immeubles.

**6.2.4** Au surplus, la ComCom veille à ce que le service universel soit assuré pour l'ensemble de la population et dans tout le pays. A cet effet, elle octroie périodiquement une ou plusieurs concessions relatives (art. 14 a. 1 LTC). En l'espèce, durant la période de l'enquête, Swisscom a été désignée comme concessionnaire du service universel, de sorte que la recourante ne saurait en tirer quelques droits spéciaux (cf. <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/informations-de-l-ofcom/communiqués-de-presse.msg-id-13239.html>, consulté le 6 avril 2020).

**6.2.5** C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure relève que son intervention reposait sur l'existence d'indices quant à l'existence de pratiques contraires à l'art. 7 LCart et ne portait pas sur un litige individuel entre la recourante et l'intimé portant sur les modalités d'accès à des infrastructures de télécommunications; la décision attaquée n'impose, par ailleurs, aucune mesure à la recourante portant sur un tel accès.

Il suit de là que les art. 11 et 11a LTC n'excluent pas la compétence de l'autorité inférieure dans le domaine des télécommunications et encore moins dans le cas d'espèce et ne constituent donc pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart. Au surplus, la recourante ne s'est vu octroyée aucun droit spécial au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LCart.

Point n'est donc besoin d'examiner si le grief formulé par la recourante serait tardif.

Un tel constat ne dit encore rien de la prise en compte dans l'interprétation des dispositions de la loi sur les cartels des exigences spécifiques de la loi sur les télécommunications (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL*

précité consid. 40), laquelle devra être examinée sous l'angle de l'art. 7 LCart.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

**7.** La recourante invoque plusieurs griefs formels qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Elle se plaint en particulier d'une violation de son droit d'être entendu (cf. consid. 7.1) et fait grief à l'autorité inférieure d'avoir violé la maxime inquisitoire (cf. consid. 7.2) ainsi que la maxime d'office (cf. consid. 7.3).

**7.1** La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Elle allègue que la décision n'est pas suffisamment motivée et qu'elle laisse ouvert des points essentiels s'agissant de la définition du marché pertinent et de l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle. Elle en déduit n'avoir pas pu saisir l'objet des griefs formés par l'autorité inférieure.

**7.1.1** Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 6.1; arrêts du TAF B-506/2010 *Gaba* du 19 décembre 2013 consid. 4; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3e éd. 2013 no 488 ss).

Il comporte aussi l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6 et 134 I 83 consid. 4.1). L'autorité n'est toutefois ni tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 143 III 65 consid. 5.2, 136 I 229 consid. 5.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *op. cit.*, no 548).

**7.1.2** En tant que la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu en lien avec la délimitation du marché pertinent et l'examen de la concurrence actuelle et potentielle, elle se limite à l'affirmer, mais ne motive pas en quoi elle n'a pas pu comprendre et contester utilement la décision attaquée.

Or, de manière générale, la décision du 11 décembre 2017 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. Enfin, l'autorité inférieure discute largement des motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle fonde sa décision. On ne saisit dès lors pas en quoi la recourante n'aurait pas pu se rendre compte de la portée de la décision et l'attaquer en connaissance de cause, ce qu'attestent par ailleurs les différents griefs soulevés par cette dernière dans ses différentes écritures.

Dans ces conditions, il n'incombe pas au tribunal, en présence de critiques purement appellatoires, d'examiner plus avant ce grief formel (cf. PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2e éd. 2016, art. 12 PA no 59).

Sur ce point, il ne peut ainsi pas être reproché à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit d'être entendu de la recourante.

**7.2** La recourante s'en prend encore à la façon dont l'autorité inférieure a mené l'instruction, en soutenant que cette dernière n'aurait pas constaté les faits d'office et aurait substituer son pouvoir d'appréciation à l'établissement des faits. Elle se plaint enfin d'une violation de la maxime d'office.

**7.2.1** A cet égard, il y a lieu de préciser que la procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier (cf. arrêt du TAF B-4014/2013 *Servidis* du 30 octobre 2019 consid. 4.4.1).

La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire: le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 186; CLÉMENTINE GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, 2008, no 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés. Ainsi, la maxime inquisitoire ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître (cf. arrêt B-4014/2013 *Servidis* précité consid. 4.4.1).

En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne

tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1; arrêt du TF 1C\_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1).

**7.2.2** En l'espèce, l'autorité inférieure et le secrétariat ont recueilli d'office dans le cadre de l'enquête préalable menée du 29 janvier 2015 au 20 janvier 2016 et après l'ouverture de l'enquête, des informations auprès des principaux fournisseurs de services de télécommunications actifs en Ville de Genève et auprès de nombreuses régies immobilières, représentant les propriétaires d'immeubles.

En particulier, le secrétariat a envoyé le 22 avril 2016 des questionnaires à sept fournisseurs de services de télécommunications, portant sur la situation concurrentielle sur le marché du télé-réseau en région genevoise ainsi que sur le marché de l'exploitation de l'IDI coaxiale située en aval. Il a encore envoyé, le 30 juin 2016, des questionnaires à 23 régies immobilières genevoises et personnes responsables d'immeubles dotés du système Supermédia ou ayant installé le système Supermédia. Ces questionnaires portaient notamment sur ledit système et l'accès des immeubles concernés aux différentes infrastructures et aux différents services multimédias. Le 13 juillet 2016, le secrétariat a envoyé des questionnaires complémentaires aux parties ainsi qu'à d'autres entreprises ayant travaillé avec le système Supermédia, notamment la société [...] visant, en particulier, à obtenir des précisions sur les différentes conventions et conditions appliquées par la recourante et le système Supermédia. Le 20 juillet 2017, le secrétariat a transmis aux parties sa proposition de décision, dans laquelle il présente l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Les parties ont pu ensuite communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. L'autorité inférieure a, par la suite, encore procédé à l'audition des parties et a rendu, le 11 décembre 2017, sa décision, laquelle expose elle-aussi l'état de fait constaté et les considérants juridiques que l'autorité inférieure tient pour pertinents.

**7.2.3** Sur le vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que l'autorité inférieure ait méconnu son devoir d'établir les faits d'office ni omis de porter au dossier les pièces produites par la recourante. Il s'ensuit que l'autorité inférieure n'a pas violé la maxime inquisitoire.

Autre est la question de savoir si, dans le cadre de l'application de la maxime inquisitoire, l'autorité inférieure a constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète, ce qui sera examiné ci-après.

**7.3** La maxime d'office - qu'on oppose à la maxime de disposition - traite de la maîtrise de l'objet du litige. Selon la maxime de disposition, les parties déterminent notamment l'objet du litige et son déroulement. A l'inverse, lorsque s'applique la maxime d'office, l'objet du litige relève de la compétence de l'autorité, qui est ainsi tenue d'appliquer à l'état de fait constaté la règle juridique qu'elle tient pour pertinente (cf. ATAF 2007/41 consid. 2; arrêt du TAF A-79/2011 du 15 décembre 2011 consid. 2). En l'occurrence, la procédure d'enquête en droit des cartels est largement régie par la maxime d'office (art. 26 al. 1 LCart; cf. ALAIN GIRARD, *L'enquête préalable en droit de la concurrence*, 2018, p. 265; VINCENT MAR-

TENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, 2012, p. 177).

En l'espèce, on ne saisit toutefois pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé la maxime d'office. La recourante ne développant nullement en quoi tel aurait été le cas; dites critiques, purement appellatoires, n'ont pas à être analysées plus avant.

**7.4** Mal fondés, l'ensemble des griefs formels soulevés par la recourante doivent par conséquent être rejetés.

**8.** L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le comportement de la recourante réalisait, entre juin 2008 et juin 2015, les conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart, qu'il entravait l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou qu'il désavantageait les partenaires commerciaux, et que la recourante avait, partant, abusé de sa position dominante sur le marché.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante dominait le marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 7 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour pratiques illicites.

**8.1** Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss); elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.3 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 8.2.3; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 167 ss; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart no 23). L'accord du 17 mai 2013 entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1) le suppose aussi implicitement dans le troisième considérant, puisque « *les systèmes d'application des règles de la concurrence de la Suisse et de l'Union reposent sur les mêmes principes et prévoient des règles similaires* » (cf. ég. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.3).

L'art. 4 al. 2 LCart présente ainsi des points de convergence avec l'art. 102 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après: TFUE), lequel a la teneur suivante:

« *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à: a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations*

équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

En relation avec la définition de la position dominante, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes, le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 23). La Commission européenne a notamment édicté une communication exposant les principes sur lesquels se fonde le concept de marché en cause (ch. 1 de la communication de la Commission du 15 octobre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372/5 du 9 décembre 1997).

**8.2** Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux.

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, laquelle est relativisée par son corollaire: le devoir de collaborer des parties (cf. *supra* consid. 7.2.1).

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF B-4669/2013 *Editions des 5 frontières* du 30 octobre 2019 consid. 11.3.1, A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuves légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3; arrêt du TAF B-3938/2013 *Dargaud* du 30 octobre 2019 consid. 6.4).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49 al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2; arrêt du TF 2C\_1017/2014 *Koch Group* du 9 octobre 2017 consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2; arrêt B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 6.4). Comme règle présidant à l'appréciation des

preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C\_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3; arrêts du TF 6B\_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B\_118/2009 et 6B\_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifel - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude; *volle Überzeugung*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*) (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 *Baubeschläge Siegenia* du 23 septembre 2014 consid. 4.3.4 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 156 ss; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 159; FABIANNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1, 2e éd. 2016, no 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4; Hohl, op. cit., vol. 1, no 1971 ss).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF B-4669/2013 *Editions des 5 frontières* précité consid. 11.3.1, A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5).

**9.** Une position dominante ne peut exister qu'en relation avec un marché déterminé. Il y a ainsi lieu, dans un premier temps, de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 229 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 256; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRA-

NER, in: DIKE Kommentar, Kartellgesetz, 2018, art. 4 al. 2 LCart no 88; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 5e éd. 2012, no 696).

**9.1** A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence - laquelle relève de l'appréciation des faits - requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 8.2; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4; arrêt B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 11.1). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation de la position dominante, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 230 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui comprend tous les produits ou services substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 230 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 257). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 115; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

**9.2** Il s'agit donc d'abord de déterminer le marché de produits pertinent.

**9.2.1** L'autorité inférieure a délimité le produit au raccordement au téléseu (cf. ch. 427 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, de considérer le satellite comme substituable au téléseu. Elle souligne que les propriétaires d'immeubles ne décident pas sur la base de ce que souhaite un résident particulier, mais en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des habitants souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mèneraient ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidant dans leurs immeubles ou qui y résideront, et seraient donc obligés de proposer plusieurs solutions en parallèle. Au surplus, lorsque les propriétaires décideraient d'installer un système mixant le téléseu avec le satellite, c'est bien qu'ils souhaiteraient également raccorder

l'IDI coaxiale au téléseu. En outre, l'offre du raccordement au téléseu serait très largement répandue et apparaîtrait comme incontournable pour la majorité des consommateurs. Il serait donc rationnel que les propriétaires cherchent à raccorder leurs biens immobiliers au téléseu, vu qu'une partie non négligeable des résidents - voire la majorité des résidents - souhaiteront consommer des prestations via le téléseu. A cela s'ajouterait que le contenu de l'offre satellitaire divergerait substantiellement de l'offre du téléseu pour des raisons techniques, de sorte que les propriétaires ne pourraient pas objectivement considérer le satellite comme substituable au téléseu. L'autorité inférieure a également renoncé à considérer le raccordement via l'IDI cuivre ou fibre optique, notamment en raison du fait que la grande majorité des immeubles était équipée d'une IDI cuivre, pour des raisons historiques et techniques, et que les propriétaires ne se satisfaisaient pas d'une seule IDI dans les bâtiments contenant plusieurs unités d'habitation. Elle rappelle que les modèles d'affaires de la recourante et des autres sociétés utilisant les IDI cuivre ou fibre optique diffèrent significativement: la recourante contracte essentiellement avec les propriétaires par l'intermédiaire de contrats collectifs et la taxe de raccordement de base est généralement intégrée dans le loyer ou les charges locatives; les entreprises utilisant les IDI cuivre ou fibre optique contractent directement avec les consommateurs, sans que les propriétaires d'immeubles n'interviennent directement dans les relations contractuelles. Enfin, les prestataires de services via l'IDI cuivre ou fibre optique ne peuvent exercer une pression suffisante de nature à discipliner le comportement de la recourante, vu que les prestataires de services via les IDI cuivre ou fibre optique établissent des relations contractuelles directement avec les consommateurs, et non pas avec les propriétaires.

La recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure ne peut se fonder sur une approche reposant sur l'agrégation des produits. Au contraire, elle devait conduire une analyse en fonction de la substituabilité des produits. Elle prétend que la définition du marché en cause serait incomplète et ne reposerait sur aucune analyse précise des conditions de substituabilité autant du côté de l'offre en matière de services de télécommunications que de la demande des consommateurs. En particulier, la recourante dément le caractère incontournable du téléseu et souligne que l'autorité inférieure n'aurait pas démontré quel serait le comportement d'un consommateur qui se verrait proposer un logement pourvu d'un autre mode de réception de services de télécommunications sans que le téléseu soit présent. Elle rappelle que même en présence de contrats collectifs signés avec les propriétaires d'immeubles, les consommateurs sont libres de résilier leur abonnement, de sorte que leur situation économique serait identique à celle qui serait la leur dans le cadre d'un contrat conclu avec un autre fournisseur de services de télécommunications. Elle soutient que le fait que le téléseu ne puisse acheminer les services que d'un fournisseur plaiderait en défaveur de la thèse soutenue par l'autorité inférieure, en ce sens qu'un propriétaire d'immeuble privilégierait ainsi plus facilement un raccordement IDI cuivre ou fibre optique permettant d'offrir plusieurs alternatives aux consommateurs. Elle soutient que le marché de produit doit être

défini comme étant celui des services de télécommunications, lequel comprend aussi bien la télévision, la téléphonie et l'accès à Internet à haut débit, l'infrastructure technique permettant d'acheminer ces services important peu. Elle souligne que de multiples fournisseurs de services se font concurrence, ces derniers pouvant prêter leurs services soit par le biais d'une infrastructure détenue en propre (sous réserve de l'IDI), soit par le biais d'une infrastructure louée ou d'un mélange des deux. Elle relève ainsi que, faute de télé-réseau dans un immeuble, les consommateurs disposent néanmoins d'un large choix de fournisseurs de services concurrents. Elle souligne qu'il n'existe aucune nécessité de disposer de plusieurs IDI en parallèle dans un même immeuble et que le fait que les immeubles comportent plusieurs IDI en parallèle ne permettrait pas de conclure au caractère indispensable ou incontournable de l'IDI coaxiale pour les propriétaires d'immeubles, de sorte que le marché de produit devrait s'étendre à tout le moins aux infrastructures nécessitant l'installation d'un réseau fixe. Elle souligne ainsi l'existence d'une vive concurrence entre les différentes infrastructures ce qu'une comparaison des chiffres relatifs aux raccordements disponibles en Suisse entre 2008 et 2016 démontrerait.

L'intimé soutient que la recourante mélangerait le point de vue des propriétaires d'immeubles et celui des consommateurs et qu'elle aurait confirmé durant la procédure d'enquête que les propriétaires devaient offrir plusieurs alternatives aux consommateurs. Pour cette raison déjà, les différentes infrastructures ne seraient pas substituables entre elles. L'autorité inférieure aurait ainsi correctement délimité le marché de produit à la seule infrastructure fournie par la recourante, à savoir le télé-réseau.

**9.2.2** Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange étaient, du côté de la demande, les propriétaires d'immeubles, lesquels demandent le raccordement au télé-réseau de leurs immeubles, et, du côté de l'offre, la recourante qui fournit ce raccordement sur son territoire d'activité. La recourante ne conteste pas que les propriétaires d'immeubles sont, s'agissant du raccordement d'un immeuble à un réseau de télécommunications, des partenaires incontournables. Elle relève toutefois que le comportement des consommateurs ne peut être ignoré, de même que celui des autres prestataires de services de télécommunications. Ces derniers entendraient, eux aussi, en relation avec les propriétaires d'immeubles pour le raccordement de leur infrastructure à l'IDI cuivre ou fibre optique. En ce sens, elle soutient donc que les autres prestataires de services de télécommunications seraient des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre.

Compte tenu des spécificités liées aux infrastructures de télécommunications, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - les propriétaires d'immeubles déjà construits ou les futurs propriétaires d'immeubles en construction - dont l'activité ne consiste pas à consommer directement des services de télécommunications, mais à mettre à disposition des résidents de chaque unité d'habitation de l'immeuble l'infrastructure nécessaire pour consommer de tels ser-

vices. Ces rôles se confondent lorsque le propriétaire d'un immeuble composé d'une seule unité d'habitation y réside (i.e. maison individuelle ou villa).

Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles équipent chaque unité d'habitation d'une ou plusieurs IDI individuelles (coaxiale, cuivre ou fibre optique; cf. ch. 40 ss de la décision attaquée). Chaque IDI est ensuite raccordée à l'infrastructure collective (infrastructure horizontale) par le biais d'une convention de raccordement entre le propriétaire de l'immeuble et le détenteur de l'infrastructure horizontale (cf. ch. 43 et 57 de la décision attaquée; ch. 106 s. du mémoire de recours). Il ressort de la décision attaquée et des informations communiquées par les parties que chaque IDI dispose en principe de sa propre infrastructure horizontale spécifique et ne permet l'accès qu'à un réseau filaire: l'IDI coaxiale est raccordée au télé-réseau (cf. ch. 40 ss de la décision attaquée), l'IDI cuivre au réseau DSL de Swisscom (cf. ch. 144 de la décision attaquée) et l'IDI fibre optique au réseau du même nom (cf. ch. 144 de la décision attaquée). Cette restriction est due notamment à la technologie utilisée pour transmettre les signaux (cf. ch. 13 de la décision attaquée). Certains services de télécommunications peuvent également être captés via une plateforme satellite. Le signal est alors injecté soit dans l'IDI coaxiale (antenne collective) ou soit directement sur l'appareil de réception du consommateur (antenne individuelle) (cf. ch. 14 de la décision attaquée). Il ressort également du dossier que, en raison de considérations techniques, historiques et économiques, les infrastructures horizontales ne peuvent généralement pas être dédoublées, en ce sens qu'il n'existe, en principe, pour chaque immeuble situé en Suisse, qu'un seul fournisseur d'accès au télé-réseau (cf. ch. 41 s. de la décision attaquée) et qu'un seul fournisseur d'accès au réseau DSL et/ou au réseau optique (cf. ch. 53 ss et 56 ss de la décision attaquée). Une telle conclusion est confirmée par la possibilité qu'ont les prestataires de services de télécommunications de louer l'accès à l'infrastructure existante et notamment, s'agissant de la fibre optique, l'accès à des brins disponibles et non exclusivement attribués au détenteur de l'infrastructure; la recourante le confirme (cf. ch. 268 du mémoire de recours). Il suit de là que, lorsqu'un propriétaire d'immeuble souhaite raccorder celui-ci à une infrastructure horizontale spécifique, il n'a d'autres choix que de passer par le fournisseur d'accès actif dans le secteur. En l'espèce, la recourante est le seul fournisseur d'accès au télé-réseau dans son secteur d'activité (cf. ch. 41 de la décision attaquée). Elle est ainsi le seul partenaire potentiel de l'échange du côté de l'offre dans son secteur d'activité pour le raccordement d'un immeuble au télé-réseau, de la même manière qu'un autre fournisseur d'accès (p. ex. les Services industriels de Genève) serait le seul partenaire potentiel de l'échange pour le raccordement de ce même immeuble à une autre infrastructure horizontale (p. ex. au réseau de fibres optiques).

Quant aux consommateurs, ils entrent en relation contractuelle directement avec le prestataire de services de télécommunications de leur choix, selon les infrastructures verticales disponibles dans leur unité d'habitation et selon que le propriétaire de l'immeuble ait raccordé ou non celles-ci à l'infrastructure horizontale correspon-

dante (cf. ch. 186 ss du mémoire de recours). Le prestataire de services de télécommunications peut également être détenteur de l'infrastructure horizontale. Il peut aussi louer l'accès au réseau correspondant (cf. ch. 188 du mémoire de recours).

Il suit de là que, dans l'optique des propriétaires d'immeubles, les prestataires de services de télécommunications ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange. Les propriétaires devant en effet d'abord raccorder leur immeuble, ils se tournent vers le fournisseur d'accès au réseau, détenteur de l'infrastructure horizontale.

Dans l'optique de la recourante - en tant que fournisseur d'accès à une infrastructure, et non en tant que prestataire de services de télécommunications -, les consommateurs ne sont pas non plus des partenaires potentiels de l'échange. Elle doit d'abord raccorder l'immeuble à son réseau et donc entrer en relation commerciale avec son propriétaire avant de pouvoir envisager de prêter ses services de télécommunications aux résidents de l'immeuble (cf. ch. 106 du mémoire de recours).

S'il est vrai que la finalité de la recourante, en tant que fournisseur d'accès à une infrastructure horizontale, est de prêter des services de télécommunications aux consommateurs, soit en étant elle-même directement prestataire de tels services, soit en louant l'accès à son infrastructure à des prestataires virtuels, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait en déduire que les consommateurs sont, en matière de raccordement d'un immeuble au télé-réseau, des partenaires potentiels de l'échange.

Il peut arriver que les rôles se confondent, c'est-à-dire que le propriétaire soit également consommateur ou que le fournisseur d'accès soit également prestataire de services. Ce n'est toutefois pas en sa qualité de consommateur que le propriétaire d'immeuble requiert son raccordement à une infrastructure et ce n'est pas en qualité de prestataire de services que le fournisseur d'accès raccorde un immeuble à l'infrastructure horizontale.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché du raccordement d'un immeuble à une infrastructure horizontale, c'est-à-dire entre les propriétaires d'immeubles, d'un côté, et les fournisseurs d'accès à l'infrastructure correspondante de l'autre. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le comportement des consommateurs ou des prestataires de services de télécommunications seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

**9.2.3** Reste à déterminer les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité de la demande.

**9.2.3.1** A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3; arrêt B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la dé-

limitation du marché de produits (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 272). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 255 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 272; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 LCart no 150; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 65; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 67).

**9.2.3.2** Le raccordement des immeubles au télé-réseau de la recourante représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision attaquée; la recourante ne le conteste pas. Reste donc à examiner si, comme elle le prétend, il y a lieu de considérer le raccordement des immeubles au réseau DSL de Swisscom ou au réseau FTTH (Fiber-to-the-Home) comme faisant partie de la demande et de l'offre, et s'il existe d'autres infrastructures substituables par le biais, par exemple, d'antennes paraboliques ou mobiles.

A titre liminaire, le Tribunal précise que l'analyse qui suit porte sur la période couverte par l'enquête de l'autorité inférieure, soit entre 2008 et 2016 approximativement. Il n'y a pas lieu d'examiner la situation qui prévaut en matière de raccordement aux infrastructures et de services de télécommunications à l'heure actuelle. Le secteur évoluant rapidement, les conclusions à laquelle l'autorité inférieure est arrivée et que le Tribunal doit revoir dans le cadre de la présente procédure de recours ne reflètent pas nécessairement la situation du marché en 2021.

En raison des spécificités du secteur des télécommunications, il y a lieu de distinguer le marché du raccordement à une infrastructure collective permettant l'accès à un réseau filaire (p. ex. télé-réseau, réseau DSL ou FTTH) ou mobile (p. ex. satellitaire ou 4G) et le marché des services qui peuvent être fournis sur le réseau en question (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 280). Ces deux marchés sont toutefois étroitement liés (cf. Rapport complémentaire du Conseil fédéral « Evaluation du marché des télécommunications » du 28 mars 2012, p. 19, disponible sur <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/dossiers-du-conseil-federal/rapport-2014-sur-les-telecommunications.html>, consulté le 8 avril

2020). En effet, il ne peut y avoir substituabilité entre les différentes infrastructures que si les services proposés sont substituables. C'est d'ailleurs la thèse soutenue par la recourante: dès lors que les services de télécommunications seraient substituables, qu'elle que soit l'infrastructure considérée, le caractère indispensable du télé-réseau ne serait pas donné et les réseaux notamment cuivré ou optique, mais aussi satellitaire et mobile, seraient substituables (cf. ch. 185 ss du mémoire de recours). Il sied ainsi, dans un premier temps, de déterminer si les services fournis par les différentes infrastructures sont substituables du point de vue des consommateurs. Ce n'est que dans un deuxième temps, si les services sont substituables, qu'il y aura lieu de vérifier si cette substituabilité se répercute sur le marché du raccordement aux infrastructures collectives.

**9.2.3.3** Sur le marché des services de télécommunications, les partenaires potentiels de l'échange sont, du côté de la demande, les consommateurs et, du côté de l'offre, les différents prestataires de services de télécommunications, qu'ils soient aussi propriétaires de l'infrastructure correspondante ou simplement locataires (cf. *supra* consid. 9.2.1). Il ressort du dossier que le télé-réseau de la recourante permet d'offrir, d'une part, des services de télévision numérique interactive (p. ex. video on demand VOD ou replay) et, d'autre part, des services de téléphonie fixe et un accès à Internet (cf. ch. 40 de la décision attaquée). Dans l'industrie des télécommunications, on parle de « triple play » lorsque ces trois services sont fournis dans le cadre d'un contrat unique ou de « dual play » lorsque seuls deux des trois services sont fournis (cf. ch. 215 du mémoire de recours). Dès lors que le télé-réseau permet l'accès à ces trois services, il y a lieu de vérifier si les différentes infrastructures sont substituables, du point de vue des consommateurs, puis des propriétaires d'immeubles, pour chacun de ces trois services.

**9.2.3.4** Force est d'admettre que des services relevant de l'offre « triple play » (télévision numérique interactive, téléphonie fixe, Internet haut ou très haut débit) peuvent être fournis ensemble (offre « triple play » ou « dual play ») ou séparément tant par le biais de l'IDI coaxiale et du télé-réseau, que par le biais de l'IDI cuivre et du réseau DSL de Swisscom ou que par le biais de l'IDI fibre optique et le réseau FTTH (cf. ch. 30 de la décision attaquée; ch. 71 du mémoire de recours); personne ne le conteste.

Du point de vue des consommateurs, comme le relève à juste titre la recourante, les services fournis par le télé-réseau, par le réseau DSL de Swisscom et par le réseau FTTH sont, en tout point, substituables. Reste toutefois à déterminer si cette substituabilité se répercute aussi, du point de vue des propriétaires d'immeubles, au niveau du marché du raccordement à une infrastructure collective permettant l'accès à un réseau filaire.

La recourante fait valoir que, dès lors que les services pouvant être fournis sur les trois IDI (coaxiale, cuivre et fibre optique) sont substituables du point de vue des consommateurs, les propriétaires d'immeubles peuvent se permettre d'opérer un choix et de n'installer qu'une seule IDI par unité d'habitation, de sorte que les trois IDI seraient également substituables du point de vue des

propriétaires d'immeubles. Elle s'appuie notamment sur la baisse du nombre de raccordements observée durant la période de l'enquête, laquelle démontrerait une substituabilité suffisante entre les infrastructures.

En l'occurrence, il y a lieu de rappeler que le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés de biens et de services les conditions de réalisation d'une concurrence efficace (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 477). Ce faisant, la concurrence oriente notamment l'offre selon les préférences du consommateur (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 477). Elle doit ainsi inciter les entreprises à optimiser l'utilisation des ressources, à adapter produits et production aux conditions externes et à innover au niveau des produits et des procédés de production (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). Il y a donc concurrence efficace lorsque, sur un marché donné, ces fonctions fondamentales ne sont pas faussées (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). Une politique de concurrence efficace doit ainsi empêcher les pratiques qui tentent de tenir les concurrents potentiels à l'écart d'un marché (Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515).

En l'espèce, il ressort de la décision attaquée que les propriétaires d'immeubles prennent seuls la décision quant à l'installation des différentes IDI en fonction des besoins, intérêts et attentes des consommateurs. Ils ne décident ainsi pas sur la base de ce que souhaite consommer un résident en particulier, mais plutôt en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des résidents actuels et futurs souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mèneraient ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidant dans leurs immeubles ou qui y résideront. La recourante critique cette approche agrégée.

En réalité, il y convient de rappeler que, en privilégiant une IDI plutôt qu'une autre, les propriétaires d'immeubles interviennent dans le processus concurrentiel existant entre les prestataires de services de télécommunications, d'une part, et les consommateurs, d'autre part. En effet, en opérant un choix en faveur d'une IDI plutôt que d'une autre, les propriétaires d'immeubles limitent également le choix pour le consommateur du prestataire de services avec lequel il peut contracter. Même s'il subsiste, notamment par le biais de l'IDI cuivre ou fibre optique, plusieurs prestataires différents, ceux-ci ne seront pas nécessairement le ou les prestataires avec lequel le consommateur aurait voulu contracter.

On rappellera que l'installation d'une ou plusieurs IDI dans une unité d'habitation sert uniquement à prester dans cette unité des services de télécommunications. Une IDI, en tant que tel, n'a pas d'autre but, la recourante ne le suggère d'ailleurs pas. C'est donc ultérieurement entre le consommateur et le prestataire de services de télécommunications que se joue le processus concurrentiel. Le propriétaire d'immeuble et le fournisseur d'accès au réseau ne jouent ainsi que des rôles d'intermédiaires dans ce processus et il leur appartient de ne pas l'entraver. Or, en opérant un choix à la place du consommateur, le propriétaire d'immeuble fausse nécessairement les fonctions fondamentales d'une concurrence efficace entre les différents prestataires de



services de télécommunications, puisqu'il peut tenir à l'écart une partie de ces derniers.

Il suit de là qu'une réflexion des propriétaires d'immeubles basée sur la somme agrégée des consommateurs résidant dans l'immeuble ou qui y résideront est davantage conforme à la politique suisse de concurrence qu'une solution qui exclurait d'emblée une partie des prestataires de services sur la base de la seule et unique préférence du propriétaire d'immeuble.

Ainsi, en tenant compte de ce que les propriétaires d'immeubles doivent procéder à un choix fondé sur l'agrégation des besoins, des intérêts et des attentes des consommateurs actuels et futurs, l'autorité inférieure n'a pas violé la loi sur les cartels.

Reste à déterminer toutefois si, durant la période de l'enquête, les besoins, intérêts et attentes des consommateurs étaient suffisamment déterminables pour que les propriétaires d'immeubles puissent raisonnablement effectuer un choix entre les différentes IDI disponibles sur le marché sans affecter la concurrence existant entre les différents prestataires de services de télécommunications.

La recourante fait état, dans son mémoire de recours, d'une concurrence vive existant entre les prestataires de services sur les différentes IDI durant la période de l'enquête, qu'il s'agisse d'offres « triple play », « dual play » ou individuelle (ch. 74). Ainsi, quand bien même le raccordement à la fibre optique a connu une augmentation significative entre 2008 et 2016 - due à l'implémentation de cette nouvelle technologie -, les raccordements au réseau DSL et au télé-réseau restent majoritaires (ch. 67).

Il suit de là qu'en raison justement d'une concurrence vive sur le marché des services de télécommunications prestés via les IDI coaxiale, cuivre et fibre optique, il n'existe aucune tendance claire qui permettrait aux propriétaires de connaître de façon suffisamment déterminable les besoins, intérêts et attentes des consommateurs. La baisse du nombre de raccordements au télé-réseau observée entre 2011 et 2015, passant de [...] à [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de respectivement [...] et [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée; acte 115) n'est pas de nature à modifier cette conclusion.

Partant, si - comme le soutient la recourante - les propriétaires d'immeubles venaient à privilégier une IDI plutôt qu'une autre, ils perturberaient manifestement la concurrence existant sur le marché des services de télécommunications prestés via les différentes IDI.

Il en va différemment lorsque le propriétaire d'un immeuble composé d'une seule unité d'habitation est lui-même le seul consommateur (i.e. maison individuelle ou villa).

Il y a toutefois lieu de relever que la proportion de propriétaires de maison individuelle en Suisse par rapport aux autres formes d'habitation (location, sous-location, coopérative, PPE, logement à titre gratuit, logement de service, bail à ferme, etc.) s'élève à environ 26 % entre 2000 et 2017 (cf. Office fédéral de la statistique, Conditions d'habitation selon le nombre de pièces et le statut

d'occupation, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/conditions-habitation/locataires-proprietaires.assetdetail.7346188.html>, consulté le 10 juillet 2020). Au surplus, il y a également lieu de tenir compte de ce que l'ensemble des propriétaires en Suisse n'a pas fait construire ou acquis un bien immobilier neuf. Les propriétaires doivent donc également tenir compte, dans le choix des installations, dont ils équipent leur immeuble, d'une éventuelle revente ou d'un transfert de propriété à des héritiers, par exemple. De même, il n'est pas exclu, dans un secteur aussi évolutif que celui des télécommunications, qu'une technologie comme la fibre optique ou le télé-réseau soit dépassée et ne soit plus intéressante à l'avenir. Il s'ensuit qu'il importe pour le propriétaire, même s'il construit lui-même son logement, qu'il se réserve le choix futur de la technologie par le biais de laquelle il consomme des services de télécommunications, que ce soit pour lui-même ou pour le futur propriétaire de son bien. Partant, il n'y a pas lieu d'exclure les maisons individuelles du marché pertinent au motif que le propriétaire pourrait effectuer un choix entre les différentes IDI disponibles dans son immeuble.

Il s'ensuit qu'en raison de la concurrence existant entre les consommateurs et les prestataires de services actifs sur le marché des télécommunications sur le réseau filaire, il est rationnel que les propriétaires d'immeubles privilégient de laisser le plus grand choix possible aux consommateurs actuels et futurs en garantissant l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée une infrastructure pour en favoriser une autre.

Ainsi, les différentes IDI n'étaient pas substituables entre elles du point de vue des propriétaires d'immeubles durant la période de l'enquête.

**9.2.3.5** La recourante soutient ensuite que le satellite, le réseau mobile à large bande et la TNT permettraient également de fournir des services « triple play » et, partant, seraient substituables au télé-réseau du point de vue des consommateurs. Pour les mêmes raisons (cf. *supra* consid. 9.2.3.4), les propriétaires d'immeubles doivent laisser le plus grand choix possible aux consommateurs actuels et futurs en garantissant l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée une infrastructure pour en favoriser une autre. Il suit de là que le satellite, le réseau mobile à large bande et la TNT ne sont pas substituables au télé-réseau du point de vue des propriétaires d'immeubles; point n'est donc besoin d'examiner si les services fournis par le biais de ces trois infrastructures sont substituables du point de vue des consommateurs.

**9.2.4** Au surplus, on peine à saisir comment un concurrent de la recourante pourrait réorienter son offre, à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels. En effet, le développement et l'installation d'une toute nouvelle infrastructure horizontale reposant sur la même technologie CATV que le télé-réseau de la recourante engendrerait manifestement des frais élevés et nécessiterait un temps important, de sorte qu'ils ne seraient pas susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai.

**9.2.5** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le raccordement au télé-réseau - à savoir à un réseau câblé

reposant sur la technologie CATV - constitue le marché de produits pertinent. La décision attaquée ne prête pas, sur ce point, le flanc à la critique.

**9.3** Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1; arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 302 et B-506/2010 *Gaba* précité consid. 9.2; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 98; DAVID/JACOBS, op. cit., no 693; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 LCart no 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 303).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique en partant du territoire d'activité de la recourante, soit le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, au motif que la recourante était le seul propriétaire du téléseuil et des boîtes d'injections sur ce territoire.

La recourante estime qu'il serait faux de considérer que les conditions prévalant en Ville de Genève se distingueraient des conditions prévalant dans le reste de la Suisse. Elle estime ainsi que l'autorité inférieure devait procéder à des analyses des conditions prévalant dans les territoires voisins. Elle se réfère à cet effet à l'arrêt *Swisscom ADSL*, lequel indiquerait que « *Im Übrigen ist der Umstand unerheblich, dass einzelne Anbieter von draht- oder kabelgebundenen Einzelhandelsprodukten jeweils nur lokal oder regional tätig waren. Denn deren Produkte standen sowohl mit den Einzelhandelsprodukten der Swisscom-Gruppe als auch mit den Einzelhandelsprodukten der anderen, schweizweit tätigen Anbieter in direkter Konkurrenz, weil sich aus den konkurrenzierenden Produkten auf Einzelhandelsstufe keine sachlichen Gründen für eine notwendige räumliche Differenzierung ableiten lassen* » (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 306).

En l'occurrence, la recourante perd de vue qu'elle est la propriétaire de la seule infrastructure d'accès au téléseuil en Ville de Genève. S'il existe, certes, en dehors de ce territoire, d'autres fournisseurs d'accès au téléseuil - ce que manifestement personne ne conteste -, cette seule spécificité suffit à créer en Ville de Genève des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines, peu importe la situation concurrentielle existant dans ces zones. Au surplus, c'est à tort qu'elle se fonde sur la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral rendue dans l'affaire *Swisscom ADSL*. Dès lors que l'entreprise en cause était active au niveau national, elle était en mesure de créer des conditions de concurrence identiques dans l'ensemble des régions du pays. La recourante, en tant qu'elle n'est active qu'à Genève, n'est manifestement pas en mesure de le faire.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

**9.4** Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle 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 géographique (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 307; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle, lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 307 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. Clerc/KËllezi, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante et les propriétaires d'immeubles ont respectivement fourni et acquis un raccordement au téléseuil, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues pendant la période de l'enquête.

**9.5** Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché en particulier sa dimension matérielle. L'autorité a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment le raccordement aux IDI cuivre et fibre optique et au satellite. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché du raccordement aux différentes infrastructures et du marché des services de télécommunications. Pour le surplus, elle a exposé en quoi il était pertinent de ne retenir comme marché géographique que le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209 et la recourante ne remet pas en question l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer la décision attaquée sur ce point et de définir le marché pertinent comme étant le marché du raccordement au téléseuil sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209.

Mal fondés, les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

**10.** Reste à déterminer si la recourante détient une position dominante sur le marché pertinent.

**10.1** L'autorité inférieure a d'abord examiné si la recourante était à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché. Elle a analysé, dans un premier temps, la concurrence actuelle et la concurrence potentielle. Elle a rappelé que la recourante était la seule entreprise exploitant le téléseuil en Ville de Genève et détenait, de ce fait, 100 % du marché pertinent du raccordement au téléseuil. La position de la recourante lui permettait ainsi d'entraver sérieusement tout concurrent désireux d'entrer sur le marché du contenu situé en aval. Au surplus, il serait très coûteux de dupliquer

l'infrastructure horizontale de la recourante, si tant est que cela soit possible, ce qui constituerait la principale barrière à l'entrée sur le marché. Ainsi, aucune technologie ne serait susceptible d'apparaître comme substituable à l'offre du télé-réseau du point de vue des propriétaires. Elle a examiné, dans un second temps, la pression disciplinante des partenaires à l'échange et relevé que la recourante faisait face à un nombre important de propriétaires d'immeubles, de sorte qu'un propriétaire d'immeubles, pris individuellement, ne serait pas puissant sur le marché. Elle a souligné, dans un troisième et dernier temps, que la marge de manoeuvres des propriétaires d'immeubles était très faible et qu'ils ne pouvaient pas renoncer au télé-réseau au profit des seuls IDI cuivre ou fibre optique. La pression concurrentielle des marchés du contenu situés en aval n'était donc pas suffisamment forte. Elle a donc estimé que les conditions d'application de l'art. 4 al. 2 de la loi sur les cartels étaient réunies et que la recourante détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209.

La recourante estime que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de la situation de vive concurrence existant aussi bien au niveau des infrastructures que du marché des services de télécommunications. Elle fait valoir qu'en raison de cette dernière, elle ne disposait pas de la possibilité de se comporter de façon indépendante sur le marché. Elle fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir déterminé si elle était libre de fixer les paramètres déterminants de la concurrence, tels que le prix, la quantité ou le type et la qualité des produits, sur le marché déterminant, sans égard à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux. Elle avance qu'une part de marché élevée ne suffit pas à établir l'existence d'une position dominante, mais qu'il convient de tenir compte de la dynamique du marché. Elle relève que les faits constatés par l'autorité inférieure iraient à l'encontre d'une quelconque dominance du télé-réseau face aux autres infrastructures. En effet, l'autorité aurait relevé la présence de multiples infrastructures parallèles, d'une dynamique marquée par l'apparition et la croissance de la fibre optique, d'une modernisation des infrastructures existantes et du déclin relatif du télé-réseau au profit du cuivre et de la fibre optique. De même, l'autorité inférieure aborderait de façon lapidaire la question de la concurrence existant au niveau des services. Elle comparerait l'intégralité des raccordements de la recourante avec une portion seulement des raccordements de ses concurrents et verrait, à tort, dans une augmentation des offres à valeur ajoutée de la recourante la démonstration de la stabilité de sa position dominante. La recourante prétend au surplus que l'arrivée de nouveaux entrants dans le domaine des services serait rendue possible par les capacités liées en particulier à la fibre optique - et au nombre de brins disponibles et non exclusivement attribués à Swisscom - ainsi qu'au réseau cuivre DSL. Elle n'exclut par ailleurs pas l'arrivée de nouveaux entrants au niveau des infrastructures, malgré l'importance des investissements devant être consentis. Elle soutient enfin que les propriétaires d'immeubles se trouveraient en position de force, en raison de l'obligation, pour les prestataires de services, d'être préalablement raccordés à l'immeuble. Elle prétend ainsi qu'en réalité, elle ne se

trouverait pas du côté de l'offre, mais du côté de la demande.

L'intimé rappelle que la recourante est la seule entreprise active sur le marché pertinent et que la concurrence actuelle et potentielle demeure insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante. L'analyse des marchés situés en aval aurait montré que la recourante est en position de force au moins dans la fourniture d'offres « triple play » à valeur ajoutée et qu'elle était le seul acteur à fournir des offres de base de ce type. Cet élément renforcerait sa position dominante sur le marché pertinent, notamment en considérant que le taux de raccordement est élevé, que les consommateurs s'attendent à bénéficier de l'accès au télé-réseau et que la taxe de raccordement est intégrée dans les charges locatives, souvent sans que les consommateurs en aient conscience. Partant, la recourante pourrait se comporter de manière indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles et détiendrait une position dominante sur le marché pertinent.

**10.2** Selon le texte de l'art. 4 al. 2 LCart, une entreprise domine le marché si elle a la capacité de se comporter, seule ou avec d'autres entreprises, de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres acteurs du marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Tel est le cas lorsque l'entreprise est en mesure de déterminer ou d'influencer notablement les conditions dans lesquelles la concurrence se développe et de se comporter, dans une large mesure, sans avoir à tenir compte des actes et des réactions des autres acteurs du marché et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 402; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 126). A l'inverse, l'entreprise n'a généralement pas la capacité de se comporter de manière essentiellement indépendante lorsqu'elle est soumise à une pression concurrentielle suffisante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 402 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 311; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht: Kommentar, vol. 1, 3e éd. 2011, art. 4 LCart no 16 ss; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 119 ss; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 LCart no 262; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, art. 4 al. 2 LCart no 166 ss).

Il s'agit de tenir compte, dans l'examen de la position de l'entreprise sur le marché, de l'ensemble des facteurs qui plaident en faveur ou en défaveur d'un comportement indépendant (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 547; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 403 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312; BORER, op. cit., art. 4 LCart no 18; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 124; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 220). En principe, aucun élément ne permet de conclure, à lui seul, à l'existence d'une position dominante. Celle-ci résulte de l'appréciation de l'ensemble des facteurs pertinents, à la lumière des circonstances du cas d'espèce (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 403 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312).

Ceci dit, l'examen de la structure du marché constitue le critère principal sur lequel se fonde toute l'analyse d'une éventuelle position dominante. Il s'agit d'abord de clarifier la concurrence actuelle et potentielle, en tenant compte ensuite d'autres critères, tels que le contre-pouvoir des partenaires commerciaux, l'influence des marchés connexes, la structure de l'entreprise et, si nécessaire, l'examen de son comportement concret sur le marché (cf. ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 10.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 404 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 312; BORER, op. cit., art. 4 LCart no 18 s.; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 131; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 270 ss; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 220).

Ces critères ne sont toutefois pas fixes et peuvent varier selon les conditions concrètes du marché (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.1; Borer, op. cit., art. 4 LCart no 18; Clerc/Këllezi, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 132). Il suit de là que le degré de pouvoir de marché requis pour établir une position dominante peut changer considérablement d'un cas à l'autre. Il n'est, par conséquent, pas possible de le quantifier de manière générale (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313). Ceci étant dit, il n'est pas nécessaire que la position dominante supprime toute concurrence efficace sur le marché pertinent et une concurrence résiduelle peut subsister (cf. ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 10.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313 et B-2977/2007 *Publigroupe* précité consid. 6.1). De même, les raisons ayant conduit au renforcement de la position de l'entreprise sur le marché ne sont pas pertinentes (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 405 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 313; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 125).

Enfin, il y a lieu de rappeler que l'évaluation de la position de l'entreprise sur le marché fait appel à des notions concurrentielles complexes, de sorte que la certitude n'est pas exigée et que le degré de la preuve est celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 8.2; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4; arrêts du TAF B-3938/2013 *Dargaud* précité consid. 11.1, B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 158, B-829/2012 *Granella* du 25 juin 2018 consid. 7.4.3.4 et B-807/2012 *Erne* du 25 juin 2018 consid. 8.4.4.4).

**10.3** Il y a donc lieu, dans un premier temps, d'analyser la concurrence actuelle sur le marché.

**10.3.1** L'analyse de la concurrence actuelle débute par l'examen des parts de marché de l'entreprise et de la répartition générale des concurrents sur le marché. En règle générale, plus la part de marché de l'entreprise est élevée, plus il est probable qu'elle occupe une position dominante (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 439 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 331; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 275). La part de marché de l'entreprise ne suffit toutefois pas à elle seule à établir une position dominante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2 et 130 II 449

consid. 5.7.2; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 137).

Ceci étant dit, une part de marché supérieure à 50 % constitue une présomption de fait de l'existence d'une position dominante (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 442; BORER, op. cit., art. 4 LCart no 19; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 151). Celle-ci est renforcée lorsque l'entreprise dispose d'une part de marché supérieure à 60 ou 70 %. Si elle facilite la preuve, cette présomption n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices », qui peut être affaiblie par d'autres éléments. Toutefois, plus la part de marché est élevée et la présomption renforcée, plus ces éléments doivent être probants (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 442).

L'analyse de la concurrence actuelle dépend également de la répartition des concurrents sur le marché. Elle tient compte notamment du nombre de concurrents, de leurs parts de marchés, du rapport entre la part de marché de l'entreprise en cause et de celles de ses concurrents, ainsi que de leur puissance économique (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 443). En règle générale, plus les parts de marché des concurrents sont faibles et plus l'écart avec la part de marché de l'entreprise en cause est grand, plus il est probable que cette dernière détienne une position dominante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 444). En pratique, une fragmentation de la concurrence crée un écart plus important entre la part de marché de l'entreprise en cause et celles de ses concurrents. Elle constitue ainsi un indice de ce que l'entreprise détient une position dominante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 445; décision de la Comco Intensiv SA du 18 décembre 2000, in: DPC 2001/1 95, ch. 37; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 155; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 231). Dans ce cas, une part de marché inférieure à 50 % peut également suffire pour retenir une position dominante (cf. arrêt du TF 2A.142/2003 *Cablecom* du 5 septembre 2003 consid. 4.2.3; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 156; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 226).

L'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une pression concurrentielle suffisante que si les parts de marché étaient demeurées identiques pendant des années (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 447; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 148). L'érosion de la part de marché de l'entreprise en cause n'exclut cependant pas, à elle seule, l'existence d'une position dominante, en particulier lorsque celle-ci reste élevée (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.3.3.2; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 447; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 148). De même, d'importantes variations des parts de marché d'une année à l'autre n'impliquent pas nécessairement une modification de la puissance économique de l'entreprise et peuvent résulter du type d'activité déployée (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 448; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 148).

**10.3.2** S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier qu'elle est la seule entreprise exploitant un télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209, tel que délimité ci-dessus (cf. *supra* consid. 9.3). Elle a construit son réseau dès 1986. Au surplus, il ne ressort pas du dossier qu'une autre entreprise ait tenté, depuis lors, de développer, en Ville de Genève, un télé-réseau parallèle reposant sur la même technologie que le télé-réseau. Au surplus, elle a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée; acte 115).

La recourante est ainsi le seul acteur sur le marché pertinent du raccordement au télé-réseau. Cette situation n'a pas changé depuis 1986, de sorte que sa part de marché est restée stable. Enfin, elle raccorde [...] à [...] % des unités d'habitation en Ville de Genève, de sorte qu'elle touche déjà la très grande majorité des partenaires potentiels de l'échange. Son taux de pénétration sur le marché est, dès lors, très élevé et est resté relativement constant durant l'entier de la période de l'enquête.

**10.3.3** Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'existe pas de concurrence vive sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève.

Il suit de là qu'il n'existe aucune concurrence actuelle sur le marché pertinent, susceptible d'exercer une pression concurrentielle suffisante pour discipliner le comportement de la recourante.

**10.4** Il s'agit donc d'examiner si la recourante faisait face, durant la période de l'enquête, à une concurrence potentielle suffisante sur le marché pertinent qui disciplinait son comportement, malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 459 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 334; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 165 ss; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 342 ss; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 233).

**10.4.1** Il existe une concurrence potentielle suffisante lorsque de nouvelles entrées sur le marché sont à craindre. Une simple possibilité théorique ne suffit toutefois pas (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 462 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 340; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 167). L'entrée sur le marché de nouveaux concurrents doit apparaître comme suffisamment probable, d'un point de vue économique objectif, et ce, dans un délai prévisible (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 462 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 339; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 167; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 342 ss; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 233; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd. 2005, no 584).

Les conditions d'entrée, de sortie ou de mobilité sur le marché sont, par conséquent, un critère central dans l'appréciation de la concurrence potentielle. L'existence de faibles barrières à l'entrée constitue un indice de l'existence d'une concurrence potentielle suffisante. Il y a

lieu de tenir compte de l'ensemble des critères qui rendent l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent plus difficile, qui influencent son choix d'entrer ou non sur le marché, qui affectent le succès de son implantation ou qui compliquent une éventuelle stratégie de sortie du marché (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 464 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 341; ég. la liste établie par CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 170 ss; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 311 ss; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 234 ss). A cet égard, il y a lieu de tenir compte des expériences effectives ayant eu lieu dans un passé récent (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 464; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 167).

La concurrence potentielle est suffisante lorsqu'un ou plusieurs concurrents entrent sur le marché et élargissent substantiellement l'offre. Tel est le cas lorsque les partenaires de l'échange disposent de nouvelles alternatives durables, au point de ne plus dépendre des produits ou services fournis par l'entreprise potentiellement dominante (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 466 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 343; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 344a; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 233).

Enfin, il y a lieu de ne retenir l'existence d'une concurrence potentielle suffisante que si l'entrée sur le marché est suffisamment prévisible dans le temps, à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il s'agit, de manière générale, de prendre en compte uniquement les probabilités d'entrée sur le marché à deux ou trois ans (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 167), un laps de temps supérieur permettant, en principe, à l'entreprise en cause d'exploiter suffisamment son indépendance sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 465).

**10.4.2** En l'espèce, la recourante n'exclut pas l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché des infrastructures, malgré l'importance des investissements nécessaires.

Il sied cependant de rappeler que la recourante a commencé à déployer son télé-réseau en 1986 et qu'elle a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée; acte 115). L'implantation d'un télé-réseau parallèle nécessite, quant à elle, l'installation de câbles entre les différents immeubles, rues et quartiers genevois (cf. ch. 40 ss de la décision attaquée). Il s'agit manifestement de travaux importants, soumis le cas échéant à autorisation. Par conséquent, et comme le relève à juste titre la recourante, les investissements consentis sont importants.

Au surplus, il est peu probable que des propriétaires raccordent leurs immeubles simultanément à deux télé-réseaux qui utiliseraient la même technologie, si tant est que cela puisse être possible. Enfin, force est de constater qu'aucun concurrent n'a jamais tenté, depuis 1986, de développer un télé-réseau parallèle en Ville de Genève.

**10.4.3** Il s'ensuit qu'il existe, sur le marché pertinent du raccordement au téléseu en Ville de Genève, de fortes barrières à l'entrée, à la mobilité ou à la sortie de concurrents sur le marché, de sorte que les propriétaires d'immeubles dépendaient, durant la période de l'enquête, de la recourante pour le raccordement de leurs immeubles au téléseu. Au surplus, il ne ressort pas du dossier qu'une nouvelle entreprise soit susceptible d'entrer sur le marché du raccordement au téléseu dans un délai prévisible et puisse exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de la recourante.

Par conséquent, il n'existe pas de concurrence potentielle suffisante sur le marché pertinent.

**10.5** Dans l'hypothèse où il n'existe aucune concurrence actuelle ou potentielle suffisante, il y a lieu d'examiner le contre-pouvoir des partenaires commerciaux.

**10.5.1** A cet effet, il s'agit d'examiner si le contre-pouvoir des partenaires commerciaux a pu exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 487; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 160). Cette pression doit toutefois être au bénéfice de la concurrence sur le marché pertinent, en ce sens qu'elle doit permettre à d'autres acteurs de tirer parti de l'incapacité de l'entreprise en cause à se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 488). On ne saurait, en effet, conclure à l'existence d'une pression concurrentielle suffisante, au seul motif que certains partenaires commerciaux ont une puissance économique telle qu'ils bénéficient d'un large pouvoir de négociation, même partiel ou limité à certains points, à l'égard de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 488).

**10.5.2** Dans sa décision, l'autorité inférieure a examiné la pression concurrentielle exercée par les propriétaires d'immeubles. Elle a retenu que le nombre de propriétaires auxquels faisait face la recourante était important et qu'un propriétaire d'immeuble pris individuellement n'était pas puissant sur le marché.

La recourante estime que l'analyse est tronquée, en ce sens qu'elle ne tiendrait pas compte de l'importance, pour la recourante, de raccorder un immeuble et de la position de force que détiendraient les propriétaires. Elle considère se trouver du côté de l'offre, dans la mesure où elle est obligée d'être raccordée à un immeuble pour prêter ses services. Elle affirme enfin que les propriétaires sont souvent représentés par des régies ou des professionnels de l'immobilier, de sorte que leur puissance sur le marché serait renforcée.

**10.5.3** En l'occurrence, il y a lieu de relever que le nombre de partenaires commerciaux de la recourante est très élevé. Il ressort en effet du dossier que la recourante a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] à [...] % (cf. ch. 226 ss de la décision attaquée; acte 115). Elle souligne au surplus ne réaliser aucun chiffre d'affaires en relation directe avec le raccordement des immeubles (cf. ch. 489 du mémoire de recours). Quant aux services fournis par la recourante aux habitants des

immeubles, l'abonnement mensuel, par unité d'habitation raccordée, se situait entre [...] et [...] francs entre 2014 et 2016 (cf. ch. 471 du mémoire de recours).

On peine ainsi à saisir en quoi l'analyse de l'autorité inférieure serait tronquée, lorsqu'elle retient que le nombre de propriétaires auxquels faisait face la recourante était important et qu'un propriétaire d'immeuble pris individuellement n'était pas puissant sur le marché, dans la mesure où le chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec un seul immeuble ne représentait qu'une fraction minimale de son chiffre d'affaires total. Le fait que les propriétaires d'immeubles confient la gestion de leur bien à un mandataire professionnel ne change rien à ce propos, dès lors que ce dernier ne fait qu'agir au nom et pour le compte de chaque propriétaire et demeure lié par les instructions données par ce dernier.

Enfin, un immeuble doit, certes, être raccordé au téléseu de la recourante pour que celle-ci puisse y prêter ses services; personne ne le conteste. Une telle affirmation ne suffit toutefois pas, à elle seule, pour admettre que les propriétaires d'immeubles se trouveraient en position de force par rapport à la recourante. Quant à l'argumentation peu convaincante de la recourante selon laquelle elle se trouverait non pas du côté de l'offre mais de la demande, ce qui - selon elle - la placerait de facto en position de faiblesse par rapport aux propriétaires, elle perd de vue qu'une position dominante peut s'exercer tant du point de vue de l'offre que de la demande. De tels griefs n'ont ainsi pas à être examinés davantage.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles n'ont pas pu exercer une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de la recourante sur le marché pertinent.

**10.6** Il s'agit encore de déterminer dans quelle mesure les marchés connexes exercent une influence sur le comportement de la recourante sur le marché pertinent et sur sa capacité d'agir de manière essentiellement indépendante.

**10.6.1** A cet effet, il y a lieu d'examiner les conditions de concurrence sur les marchés en amont ou en aval, ainsi que sur les marchés voisins, et d'établir dans quelle mesure ils exercent une pression concurrentielle suffisante à même de discipliner le comportement de l'entreprise en cause sur le marché pertinent (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 352; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 162). Il convient de tenir compte de la pression exercée notamment par les clients et les consommateurs finaux des partenaires commerciaux de l'entreprise en cause (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 352; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 162). Tel est le cas, en particulier, lorsque ces derniers se trouvent dans une position économiquement forte, c'est-à-dire qu'ils sont en mesure, soit par le biais de leur pouvoir de négociation, soit par leur comportement sur le marché situé en aval, de restreindre la capacité de l'entreprise en cause d'agir de manière essentiellement indépendante sur le marché pertinent (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 363 s.).

**10.6.2** Dans sa décision, l'autorité inférieure retient que la recourante détenait, sur le marché du contenu situé

en aval, [...] % des offres de base en Ville de Genève pour l'année 2015. Elle constate de plus que les services prestés par les IDI cuivre et fibre optique n'influencent pas le raisonnement des propriétaires d'immeubles sur le marché du raccordement au télé-réseau et que ces derniers ne peuvent pas renoncer au télé-réseau. En effet, pour des raisons historiques, les consommateurs s'attendaient à ce que l'offre de base du télé-réseau soit disponible dans leur appartement. L'autorité inférieure estime ainsi qu'il n'existait, par conséquent, pas de pression concurrentielle suffisamment forte sur le marché du contenu situé en aval pour remettre en question la position dominante de la recourante sur le marché pertinent.

La recourante estime, quant à elle, que l'autorité inférieure aborde de façon lacunaire la question de la concurrence sur le marché du contenu situé en aval. Elle souligne qu'une observation de ce marché démontrerait une nette prédominance de Swisscom sur l'ensemble des infrastructures et des services considérés. Dite observation confirmerait également que la position de Swisscom est restée stable, voire en légère baisse, dans les segments de la téléphonie et de l'accès à Internet, mais en augmentation « fulgurante » dans le domaine de la télévision numérique. La recourante considère ainsi que Swisscom détient, à tout le moins, une position importante sur le marché et que la progression des offres groupées, de même que la diversité des prestataires de services actifs dans le domaine, ne permettent à aucun acteur sur le marché de se comporter de façon indépendante.

**10.6.3** En l'occurrence, il y a lieu d'emblée d'exclure toute pression concurrentielle provenant des prestataires de services de télécommunications via le réseau mobile à large bande, à tout le moins s'agissant des services de télévision et d'accès à Internet, en tant que les vitesses offertes durant la période de l'enquête étaient notoirement plus lentes. La recourante ne s'attarde d'ailleurs pas sur ce point.

**10.6.4** Des services de télévision peuvent être fournis par le biais d'une antenne satellite. Lorsqu'il s'agit d'une antenne collective, le signal est acheminé par le biais de l'IDI coaxiale (cf. *supra* consid. 9.2.2). La société [...] estime à 75 % le nombre de bâtiments pourvus d'une antenne collective en toiture (cf. acte 155). Elle ne renseigne toutefois pas sur le nombre d'abonnements individuels au satellite. Toutefois, compte tenu du temps d'accès au satellite, celui-ci ne proposait pas, durant la période de l'enquête, de services Internet à haut débit ou de téléphonie comparables à ceux de la recourante (ch. 32 de la décision attaquée). Force est ainsi de constater qu'aucun prestataire de services de télécommunications via satellite n'était en mesure d'exercer une pression concurrentielle à même de discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au télé-réseau.

**10.6.5** Quant aux services de base et à valeur ajoutée, accessibles via les IDI cuivre et fibre optique en Ville de Genève, il y a lieu de relever que, en réponse au questionnaire du 22 avril 2016, Swisscom a répondu avoir commercialisé plusieurs offres « triple play » à valeur ajoutée jusqu'au premier trimestre 2014. L'offre la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à

[...] francs par mois. Par la suite, Swisscom a commercialisé d'autres offres, dont la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à [...] francs par mois (cf. ch. 371 de la décision attaquée; acte 126). Swisscom a également offert, depuis lors, une offre « triple play » de base au prix de [...] francs par mois. Selon les chiffres fournis par Swisscom, cette dernière prestait, en 2013, des offres à valeur ajoutée dans [...] unités d'habitation, en 2014, respectivement des offres de base et à valeur ajoutée dans [...] et [...] unités d'habitation, et, en 2015, dans [...] et [...] unités d'habitation (cf. ch. 373 de la décision attaquée; acte 126).

Sunrise a, quant à elle, répondu en indiquant ne fournir aucune offre « triple play » inférieure à [...] francs. Il s'agit toutefois là uniquement de l'offre Internet la moins chère, sans télévision ni téléphonie. En tenant compte des offres comprenant les trois services, l'offre la moins chère s'élevait à [...] francs par mois et la plus chère à [...] francs par mois (cf. ch. 375 de la décision attaquée; acte 125). L'offre la moins chère de Sunrise se différencie toutefois en matière de prix et de prestations de l'offre de base de la recourante et se rapproche davantage des offres à valeur ajoutée les moins chères. Il suit de là que Sunrise ne preste que des offres dites à valeur ajoutée. Cette dernière prestait, en 2012, ses offres dans [...] unités d'habitation, puis en 2013, dans [...] unités d'habitation, en 2014, dans [...] unités d'habitation et enfin, en 2015, dans [...] unités d'habitation (cf. ch. 375 de la décision attaquée; acte 125).

Quant à Wingo, elle commercialisait des services multimédias dès août 2011 s'élevant entre [...] francs par mois et [...] francs par mois. Ces deux offres n'incluaient ni la télévision numérique, ni la téléphonie fixe jusqu'en mars 2013. Dès avril 2013, Wingo a offert des offres combinées « triple play » au prix de [...], de [...] francs, et de [...] francs (cf. ch. 379 de la décision attaquée; acte 112). L'offre la moins chère s'apparente en terme de prix et de prestations à l'offre de base de la recourante. Wingo prestait des offres de base respectivement à valeur ajoutée, en 2013, dans [...] et [...] unités d'habitation, en 2014, dans [...] et [...] unités d'habitation, et, en 2015, dans [...] et [...] unités d'habitation (cf. ch. 380 de la décision attaquée; acte 112).

VTX a fourni [...] offres « triple play » en 2011, [...] en 2012, [...] en 2013, [...] en 2014 et [...] en 2015, l'offre la moins chère s'élevant à [...] francs par mois (cf. ch. 382 s. de la décision attaquée; acte 111).

Enfin, Green.ch a commercialisé des services multimédias à un total de [...] clients de 2011 à 2015, l'offre la moins chère s'élevant à [...] francs par mois (cf. ch. 384 s. de la décision attaquée; acte 122). A titre de comparaison, il y a lieu de rappeler que la recourante a raccordé entre [...] et [...] unités d'habitation en Ville de Genève, la grande majorité consistant en des offres de base (cf. ch. 226 ss et 387 ss de la décision attaquée; acte 115).

Dans le cadre de la présente procédure, il ne s'agit pas de déterminer si la recourante est ou non en position dominante sur le marché de contenu situé en aval, que cela soit sur le segment des offres « triple play », de base ou à valeur ajoutée, des offres « dual play » ou des services prestés de manière individuelle. Il y a bien plus

lieu d'examiner si la puissance des autres acteurs du marché suffit à discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au téléseu en Ville de Genève.

Sur ce point, le tribunal constate que la recourante prestait, durant la période de l'enquête, près de [...] % des offres de base « triple play » et que Swisscom ne preste de telles offres que depuis 2014. S'agissant des offres à valeur ajoutée, la recourante n'en preste aucune (cf. *supra* consid. A.a), celles-ci étant proposées au consommateur directement par UPC, dont le groupe détient [...] % du capital-actions de la recourante. Toutefois, il ressort du dossier que l'analyse des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève laissait apparaître un pourcentage de clients en faveur du téléseu variant entre [...] %, [...] (cf. ch. 389 de la décision attaquée et les actes ci-avant).

Si la recourante est certes moins puissante sur le marché des services multimédias situé en aval s'agissant des offres à valeur ajoutée que s'agissant des offres de base, il n'en demeure pas moins qu'elle fait partie des acteurs principaux sur ce secteur, [...].

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir tenu compte uniquement des offres « triple play » (de base ou à valeur ajoutée) et non des offres « dual play » ou des services prestés individuellement. Il y a toutefois lieu de relever qu'elle ne produit aucun élément qui démontrerait en quoi la prise en compte de ces offres aurait modifié les conclusions auxquelles parvient l'autorité inférieure. Elle ne produit notamment aucun chiffre spécifique à la Ville de Genève, mais reconnaît que « l'analyse de [l'autorité inférieure] peut néanmoins être suivie sur un point, à savoir le caractère essentiel pour les opérateurs d'être en mesure de proposer des offres groupées aux consommateurs, ce type d'offre étant en progression marquée au cours de la période sous revue » (cf. ch. 221 du mémoire de recours). Il suit de là qu'il importe peu, contrairement à ce que soutient la recourante, que l'autorité inférieure ait centré son analyse sur les offres « triple play » de base et à valeur ajoutée, et non sur les offres « dual play » et sur les services fournis individuellement. On ne saisit pas en quoi la prise en compte de l'ensemble des possibilités de combinaison des trois services de télévision, téléphonie et Internet aurait modifié les conclusions de l'analyse à laquelle a procédé l'autorité inférieure, au surplus compte tenu des allégations de la recourante reproduites ci-dessus.

**10.6.6** Enfin, on ne saisit pas en quoi les consommateurs de services de télécommunications exerceraient une quelconque pression concurrentielle sur le comportement de la recourante. En effet, à l'instar des propriétaires d'immeubles (cf. *supra* consid. 10.5.3), le nombre de consommateurs auxquels fait face la recourante est important et, en raison du montant de l'abonnement mensuel de base par unité d'habitation se situant entre [...] et [...] francs entre 2014 et 2016 (cf. ch. 471 du mémoire de recours), le chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec un consommateur pris individuellement est faible.

**10.6.7** Il suit de là que, quand bien même il y a lieu d'admettre l'existence d'une certaine concurrence entre

les prestataires de services sur le marché du contenu situé en aval, force est de constater que la pression concurrentielle exercée par ces derniers n'a pas été suffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au téléseu durant la période de l'enquête.

**10.7** Pour apprécier l'existence d'une position dominante sur le marché, il y a enfin lieu, le cas échéant, de tenir compte de la structure de l'entreprise en cause, dès lors que celle-ci peut encourager ou, au contraire, limiter sa capacité d'agir de manière essentiellement indépendante. Dans ce cadre, il y a lieu de tenir compte, par exemple, de son appartenance à un groupe multinational d'entreprises actives depuis de nombreuses années ou dans de nombreux pays, du degré d'intégration verticale ou du contrôle exercé sur le système de distribution (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 470 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 350; CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 131; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 251).

En l'occurrence, la recourante est détenue, d'une part par la Ville de Genève, et d'autre part par UPC Cablecom Holdings GmbH. Il est notable que cette dernière fait partie du groupe Liberty Global, le plus grand câblo-opérateur à l'échelle mondiale (cf. [www.upc.ch/fr/qui-sommes-nous/liberty-global/](http://www.upc.ch/fr/qui-sommes-nous/liberty-global/); [www.libertyglobal.com/about/who-we-are/](http://www.libertyglobal.com/about/who-we-are/), tous deux consultés le 13 août 2020). Dans ce contexte, la participation du groupe Liberty Global dans le capital-actions de la recourante renforce le sentiment selon lequel la recourante est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché.

**10.8** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la recourante a pu, durant l'entier de la période de l'enquête, se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché du raccordement au téléseu en Ville de Genève. Elle était en mesure sinon de déterminer, à tout le moins d'influencer notablement, les conditions dans lesquelles la concurrence se développait sur ce marché, sans avoir à tenir compte de la réaction des autres acteurs du marché et sans que cette attitude lui ait, à ce jour, porté préjudice.

Il suit de là que la recourante disposait, durant la période de l'enquête, d'une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au téléseu sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.

Mal fondés, les griefs de la recourante doivent être rejetés sur ce point.

**11.** Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position dominante et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart).

**11.1** Le droit de la concurrence n'interdit pas d'occuper une position dominante sur le marché et celle-ci n'est pas abusive en soi, le sens de la concurrence consistant justement à acquérir une position forte grâce au succès économique et à la croissance interne (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1, 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1, 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* con-



sid. 4.3.4 et 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1; EVELYNE CLERC, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 7 al. 1 LCart no 1; BORER, op. cit., art. 7 LCart no 1 s.).

**11.1.1** La position dominante devient cependant problématique lorsque, comme l'indique l'art. 7 al. 1 LCart, un comportement abusif s'y ajoute, l'entreprise en position dominante étant en effet tout particulièrement responsable de son comportement sur le marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 7 LCart no 1 s. et 37). Le comportement abusif peut être dirigé contre d'autres entreprises ou contre les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante. C'est pourquoi l'art. 7 al. 1 LCart distingue deux formes d'abus.

Dans le premier cas, l'entreprise dominante entrave d'autres entreprises dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice. Le concept d'entrave peut prendre plusieurs formes (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 45). Il vise toutes les mesures anticoncurrentielles d'entreprises dominantes, dirigées directement contre ses concurrents actuels ou potentiels (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564), et qui limitent l'action de ces derniers sur le marché dominé ou sur des marchés voisins (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 43). Il importe donc peu que l'entrave intervienne sur le marché où la position dominante est occupée, sur un marché en amont ou sur un marché en aval (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 45).

Dans le second cas, l'entreprise dominante désavantage ses partenaires commerciaux, c'est-à-dire ses fournisseurs ou ses clients, en ceci qu'elle leur impose, par exemple, des conditions ou des prix inéquitables ou discriminatoires (cf. ZÄCH, Kartellrecht, p. 303 ss; Idem, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 186 ss, 198 ss, 213 ss, ci-après: Verhaltensweisen). Sont caractéristiques d'une pratique d'exploitation les efforts consentis par une entreprise qui utilise sa position dominante dans le but d'obtenir des avantages économiques et de porter atteinte aux intérêts de ses partenaires commerciaux et de ses usagers (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 46).

Certains comportements abusifs peuvent constituer à la fois une pratique d'entrave et une pratique d'exploitation (cf. ZÄCH, Kartellrecht, p. 316; Idem, Verhaltensweisen, p. 198; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 53). Il est par conséquent sans importance que le comportement à analyser soit une pratique d'entrave ou une pratique d'exploitation (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 388; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 42). Il est en revanche essentiel d'analyser de manière individuelle le caractère abusif et anticoncurrentiel du comportement en cause (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.1; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510).

**11.1.2** L'art. 7 al. 2 LCart dresse un catalogue exemplatif de pratiques d'entrave ou d'exploitation (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1; arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 509 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 387; Clerc, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 5). Il convient néanmoins, dans tous les cas, d'apprécier si le comportement de l'entreprise est abusif ou non en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart. Autrement dit, il y a lieu d'examiner au cas par cas si un comportement décrit à l'art. 7 al. 2 LCart constitue une pratique d'entrave ou d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2). Les éléments constitutifs de l'art. 7 al. 2 LCart ne dénotent donc pas automatiquement une pratique illicite au sens de l'al. 1, de la même façon qu'un même comportement peut remplir les éléments constitutifs de plusieurs pratiques citées à l'art. 7 al. 2 LCart (ZÄCH, Kartellrecht, p. 316; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 107 ss). Il faut donc procéder à un double examen lorsque ces éléments constitutifs sont donnés. Il s'agit, dans un premier temps, d'identifier concrètement l'existence d'une atteinte à la concurrence, c'est-à-dire l'existence d'une entrave à la concurrence affectant d'autres entreprises ou l'exploitation de partenaires commerciaux de l'entreprise dominante, puis, dans un second temps, d'examiner d'éventuelles considérations commerciales légitimes (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2, 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2 et 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.1; arrêts B-7633/2009 *Swisscom ADSL* consid. 388 et B-831/2011 *Six Group* précité consid. 510).

**11.1.3** Un comportement n'est illicite que s'il n'existe aucune considération commerciale légitimant l'entrave ou l'exploitation (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564 ss; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 99; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 7 LCart no 5 (cité: SHK); BORER, op. cit., art. 7 LCart no 9; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 57 ss et 155; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 206). De telles considérations existent en particulier lorsque l'entreprise concernée peut fonder son comportement sur des principes commerciaux (par ex. demande d'informations sur la solvabilité de ses partenaires contractuels; cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 564; ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2; pour d'autres raisons, cf. not. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.1.2). Les éléments factuels à même de justifier une pratique d'entrave ou d'exploitation doivent être avancés et présentés de manière suffisamment détaillée par l'entreprise dominante. Une simple déclaration en termes généraux ou vagues ne suffit pas (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 4.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 10.4.2).

**11.2** Dans sa décision attaquée, l'autorité inférieure a retenu que le comportement de la recourante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève remplissait indifféremment les conditions de l'art. 7 al. 2 let. c et let. e LCart et qu'il se manifestait donc par l'imposition de conditions commerciales inéquitables et par une limitation des débouchés et du développement technique. En revanche, elle a estimé qu'il ne satisfaisait pas aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. a LCart et a écarté ainsi l'existence d'un refus d'entretenir des relations commerciales.

Avant d'examiner juridiquement ces trois points, il y a lieu d'établir, dans les faits, le comportement reproché à la recourante - ce dernier remplissant, de l'avis de l'autorité inférieure, les conditions de plusieurs pratiques listées à l'art. 7 al. 2 LCart -, en commençant par présenter les différentes conventions et contrats utilisés par la recourante.

**11.2.1** La prestation de services de télécommunications par le biais du télé réseau de la recourante fait intervenir une série de conventions et de contrats entre les différents acteurs du marché:

- La convention de raccordement immobilier (CRI);
- Le contrat de raccordement individuel;
- Le contrat de raccordement collectif;
- Les conditions générales de la recourante;
- Le contrat de modernisation des IDI coaxiales;
- Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales.

**11.2.1.1** La convention de raccordement immobilier (CRI) (cf. ch. 236 de la décision attaquée) est signée entre la recourante et le propriétaire de l'immeuble et a pour objet le raccordement d'un immeuble, respectivement des IDI coaxiales de l'immeuble, au télé réseau de la recourante. La conclusion d'une CRI n'entraîne aucune obligation financière récurrente pour le propriétaire d'immeuble, ni aucune obligation de conclure un contrat de raccordement collectif ou individuel (cf. ci-dessous; ég. acte 115 p. 22). Il serait donc théoriquement possible qu'un immeuble soit raccordé au télé réseau par une CRI sans qu'aucune unité d'habitation ne bénéficie de l'offre de base en raison de l'absence de contrat de raccordement individuel ou collectif. Dans ce cas de figure, la recourante ne perçoit aucun montant périodique pour l'immeuble (cf. acte 115 p. 13). Elle a toutefois indiqué en cours d'enquête que cette situation n'était pas nécessairement dénuée d'intérêt pour elle dans la mesure où elle peut alors emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures et relier ainsi plus facilement des immeubles voisins sans passer par la voie publique (cf. acte 115 p. 23, note 5).

En annexe de sa dénonciation du 8 avril 2013, l'intimé a transmis trois CRI de la recourante, (cf. acte 1 annexes 8), dans lesquelles figurent notamment les clauses suivantes:

Art. 2.2 de la CRI

*L'installation intérieure doit répondre aux spécifications techniques établies par [la recourante], qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place. L'installation intérieure ne peut être établie et modifiée que par un installateur expérimenté, préalablement approuvé par écrit par [la recourante].*

Cette disposition avait la teneur ci-dessus de 2009 à 2015, celle-ci étant identique dans les exemples les plus récents transmis par la recourante (cf. acte 115, annexes 24).

Art. 9.4 de la CRI

*Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par [la recourante] et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'ins-*

*tallation intérieure raccordée à la boîte d'injection [...], [la recourante] est autorisée à résilier la présente convention et/ou suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection et/ou des accès individuels de l'une ou l'autre des unités locatives à l'installation intérieure, ce qui entraînerait la coupure immédiate de tout ou partie des services fournis par [la recourante] et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires. [La recourante] peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension.*

Cette disposition avait la teneur ci-dessus entre décembre 2009 et juillet 2015 selon les dires de la recourante (cf. acte 163, réponse 4).

A compter du mois de juillet 2015, la recourante a remplacé le début de l'art. 9.4 de la CRI par la phrase suivante: « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par [la recourante] et/ou que le [propriétaire] refuserait la remise en état de celle-ci lorsqu'elle perturbe la réception des signaux arrivant dans la boîte d'injection jusqu'aux prises situées dans les unités locatives de l'immeuble et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'installation intérieure raccordée à la boîte d'injection [...]* » (cf. acte 115 annexe 24).

**11.2.1.2** Le contrat de raccordement individuel (cf. ch. 238 de la décision attaquée) est conclu entre le consommateur et la recourante. Il permet à celui-là d'avoir accès, lorsque l'immeuble est préalablement raccordé au télé réseau de la recourante, par le biais d'une CRI, à une offre de base pour un montant d'environ [...] francs par mois et par unité d'habitation. Ce faisant, il bénéficie de certains services limités en matière de radio/télévision, téléphonie et Internet. Cette offre a été lancée en 2008 en partenariat avec UPC (cf. acte 165 annexe 12), la recourante ne prestant directement aucun service dans le domaine téléphonie et Internet. Le montant d'environ [...] francs inclut le prix du raccordement de l'unité d'habitation, les prestations de l'offre « triple play » de base, la redevance au titre de droits d'auteur et la TVA (cf. acte 115 pp. 16 et 28). Il est le même quel que soit le nombre de prises IDI activées au sein de l'unité d'habitation concernée (cf. acte 115). Les contrats de raccordement individuel sont conclus pour une durée minimale de [...] mois, résiliables ensuite [...] (cf. acte 115 annexe 26a, art. 3.4.1). La souscription à une offre de base est un préalable nécessaire et indispensable pour pouvoir souscrire à des services à valeur ajoutée proposés par UPC (cf. ch. 221 de la décision attaquée; acte 115 p. 10 s.). Il ressort du dossier qu'entre 2011 et 2015, environ [...] % des raccordements au télé réseau de la recourante reposaient sur un contrat individuel (cf. ch. 227 de la décision attaquée; acte 115 p. 13).

**11.2.1.3** Le contrat de raccordement collectif (cf. ch. 238 de la décision attaquée) est conclu entre le propriétaire de l'immeuble et la recourante. Il permet d'offrir collectivement à l'ensemble des unités d'habitation de l'immeuble les différents services relevant de l'offre de base décrite ci-dessus (cf. *supra* consid. 11.2.1.2; acte 115 p. 16). Chaque unité d'habitation a la possibilité de renoncer aux prestations offertes, auquel cas l'unité d'habitation est déconnectée individuellement du réseau ou la prise est plombée selon que les prises IDI coaxiales sont montées en série ou en étoile (cf. *supra* consid. 0).

Le propriétaire paie à la recourante un montant d'environ [...] francs par mois, par unité d'habitation recevant le signal du télé-réseau (hors les unités dont la prise est déconnectée ou plombée; cf. ch. 238 de la décision attaquée). [...]. Les contrats de raccordement individuel sont conclus pour une durée minimale de [...] mois, résiliables ensuite [...] (cf. acte 115 annexe 26a, art. 3.4.2). Le montant de la souscription à l'offre de base est ensuite facturé séparément par le propriétaire au locataire ou inclus dans les charges locatives. Il ressort du dossier qu'entre 2011 et 2015, environ [...] % des raccordements au télé-réseau de la recourante reposaient sur un contrat collectif (cf. ch. 227 de la décision attaquée; acte 115 p. 13).

**11.2.1.4** Les conditions générales de la recourante sont réunies dans un seul document, dont certaines clauses s'appliquent aussi bien à la CRI, qu'aux contrats de raccordement individuel ou collectif (A 115 annexes 26, art. 4 à 13 des conditions générales).

Celles-ci prévoient notamment, à leur art. 2.3, que « [l'IDI] doit être conforme aux spécifications techniques établies par [la recourante], qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place [...] ». Cette teneur était présente dans les conditions remises à l'autorité inférieure en 2009 et en 2015, de sorte qu'il y a lieu de retenir qu'elles ont été appliquées durant toute cette période (cf. actes 1 annexe 9 et 115 annexes 26a à c).

**11.2.1.5** Le contrat de modernisation des IDI coaxiales est conclu entre le propriétaire de l'immeuble et la recourante (cf. ch. 242 ss de la décision attaquée; not. actes 91 annexe 26 et 115 p. 33 s.). Il porte sur la mise à niveau des IDI coaxiales s'inscrivant dans le contexte de la modernisation de l'ensemble du télé-réseau opérée par la recourante dès 2006 (cf. acte 115 p. 33 s.). Dans ce cadre, plusieurs choix s'offrent aux propriétaires d'immeubles si les IDI nécessitent une modernisation: le faire à leur frais ou les faire moderniser et maintenir aux frais de la recourante, moyennant la conclusion d'un contrat de modernisation pour une période de cinq ans. Ce contrat est résiliable avant l'échéance de la période de cinq ans, moyennant paiement d'une indemnité à la recourante (p. ex. A 115 annexe 33a, art. 5.5).

La recourante a porté au dossier plusieurs contrats de modernisation des IDI coaxiales (cf. acte 115 annexe 33a). Ceux-ci reposent notamment sur les clauses suivantes:

Art. 1 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

1.1 [La recourante] s'engage à fournir gratuitement au [Propriétaire] une opération de modernisation des [IDI] connectées au Raccordement [...].

1.2 En contrepartie de la modernisation des Installations de l'Immeuble, le Propriétaire s'engage envers [la recourante] à respecter les engagements ressortant du présent contrat, en particulier ceux de l'article 7 ci-dessous ainsi que les engagements ressortant des conditions générales de modernisation et d'entretien.

[...] 1.6 Le présent contrat de modernisation des Installations, avec option d'entretien et de modernisation des Installations, ne peut porter que sur des immeubles dont les Installations sont exclusivement consacrées à la fourniture de Services à travers le Réseau Câblé [...].

A noter qu'il est indiqué en préambule des contrats que par « Services », il y a lieu d'entendre les services « que [la recourante], et/ou ses cocontractants, fournit, ou dont elle autorise l'accès, par contrat(s) séparé(s), directement ou indirectement, à ses clients ».

Art. 5 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

5.2 Le présent contrat est conclu pour une durée de 5 ans. [...]. Les conventions particulières sur la durée découlant, par exemple, d'une campagne marketing sont réservées.

[...] 5.5 [La recourante] accorde une option de sortie au Propriétaire, à teneur de laquelle le Propriétaire pourra décider de mettre valablement fin au présent contrat aux conditions mentionnées dans le présent article. En ce qui concerne la modernisation des Installations: l'option de sortie pourra être exercée au plus tôt 2 ans après l'achèvement de l'opération de modernisation des Installations par Télégénève, moyennant le paiement à Télégénève d'une indemnité de sortie [...]. Le montant de [l'indemnité de sortie] sera calculé par [la recourante] en prenant en compte tout particulièrement (i) les dépenses effectuées ou en cours par, ou pour le compte de [la recourante] dans l'exécution du présent contrat et (ii) la durée pendant laquelle le présent contrat aura déployé ses effets au moment de l'exercice de l'option de sortie [...].

[...] 5.7 Pour le cas où [la recourante] constaterait que les Installations ne respectent pas les exigences mentionnées aux articles 1.5 et 1.6 ci-dessus, pour un motif antérieur ou postérieur à la conclusion du contrat, [la recourante] aura la faculté de résilier par écrit le présent contrat avec un préavis de 30 jours, avec effet à la fin d'un mois civil. Toute résiliation de [la recourante] en conformité avec le présent article 5.6 ne donnera droit à aucun dédommagement. En outre, [la recourante] aura la faculté de réclamer au Propriétaire les dommages et intérêts en relation avec la violation des articles 1.5 et/ou 1.6, en particulier les dépenses consenties et en cours dans l'exécution du présent contrat, et de conserver, le cas échéant réclamer, en sus tout montant au titre de Prime pour la durée du présent contrat.

Art. 7 du contrat de modernisation des IDI coaxiales

7.2 En outre, le Propriétaire et le Mandataire prennent chacun et tout particulièrement les engagements suivants dans le cadre du présent contrat de modernisation et/ou d'entretien et de réparation des installations: (a) le Propriétaire et le Mandataire s'engagent à n'effectuer, et/ou faire effectuer, aucun changement sur les Installations, sauf accord préalable écrit et exprès de [la recourante] ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [la recourante] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations; (b) le Propriétaire et le Mandataire s'engagent à n'autoriser aucun tiers à accéder aux Installations, sauf accord préalable de [la recourante] et/ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [la recourante] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations.

La recourante indique que le premier contrat de modernisation sous contrat de raccordement collectif a été signé le 20 avril 2009 et que le premier contrat de modernisation sous contrat de raccordement individuel l'a été le 6 juillet 2012 (cf. acte 115 réponse 49).

La documentation publicitaire de la recourante contient notamment la mention suivante: « Le Contrat de modernisation des [IDI] assure la mise à niveau de l'installation intérieure de vos immeubles. Vos résidents pourront accéder aux services multimédias d'aujourd'hui et de demain, ce qui garantit une vraie plus-value du bien immobilier. En échange, [la recourante] obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de 5 ans. Vous bénéfi-

ciez d'une option de sortie payante au plus tôt 2 ans après la modernisation » (cf. acte 53 annexe 3).

**11.2.1.6** Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales consistent en un certain nombre de documents émis par la recourante à l'attention des installateurs professionnels de réseaux. Le dossier contient notamment un document rédigé par la recourante intitulé « recommandations techniques des installations de distribution intérieure d'immeubles (IDI) selon la norme CG20001G » (cf. acte 64 annexe 2). Selon la recourante, ses recommandations sont directement issues de la réglementation et des directives de la profession (cf. acte 198 N 287).

Les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales, datées de décembre 2015, mentionne que « [les] équivalences de matériel sont acceptées pour autant qu'elles correspondent strictement aux exigences; [la recourante] se réserve le droit de refuser une installation qu'elle jugerait non conforme » (cf. acte 64 annexe 2).

**11.2.2** L'autorité inférieure a interprété certaines clauses contractuelles contenues dans les conventions et contrats ci-dessus en ce sens qu'elles permettraient à la recourante de s'assurer un contrôle sur les installations intérieures d'immeubles et d'obtenir l'usage exclusif des IDI coaxiales. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par les propriétaires d'immeubles de respecter les spécifications techniques établies par la recourante au sujet de l'IDI coaxiale, de l'obligation de faire approuver le schéma d'installation par la recourante préalablement à sa mise en place, de la faculté pour la recourante de résilier le raccordement au télé-réseau ou de suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection ou des accès individuels aux IDI coaxiales en cas d'utilisation d'un système tiers et de l'engagement pris par les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI coaxiales exclusivement pour les services de la recourante en cas de modernisation de l'IDI aux frais de cette dernière.

La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, n'avoir jamais résilié le raccordement au télé-réseau en cas d'utilisation d'un système tiers et n'avoir pas résilié de contrat de modernisation en cas de violation des engagements et des garanties du propriétaire. Elle souligne que ses conditions commerciales ne limiteraient aucunement l'accès aux immeubles raccordés à son télé-réseau tant au niveau des infrastructures que des services aux consommateurs.

L'intimé, pour sa part, estime que les conditions commerciales de la recourante visent à monopoliser les IDI coaxiales en faveur de la recourante.

Partant, il s'agit, à ce stade, de déterminer si les conditions contractuelles de la recourante lui permettent d'obtenir ou de maintenir un certain contrôle sur l'utilisation des installations intérieures d'immeubles et d'obtenir l'usage exclusif des IDI coaxiales. En tant que la recourante le conteste, il y a lieu d'examiner si cela peut être déduit d'une interprétation desdites clauses.

**11.2.2.1** A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit en premier lieu recourir à l'interpré-

tation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la clause (art. 18 CO; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A\_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

**11.2.2.2** Lorsqu'une partie, au moment de conclure, présente des conditions contractuelles préétablies, elle manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions. Lorsque la volonté réelle concordante de l'autre partie contractante n'a pas été constatée ou ne peut pas l'être, comme c'est le cas, en l'espèce, en présence d'un nombre important d'autres parties contractantes, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi. Cela conduit à une interprétation objective des termes contenus dans des conditions préétablies, même si celle-ci ne correspond pas à la volonté intime de la partie qui a rédigé les conditions (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3. et 122 III 118 consid. 2a).

**11.2.2.3** Dans ces conditions contractuelles, la recourante se réserve d'abord le droit d'approuver le schéma de l'installation intérieure préalablement à son activation et exige que celle-ci soit conforme aux spécifications techniques qu'elle établit (art. 2.2 de la CRI, art. 2.3 des conditions générales de la recourante; cf. *supra* consid. 11.2.1.1 et 11.2.1.4), spécifie qu'aucun changement ne doit avoir lieu sur les installations (art. 7.2 du contrat de modernisation des IDI coaxiales; cf. *supra* consid. 11.2.1.5) et se réserve le droit de refuser une installation non conforme à ses recommandations techniques (cf. *supra* consid. 11.2.1.6). Force est de constater que ces clauses existent. La recourante estime toutefois qu'elles ne pouvaient être comprises que comme un engagement accessoire dans le cadre de ces relations avec les propriétaires d'immeubles destiné uniquement à assurer le bon fonctionnement de ses services et pour éviter qu'un problème en lien avec la responsabilité des différents intervenants ne survienne. Elle considère que les propriétaires ne pouvaient comprendre ces clauses

que dans ce sens-là, ce qu'attesterait le fait qu'elle n'ait jamais fait usage de sa faculté de résilier le contrat.

Il y a donc lieu de se demander comment les propriétaires d'immeubles pouvaient comprendre de bonne foi de telles conditions.

La recourante indique que ses « spécifications techniques » ne vont pas plus loin que les exigences de Suissedigital (cf. acte 198 N 291) et que c'est uniquement pour s'assurer du bon fonctionnement de l'installation qu'elle se réserve le droit de l'approuver. C'est donc de cette façon uniquement que ces conditions commerciales devaient être comprises par les propriétaires d'immeubles.

Il y a toutefois lieu de relever que la recourante est restée vague, dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, sur la disponibilité de ces « spécifications techniques », ne sachant, par exemple, pas si elles étaient disponibles sur son site Internet (cf. acte 222 réponse 5, p. 6). Elle n'a pas non plus indiqué si ses recommandations techniques concernant les IDI coaxiales mentionnées ci-avant (cf. *supra* consid. 11.2.1.6) et les « spécificités techniques » mentionnées à l'art. 2.2 de la CRI et dans d'autres documents contractuels ne faisaient qu'un (cf. ch. 234 de la décision attaquée).

Cette attitude démontre que la recourante ne sait, en réalité, pas, avec certitude, quels standards elle impose pour l'approbation d'une installation intérieure, standards dont la libre disponibilité n'est d'ailleurs pas établie, ni pour les propriétaires, ni pour les installateurs externes. Au surplus, il y a lieu de rappeler que l'art. 2.2 de la CRI ne renvoie pas spécifiquement aux standards fixés par Suissedigital ou une autre association indépendante de la branche, mais bien aux spécifications fixées unilatéralement par la recourante.

On ne saisit donc pas comment les propriétaires d'immeubles pouvaient ainsi comprendre, de bonne foi, que les « spécifications techniques » de la recourante n'allaient pas plus loin que les exigences de Suissedigital et que c'est uniquement pour s'assurer du bon fonctionnement de l'installation que la recourante se réservait le droit d'approuver le schéma d'installation. Il ne peut, au surplus, être exclu que les spécifications techniques de la recourante vont au-delà des exigences usuelles de la branche.

**11.2.2.4** Dans ses conditions commerciales, la recourante exige ensuite que l'installation intérieure soit exclusivement utilisée pour l'accès à ses services ou à ceux de l'un de ses partenaires et se réserve le droit, dans le cas contraire, de résilier la CRI et de suspendre le fonctionnement de la boîte d'injection et des accès individuels à l'IDI coaxiale.

La recourante fait valoir que l'IDI coaxiale peut être librement utilisée par le propriétaire, qui est libre d'installer un système tiers, même en présence d'une CRI (cf. acte 115 p. 7), que cette dernière ne confère d'ailleurs aucune exclusivité d'utilisation à la recourante, et qu'elle ne règle que des modalités d'accès dictées par des considérations techniques. Elle souligne n'avoir jamais, à ce jour, fait usage de la faculté que lui confère l'art. 9.4 de la CRI de résilier et d'interrompre le raccordement en

cas d'utilisation simultanée d'un système tiers. Elle fait ainsi valoir implicitement que c'est dans ce sens-là que les propriétaires d'immeubles devaient, de bonne foi, comprendre l'art. 9.4 de la CRI.

Il y a lieu de souligner toutefois que l'art. 9.4 de la CRI mentionne, contrairement à ce que soutient la recourante, expressément que lorsque « *une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement* » pour l'accès aux services de la recourante, cette dernière peut résilier la CRI et interrompre le raccordement au télésexeau. Elle l'admet d'ailleurs dans son mémoire de recours (ch. 319), indiquant que « *la CRI n'interdit pas par principe une utilisation de l'IDI coaxiale par des tiers* », mais précise quelques lignes plus bas que « [elle] ne fait que prévoir [...] la possibilité de résilier la CRI lorsque l'IDI coaxiale n'est pas dédiée exclusivement aux services de la recourante ». Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ne pouvaient, de bonne foi, comprendre l'art. 9.4 de la CRI que comme une menace selon laquelle les services de la recourante seraient interrompus - qui plus est sans sommation préalable obligatoire - si l'installation intérieure n'était pas utilisée exclusivement pour l'accès aux services fournis par la recourante. Cette disposition peut donc être comprise comme un engagement ferme du propriétaire d'immeuble d'accorder à la recourante l'usage exclusif de l'IDI coaxiale.

**11.2.2.5** Dans la convention de modernisation des IDI coaxiales, la recourante exige enfin que les installations faisant l'objet d'une modernisation soient exclusivement consacrées à la fourniture de ses services. Elle n'autorise aucun tiers à accéder aux installations pendant la durée du contrat et prévoit que ce dernier est conclu pour une durée de 5 ans, avec une option de sortie au plus tôt 2 ans après l'achèvement de la modernisation et moyennant le versement d'une indemnité par le propriétaire.

La recourante souligne que les contrats de modernisation des IDI coaxiales s'inscrivent dans le contexte général de l'évolution des réseaux de télécommunications, qui doivent pouvoir offrir de meilleurs et plus nombreux services aux consommateurs. Elle rappelle que le réseau DSL de Swisscom a lui aussi fait l'objet d'une modernisation et que la modernisation de son réseau était d'autant plus nécessaire au vu du déploiement de la fibre optique. Elle précise que, les infrastructures intérieures appartenant aux propriétaires, il eût été logique que ces derniers en financent la modernisation. Toutefois, celle-ci s'inscrit également dans la perspective d'une offre de services améliorée sur le long terme et sert ainsi également l'intérêt de la recourante. C'est pour cette raison qu'elle aurait proposé aux propriétaires la prise en charge des frais de modernisation. Elle précise ainsi que les propriétaires avaient ainsi le choix de rien faire et conserver les installations existantes, d'effectuer la modernisation à leurs propres frais ou d'effectuer la modernisation aux frais de la recourante, le cas échéant assortie d'une option d'entretien des infrastructures. Elle fait valoir qu'aucune clause des contrats de modernisation ne prévoirait une exclusivité d'usage à son bénéfice, mais que le contrat ne ferait que préciser qu'aucun tiers ne peut accéder aux installations intérieures, sans son accord (cf. acte 115 p. 35 s.). Elle ajoute que cette disposition de nature juridique et tech-

nique lui permettrait en théorie de s'opposer à ce qu'un tiers utilise les installations dont elle aurait financé la modernisation, puisque toute utilisation présuppose un accès aux installations. Elle précise avoir clarifié ce point dans une version plus récente du contrat de modernisation. Dans tous les cas, elle souligne que le propriétaire demeure libre de résilier avant son échéance le contrat de modernisation ou d'utiliser ses installations à d'autres fins que la seule transmission des signaux du téléseuil de la recourante, moyennant une indemnité pour les investissements réalisés » (cf. acte 115 p. 35 s.). Elle précise cependant que, si les contrats de modernisation prévoyaient la possibilité de résilier le contrat et de réclamer un dédommagement au propriétaire en cas de violation, par le propriétaire, de ses engagements, elle n'a jamais fait usage de cette disposition (cf. 116 ss du mémoire de recours). Il y a ainsi lieu de déterminer si les propriétaires d'immeubles pouvaient, de bonne foi, parvenir aux mêmes conclusions que la recourante sur la portée du contrat de modernisation des IDI coaxiales.

D'emblée, il y a lieu de relever que personne ne remet en cause l'intérêt de la recourante de moderniser ou de faire moderniser les installations intérieures d'immeubles afin d'augmenter le niveau de ses services et de rester compétitive sur le marché du contenu « triple play ». De même, il ne s'agit pas de remettre en cause le choix de la recourante de moderniser à ses frais les installations d'immeubles. Toutefois, l'art. 1.6 du contrat de modernisation précise qu'il ne peut porter que sur des installations « exclusivement » consacrées à la fourniture des services de la recourante. La documentation publicitaire de la recourante mentionne d'ailleurs également qu'en contrepartie de la modernisation, la recourante obtient « l'usage exclusif des IDI ». De plus, le propriétaire s'engage « à n'effectuer, et/ou faire effectuer, aucun changement » sur les installations et « à n'autoriser aucun tiers à accéder » à celles-ci, sans l'accord de la recourante (art. 7.2). Dans le cas contraire, la recourante dispose de la faculté de résilier le contrat et de réclamer le remboursement notamment des dépenses consenties (art. 5.7). Contrairement à ce que soutenait la recourante durant la procédure devant l'autorité inférieure - celle-ci a d'ailleurs admis qu'un doute pouvait subsister (cf. ch. 259 de la décision attaquée; acte 115 p. 35 s.) -, tant le contrat de modernisation que la publicité destinée aux propriétaires d'immeubles font expressément référence à un usage exclusif des IDI par la recourante concédé par le propriétaire.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ne pouvaient, de bonne foi, comprendre les conditions commerciales figurant dans le contrat de modernisation d'immeubles comme le présente la recourante dans le cadre de la présente procédure. Elles peuvent être, de bonne foi, comprises comme un engagement ferme des propriétaires d'immeubles d'accorder à la recourante l'usage exclusif des IDI modernisées, sous peine de devoir indemniser la recourante en cas de non-respect de cette exclusivité.

**11.2.2.6** En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats conclus entre la recourante et les propriétaires d'immeubles et dans les conditions générales

de la recourante, il existe un indice que la recourante attachait une certaine importance à la manière dont sont utilisées les IDI coaxiales. Ces clauses ne suffisent toutefois pas à elles seules pour admettre que la recourante souhaitait conserver le contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêchait les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante.

Il sied ainsi d'examiner s'il existe d'autres éléments au dossier qui abondent en ce sens.

**11.2.3** Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que la recourante conservait un certain contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et excluait, par là-même, tout tiers potentiel en empêchant les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante, en raison de la nature des clauses mentionnées ci-avant.

**11.2.3.1** Dans son mémoire de recours, la recourante a rappelé qu'elle n'avait jamais fait usage de son droit de résilier le contrat ou de couper le téléseuil en cas d'utilisation de l'installation intérieure par un système tiers. Ce faisant, elle sous-entend que les propriétaires d'immeubles ne ressentaient aucune pression, malgré la clause litigieuse de la CRI.

Toutefois, il y a lieu de relever que, dans un jugement JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 (cf. acte 17 en annexe), le Tribunal de première instance genevois constate notamment que « la société [...] active dans l'installation du câble et satellite, n'avait, entre 2004 et 2008, installé aucun système Supermédia en raison du litige existant entre [l'intimé] et [la recourante], hormis chez quelques particuliers résidents dans des villas. La société [...] avait pourtant contacté les régies de la place avec lesquelles elle collaborait, mais faute d'autorisation de leur part (accord ferme ou contrats signés) pendant cette période, la société n'avait pas pris le risque d'installer le système de [l'intimé] par crainte que le téléseuil ne fût coupé » (consid. 28).

Il suit de là que, quand bien même les faits décrits ci-dessus ne concernent qu'une société active dans l'installation du câble et du satellite et portent sur la période 2004 à 2008 - soit avant l'adoption de l'art. 9.4 de la CRI (cf. *supra* consid. 11.2.1.1), de telles déclarations constituent un indice en faveur d'un risque pour les propriétaires d'immeubles que la recourante coupe unilatéralement le raccordement d'un immeuble au téléseuil en cas d'utilisation d'un système tiers. Il ne fait aucun doute que l'art. 9.4 de la CRI, introduit en 2009, était perçu de manière similaire et avait un effet dissuasif sur le comportement des propriétaires.

**11.2.3.2** L'autorité inférieure a examiné différents immeubles sur lesquels le système Supermédia a été ou a voulu être installé en parallèle du téléseuil de la recourante. La recourante fait également valoir n'avoir jamais refusé de conclure une CRI en raison de la présence d'un tiers sur une même IDI coaxiale et indique que le système Supermédia est présent sur les immeubles examinés lors de l'enquête.

Il y a lieu de reprendre un à un ces immeubles:

- Immeuble sis Rue Cramer

La recourante a fait savoir à l'intimé, dans un courrier du 25 février 2013, que « [le] couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et [télé-réseau] pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]). [Nous] pouvons d'ores et déjà vous rappeler que nous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du télé-réseau dans les schémas de l'installation [...] » (cf. acte 1 annexe 7).

Dans un courrier du 27 mars 2013, la recourante a encore informé l'intimé que « [la recourante] a déjà eu l'occasion d'indiquer à [l'intimé] qu'elle désapprouve tout raccordement ne garantissant pas un fonctionnement irréprochable de son service, dont elle est responsable envers le client final. Dans le cas d'espèce, le couplage de deux signaux sur la prise par laquelle est acheminé le signal télévisuel, ceci au moyen d'une installation non validée par [la recourante], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne [...]. [La recourante] n'a ainsi aucune raison de s'écarter de ses directives claires pour le raccordement au télé-réseau qu'elle applique indistinctement à tous ses partenaires, dont [l'intimé] » (cf. acte 17 en annexe).

Dans un courrier du 19 juin 2013 adressé à [...], la recourante a mentionné que « [il] nous manque à ce jour une convention de raccordement d'immeuble (CRI) dûment signée par le propriétaire de l'immeuble, acceptant sans exception nos conditions de raccordement » (cf. acte 6 annexes 10). La recourante l'avait d'ailleurs déjà indiqué dans son courrier du 6 juin 2013: « Nous sommes malheureusement au regret de vous confirmer à nouveau que nous ne pouvons pas prendre en compte les modifications/ajouts/suppressions qui ont été portés à la Convention de Raccordement d'immeuble 'CRI' » (cf. acte 6 p. 1 et annexes 10). Le courrier de la recourante du 16 mai 2013 va également dans ce sens (cf. acte 6 annexes 10). Dans un courrier du 8 avril 2013 adressé à la recourante, [...] avait, en effet, au préalable mentionné que « [dans] la mesure où le propriétaire a installé à ses frais exclusifs le réseau intérieur de distribution, les clauses relatives auxdits réseaux ont été tracées, le Maître d'Ouvrage ainsi que la future régie entendant rester maîtres de l'utilisation de ce réseau » (cf. acte 6 annexes 10).

La recourante aurait ainsi d'abord refusé de raccorder les immeubles à son télé-réseau en raison de la présence du système Supermédia, respectivement si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée (cf. acte 154 réponse 3a). La recourante fait valoir dans sa prise de position du 16 octobre 2017 que le raccordement au télé-réseau aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique remis par l'intimé (cf. acte 198 N 390).

Le système Supermédia a pu finalement être installé et une antenne TNT a été installée à la place du télé-réseau de la recourante (cf. actes 1 annexes 7 à 9, 6 et annexes, et 165 réponse 1a). L'immeuble n'a donc pas été raccordé au télé-réseau de la recourante (cf. acte 198 N 16 et 392), contrairement au souhait initial du maître d'ouvrage (cf. acte 6 annexes 10).

- Immeuble sis Rue Le-Fort

La recourante a refusé de raccorder l'immeuble en raison de la présence du système Supermédia en parallèle. Elle a déclaré que « [elle] refuse de connecter le télé-réseau sur les boîtiers proposés par [l'intimé] en raison notamment du risque de piratage et des risques d'interférence » (cf. acte 165 annexe 5 consid. 29). Une négociation de longue haleine s'en est suivie entre l'entreprise générale de construction et la recourante, celle-ci ayant fini par saisir la justice en 2008 d'une action en cessation du trouble à l'encontre du propriétaire et de l'intimé, laquelle n'aurait toutefois pas abouti. Il se serait agi du premier

marché pour le système Supermédia (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 26 en annexe; actes 139 et 165 réponse 1b et annexes 4 et 5). L'immeuble a finalement été raccordé au télé-réseau au plus tard en 2006 (cf. acte 198 N 16 [qui mentionne 2006] et acte N 399 [qui mentionne 2004]), en parallèle du système Supermédia (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 6 en annexe; ég. acte 139). Le satellite et le télé-réseau utilisent une seule IDI coaxiale (cf. acte 198 N 16 et 395).

- Immeuble sis Route de Malagnou

Le système Supermédia a été dénigré par les responsables de la recourante, ce qui a provoqué la procédure pénale s'étant soldée par l'arrêt du TF 6B\_824/2007 du 17 avril 2008 (acte 91; cf. *infra* consid. 11.2.3.4). Le système Supermédia a été installé en fin de compte et l'immeuble a été raccordé au télé-réseau en 2004. Toutefois, l'immeuble repose sur deux IDI coaxiales parallèles utilisant chacune leur propre signal (cf. acte 198 N 16 et 402).

- Immeuble sis Rue Abraham-Gevray

Dans un courrier du 7 mars 2014 adressé à l'intimé, la recourante a fait savoir que « nous vous informons qu'à ce jour, nous n'avons toujours pas reçu la [CRI] dûment signée par le propriétaire ou sa gérance. Au vu de ce qui précède, nous ne sommes pas en mesure de terminer les travaux permettant le raccordement de l'immeuble au télé-réseau » (cf. acte 23 et ses annexes). L'intimé indique que le propriétaire avait initialement refusé de signer la CRI de la recourante en raison des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale. Vu le refus de la recourante de revoir sa position, l'intimé a procédé à l'installation de la TNT à ses propres frais (cf. actes 27 p. 3, 139, et 165 réponse 1d et annexe 7). L'immeuble a par la suite été raccordé au télé-réseau en 2016 suite à la signature de la CRI par le propriétaire (cf. acte 198 N 16 et 405). L'immeuble repose sur deux IDI coaxiales parallèles utilisant chacune leur propre signal (cf. acte 198 N 16).

- Résidence [...] à Cologny

Dans un courrier du 20 mai 2008, adressé à l'agence immobilière [...], la recourante a indiqué que « [votre] décision de choisir [le système Supermédia], sans nous avoir donné l'opportunité de présenter nos solutions techniques contrairement à ce qui s'est passé avec notre concurrent, nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et [à] la mise en place d'un tel projet [...]. Nous sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si la copropriété souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Télé-réseau » (cf. acte 91 annexe 20).

La résidence, qui représente plusieurs centaines d'appartements, n'a ainsi pas été raccordée au télé-réseau (cf. actes 91 réponse B12 et annexe 20, 165 réponse 1e et annexe 8, ainsi que 198 N 407). Dans sa prise de position, la recourante a néanmoins expliqué la teneur de son courrier en indiquant que ce projet était particulier en ce sens qu'il se situait en dehors de la zone qu'elle dessert, et qu'amener le télé-réseau jusqu'à Cologny aurait dès lors été un projet hors normes. Ce raccordement aurait selon la recourante demandé des investissements très importants liés à l'éloignement géographique de cet immeuble avec le tracé existant de son télé-réseau. Dans ces circonstances, la recourante a indiqué qu'elle ne pouvait espérer avoir un retour sur investissement que si une majorité des résidents décidaient de s'abonner auprès d'elle. Or, les contacts avec les copropriétaires s'étant révélés difficiles, la recourante aurait retiré son offre (cf. acte 198 N 343 ss).

Il y a ainsi lieu de relever que, pour la majorité des immeubles examinés dans le cadre de l'enquête, ceux-ci

ont effectivement été, au final, raccordés au téléseu de la recourante, ce à quoi s'ajoute que des systèmes satellitaires y sont également présents (cf. ch. 298 ss de la décision attaquée; acte 198 N 16). Toutefois, la recourante a toujours exigé la signature de sa CRI, sans modification, avant de raccorder un immeuble (cf. p. ex. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 28 en annexe; ég. actes 23 et 212 annexes 4 à 11).

Ainsi, il suit de ce qui précède que, nonobstant le fait que certains immeubles aient été finalement raccordés au téléseu, la recourante impose la signature d'une CRI, sans modification, c'est-à-dire contenant les clauses litigieuses. Dans la plupart des cas, l'installation du téléseu s'est alors faite en parallèle, sur une prise IDI différente du système tiers déjà présent dans l'immeuble.

Un tel constat est renforcé par les divers courriers reproduits ci-dessus. Les échanges de courriers des 8 avril et 6 juin 2013 avec [...] démontrent notamment la volonté de la recourante de conserver l'usage exclusif de l'IDI, même lorsque celle-ci a été installée aux frais du propriétaire (cf. acte 6 annexes 10). Quant à la Résidence [...] à Cologny, même s'il s'agit d'un immeuble situé en dehors du marché géographique pertinent et sur un territoire pour lequel la position de la recourante sur le marché n'a pas été examinée, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un indice du comportement général de la recourante à l'égard de ses concurrents, cette dernière refusant de raccorder l'immeuble au téléseu, à moins que la copropriété revienne sur son choix et passe exclusivement au téléseu (cf. acte 91 annexe 20). Ce comportement ne vise d'ailleurs pas exclusivement l'intimé et le système Supermédia, la recourante ayant rappelé qu'elle n'avait « aucune raison de s'écarter de ses directives claires pour le raccordement au téléseu qu'elle applique indistinctement à tous ses partenaires, dont [l'intimé] » (cf. acte 17 en annexe).

Les expériences des propriétaires d'immeubles décrites ci-dessus confirment la volonté de la recourante d'appliquer strictement le contenu de sa CRI et qu'elle ne tolère pas la modification de celle-ci et attend de ses partenaires qu'ils s'y soumettent. Il ressort également des différents courriers de la recourante que ses réponses sont données sans prise en compte de la configuration existant dans l'immeuble ni de la volonté des propriétaires de faire cohabiter plusieurs systèmes. Hormis, en effet, un cas de cohabitation sur la même IDI coaxiale, la recourante n'accepte de raccorder l'immeuble au téléseu que lorsque l'installation intérieure est dédoublée, de sorte que la recourante dispose de l'utilisation exclusive de l'une d'elle.

**11.2.3.3** La recourante fait encore valoir que l'approbation des schémas d'installations sert uniquement à garantir le bon fonctionnement des services fournis par son téléseu et à éviter des problèmes techniques. Elle relève qu'elle n'exige rien de plus que ce que prévoient les directives de Suissedigital, lesquelles permettraient à un câblo-opérateur de refuser le raccordement lorsque le schéma d'installation ne correspond pas auxdites directives.

A cet effet, il y a lieu de rappeler que Suissedigital est une association de droit suisse au sens des art. 60 ss CC, inscrite au registre du commerce du canton de Berne, ayant pour but d'encourager et de défendre les intérêts des entreprises de réseaux de communication en Suisse et dans la Principauté du Liechtenstein (cf. Extrait du registre du canton de Berne concernant SUISSEDIGITAL, <https://be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-108.029.516>, consulté le 24 août 2020). En tentant de justifier son comportement, par le fait qu'il ne va pas plus loin que la réglementation établie par Suissedigital, la recourante part de la prémisse erronée que cette réglementation, de nature associative, serait conforme au droit des cartels. Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas; cela étant, il n'y pas lieu de l'examiner dans le cadre de cette procédure.

Dans son courrier du 25 février 2013 adressé à l'intimé (cf. *supra* consid. 11.2.3.2; acte 1 annexe 7), la recourante a fait savoir ne pas pouvoir autoriser le couplage des réseaux pour des raisons de responsabilité. Elle a indiqué que « nous ne pouvons nous prononcer sur un schéma qui ne contient pas l'ensemble des éléments précités nécessaires à notre détermination. Toutefois, nous pouvons d'ores et déjà vous rappeler que nous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du téléseu dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments quels qu[e] [...] des 'prises supermédia' ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ».

Il suit de là que, avant même de pouvoir vérifier en l'espèce le schéma de l'installation de l'immeuble concerné, la recourante a manifesté un refus clair d'autoriser un schéma contenant le système Supermédia, ou tout autre élément non conforme à ses propres prescriptions techniques (et non celles de Suissedigital ou la réglementation légale). Un tel comportement constitue un indice de ce que la recourante se réservait le droit de décider si une installation tierce pouvait être installée ou non, selon sa propre appréciation, conservant, par là-même, un contrôle certain sur l'installation intérieure des immeubles.

**11.2.3.4** Le comportement de la recourante s'inscrit enfin dans un contexte de tension entre la recourante et l'intimé.

Le 17 avril 2008, les organes dirigeants de la recourante ont été définitivement condamnés par le Tribunal fédéral pour concurrence déloyale envers l'intimé (cf. arrêt du TF 6B\_824/2007 du 17 avril 2008; ég. acte 91). Fin 2004, des collaborateurs de la recourante avaient en effet envoyé notamment à une régie immobilière un courrier indiquant que le système Supermédia consistait « pour le client à aller chercher à l'étranger des cartes d'abonnement aux chaînes de péage et donc d'agir en tout illégalité vis-à-vis du droit suisse. Etant garante d'une certaine éthique commerciale, [Naxoo ne peut] donc pas valider cette démarche » (cf. arrêt 6B\_824/2007 précité consid. B; ég. acte 91 annexe 18 pièce 8).

Le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation du directeur général, du directeur général adjoint et du responsable du service client de l'époque pour concurrence



déloyale au sens de l'art. 23 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241). Il a notamment retenu que « *plusieurs communes ont, suite aux courriers des recourants, suspendu leur collaboration avec l'intimé jusqu'à droit jugé dans la présente cause. Or, cette suspension est objectivement de nature à désavantager [l'intimé] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché [...]* » (cf. arrêt 6B\_824/2007 précité consid. 2.1.2).

Plusieurs autres arrêts et jugements concernant la recourante et l'intimé figurent encore au dossier.

Le 19 juillet 2011, le Tribunal fédéral a rejeté le recours constitutionnel subsidiaire formé par l'intimé dans un litige portant sur l'adjudication d'un contrat d'entreprise à Cablecom Sàrl pour la modernisation du réseau, d'un contrat de service pourtant sur la mise à disposition des compétences de Cablecom Sàrl en matière de téléphonie et d'Internet à haut débit, ainsi que d'un contrat de distribution des signaux télévision de la recourante auprès des réseaux de distribution de signaux de télévision dans lesquels cette dernière était actionnaire (cf. arrêt du TF 2D\_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. A; ég. Acte 17 en annexe).

Le 14 janvier 2014, le Tribunal de première instance genevois a constaté que, depuis 2006, l'intimé a fait notifier chaque année un commandement de payer au directeur général de la recourante, ainsi qu'à cette dernière pour la somme de 200'000 francs, avec intérêts à 5 % l'an au titre de dommages et intérêts, ainsi que de tort moral pour les actes de concurrence déloyale commis par la recourante et son directeur général (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. 17 en annexe). Le Tribunal de première instance est parvenu à la conclusion que le dommage ne pouvait être estimé en application de l'art. 42 al. 2 CO, que l'intimé n'avait ainsi pas apporté la preuve de son dommage et que l'intimé ne détenait pas de créance envers le directeur général de la recourante de l'époque (cf. acte 17, jugement du Tribunal de première instance genevois JTPI/871/14 du 14 janvier 2014 consid. R, en annexe). Il a ainsi annulé la poursuite initiée par l'intimé en ce sens.

Il suit de ce qui précède que la recourante et l'intimé se trouvent en conflit depuis près de vingt ans, lequel a fait l'objet de plusieurs procédures pénales, civiles et administratives. Cela ne vient toutefois pas affaiblir les constatations en lien avec le comportement général de la recourante, au contraire.

**11.2.3.5** D'autres éléments au dossier plaident, en effet, en faveur d'une telle attitude avec les différents acteurs du marché, en particulier les entreprises installant et distribuant des infrastructures de télécommunications. Ainsi, dans un courriel du 23 avril 2015, adressé à la recourante par le directeur de la société [...], ce dernier a écrit: « *Je me permets de revenir sur nos discussions téléphoniques d'hier. Je voudrais vraiment garder de bonnes collaborations entre [la recourante] et [...] et trouve vraiment regrettable que vous vouliez les interrompre aussi brutalement à cause de la seule présence de [l'intimé] au [conseil d'administration] de [...] qui semble vous poser un problème. [L'intimé] m'apporte un soutien technique dans mon travail mais je vous rassure*

*que j'ai l'entière gestion opérationnelle, commerciale et administrative de l'entreprise nommée en tant [que] directeur et ceci sans aucune pression de [l'intimé]* » (cf. acte 62 annexe C).

De même, le 5 août 2016, l'entreprise individuelle [...] a déclaré que « *lors d'une réunion qui s'est tenue dans mon bureau [...] en présence de [...], [...] [de la recourante] m'avait très clairement indiqué qu'il considérait que j'avais un parti pris pour [l'intimé] et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre [la recourante] et [...] et qui représentait un chiffre d'affaires important* » (cf. acte 154 réponse 3a).

Ces deux échanges constituent ainsi un indice de ce que la recourante voulait être la seule à fournir des prestations de télécommunications en lien avec un immeuble déterminé. Elle a encouragé, tout d'abord, [...] à interrompre sa collaboration avec l'intimé, puis [...], en sous-entendant qu'il valait mieux prendre son parti que celui de l'intimé, sous peine de perdre un important partenaire commercial.

**11.2.3.6** A cela s'ajoute le comportement général de la recourante avant l'ouverture de l'enquête préalable. Suite à la dénonciation de l'intimé, le secrétariat a invité la recourante à négocier une solution afin d'opérer la technologie Supermédia en parallèle aux services que la recourante fournit à ses clients (cf. acte 7). La recourante a tout d'abord fait valoir un contentieux avec l'intimé étranger au droit de la concurrence, puis a indiqué vouloir « *poursuivre la réflexion* » et « *étudier les accords existants entre l'intimé et UPC* », tout en requérant divers documents de la part du secrétariat (cf. acte 9). La recourante a ensuite informé le secrétariat que « *[j]a seule solution permettant, dans l'immédiat, à moyen et long terme, de préserver la qualité de services ainsi que les capacités d'évolution de nos prestations est d'effectuer une claire répartition des responsabilités entre les opérateurs [...]* », avant d'ajouter que « *[n]ous n'avons pour l'heure entrepris aucune démarche en vue de trouver un quelconque accord avec [l'intimé]* » (cf. acte 12). Ultérieurement, le secrétariat a invité la recourante à informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représentait pas un cas d'application de l'art. 9.4 de la CRI, pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par la recourante (cf. acte 21). En retour, la recourante a posé trois conditions, puis quatre autres, pour pouvoir autoriser la présence d'un système tiers et être en mesure, en parallèle, d'offrir un service de qualité à ses clients. Elle indique vouloir imposer ensuite quatre nouvelles obligations à charge des propriétaires désireux de véhiculer deux signaux distincts sur un même support (cf. acte 26). Les échanges de courriers qui ont suivi (cf. actes 28 à 33, 39 et 40) n'ayant pas fait avancer la situation et aucun accord sur la façon de faire cohabiter le réseau de la recourante et le système Supermédia n'ayant été trouvé (cf. actes 43 à 53), le secrétariat a ouvert une enquête préalable le 29 janvier 2015, au motif principal que les pièces transmises par la recourante tendaient à démontrer que la recourante n'avait pas l'intention de changer de pratique et que cette dernière pouvait impacter négativement la concurrence.

Les exigences de la recourante formulée durant l'observation du marché effectuée par le secrétariat renforcent le sentiment que la recourante voulait être la seule à fournir des prestations de télécommunications en lien avec un immeuble déterminé et qu'elle ne tolérerait un système tiers parallèle que si cette cohabitation ne pègre pas la qualité de ses services de télécommunications.

**11.2.3.7** Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les éléments discutés ci-dessus, en particulier l'analyse de la situation des différents immeubles sur lequel un système tiers est ou voulait être installé, de même que les réponses fournies par la recourante aux demandes des propriétaires constituent un indice supplémentaire que le comportement de la recourante avait pour objectif d'exercer un contrôle sur les différentes installations intérieures d'immeubles en empêchant les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers, par le biais notamment de clauses dissuasives.

**11.2.4** Comme exposé plus haut, les différents documents contractuels et conditions de la recourante démontrent l'existence d'un engagement pris par les propriétaires d'immeubles d'accorder à la recourante l'usage exclusif de l'IDI coaxiale et que celui-ci est présumé avoir été mis en oeuvre. Or, dès lors qu'il a été établi que la recourante refusait de raccorder un immeuble au télé-réseau en l'absence de la signature de la CRI et requérait, sauf dans l'immeuble sis Rue Le-Fort, que le propriétaire construise une seconde installation intérieure destinée aux systèmes tiers, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices de ce que la recourante utilisait sa position dominante et le fait que ses services apparaissaient comme indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer un contrôle de l'IDI coaxiale et pour être la seule à fournir des services de télécommunications par le biais de l'IDI coaxiale. Elle n'autorisait un tiers qu'à des conditions très strictes, fixées par elle-même, notamment celle d'être en mesure de prester le même niveau de qualité de ses services de télécommunications.

En outre, les expériences décrites par l'intimé et les différents acteurs sur le marché interrogé par le secrétariat parlent, dans une certaine mesure, également en faveur de l'existence de pressions sur les propriétaires d'immeubles exercées par la recourante, dans le but que ceux-ci renoncent à tout système tiers. Cette conclusion est encore appuyée par l'intensité du conflit existant entre la recourante et l'intimé et les diverses actions entreprises par la recourante et les membres de sa direction à l'encontre de l'intimé.

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le comportement de la recourante consistait à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale.

Une telle conclusion ne préjuge encore rien du caractère illicite du comportement de la recourante, lequel sera examiné ci-dessous sous l'angle de l'art. 7 LCart.

**11.3** Selon l'art. 7 al. 2 let. c LCart, est notamment réputé illicite le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables.

**11.3.1** Afin de retenir un abus au sens de dite disposition, les conditions suivantes doivent être remplies: (i) le comportement examiné doit viser les prix ou d'autres conditions commerciales, (ii) les prix ou les autres conditions commerciales doivent être imposés par l'entreprise en position dominante, (iii) les prix ou les autres conditions commerciales doivent être inéquitables et enfin (iv) le comportement respectivement les prix ou les autres conditions commerciales inéquitables ne peuvent être justifiés par des considérations commerciales légitimes (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 292).

**11.3.2** L'art. 7 al. 2 let. c LCart porte non seulement sur le prix, mais aussi sur toutes les autres conditions commerciales, sans qu'il soit nécessaire d'opérer une distinction entre les deux. La notion de prix comprend non seulement celui-ci, mais également tous ses composants, comme les rabais, bonus, escomptes ou autres modalités de calcul de ces composants (cf. arrêt du TAF B-3618/2013 *Starticket* du 24 novembre 2016 consid. 277). Quant aux autres conditions commerciales, il s'agit de toutes les autres modalités d'exécution convenues entre l'entreprise dominante et son partenaire commercial dans le cadre d'une transaction juridique (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 293).

En l'espèce, le cas porte sur les conditions commerciales fixées par la recourante, principalement dans la CRI et dans le contrat de modernisation des IDI coaxiales, mais également dans les contrats de raccordement individuel et collectif, dans ses conditions générales et dans ses spécifications techniques (cf. *supra* consid. 11.2.2 ss).

Il suit de là que le comportement examiné repose bien sur des conditions commerciales conclues entre la recourante et les propriétaires d'immeubles. La première condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart est ainsi remplie.

**11.3.3** Lesdites conditions commerciales doivent ensuite être imposées aux partenaires commerciaux.

**11.3.3.1** Le critère de l'imposition possède une signification distincte et ne découle pas de la seule exigence d'une position dominante (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.4; arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). Un asservissement économique complet n'est toutefois pas nécessaire (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.5). A cet effet, il n'y a pas besoin d'examiner si le consentement aux prix ou clauses commerciales est survenu contre la volonté du partenaire commercial ou s'il suffit qu'il se soumette à ces conditions, contre son propre intérêt, en raison de la situation sur le marché.

Le critère de l'imposition suppose au moins que le partenaire commercial n'ait rien à opposer à la pression économique résultant de la position dominante ou qu'il ne puisse pas se soustraire à cette pression (cf. ATF

137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.5; arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). Le fait qu'un contrat ait été conclu n'exclut ainsi pas d'emblée le caractère imposé du prix ou des autres conditions commerciales (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 183; DAVID/JACOBS, op. cit., no 737). En outre, il n'est pas nécessaire de démontrer que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29 et 30 CO (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 297). Il suffit que l'entreprise en position dominante soit en mesure d'entraîner son partenaire commercial à adopter ses prix ou ses conditions commerciales ou que le partenaire commercial n'ait aucune possibilité raisonnable d'y échapper (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 281). A cet effet, les exigences ne doivent pas être trop élevées. Il suffit que l'entreprise en position dominante fasse pression, même de manière implicite, sur le partenaire commercial pour qu'il accepte ses prix ou conditions commerciales. De même, le critère de l'imposition est également donné lorsque l'entreprise dominante a tenté d'imposer des prix ou des conditions commerciales durant les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial a renoncé à conclure en raison de ces prix ou conditions commerciales (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 183).

Dans ce contexte, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances. Toutefois, le critère de l'imposition est donné lorsque le partenaire commercial ne dispose d'aucune alternative sur le marché que celle d'accepter les prix ou conditions commerciales de l'entreprise en position dominante (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 282), car il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que des mesures supplémentaires soient nécessaires à l'entreprise pour imposer ses prix ou ses conditions commerciales. De même, lorsque l'entreprise en position dominante prend ou menace de prendre des mesures de rétorsion à l'égard des partenaires commerciaux qui refuseraient ses conditions commerciales ou ses prix, le critère de l'imposition est également donné (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 282).

L'imposition peut être directe ou indirecte. Il importe, en effet, peu que la pression exercée résulte directement du comportement de l'entreprise en position dominante à l'égard de ses partenaires commerciaux potentiels ou qu'elle implique l'intervention de tiers (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 283).

**11.3.3.2** La recourante fait valoir, dans un premier temps, que la garantie de l'accès aux ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante, et notamment la garantie d'interconnexion, prévue par l'art. 11 LTC s'appliquerait également aux câbles coaxiaux des câblo-opérateurs et non pas uniquement à la paire torsadée métallique (cuivre) du réseau DSL de Swisscom. Elle soutient ainsi que les autres prestataires de services de télécommunications étaient libres d'avoir recours à la procédure de l'art. 11a LTC et que, par conséquent, on ne saurait retenir que la recourante aurait imposé ses conditions commerciales. A cet effet, elle se fonde essentiellement sur l'arrêt du Tribunal fédéral, publié aux ATF 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*.

Dans l'interprétation des dispositions de la loi sur les cartels, il y a lieu de tenir compte des exigences spécifiques de la loi sur les télécommunications (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 40), celles-ci ne pouvant être totalement ignorées (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5). Ces deux réglementations sont, en effet, étroitement liées et s'influencent mutuellement, de sorte que seule une interprétation qui conduit à un système global, uniforme et autonome, a du sens (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 40).

Lorsqu'une sanction au sens de l'art. 49a LCart en lien avec l'art. 7 LCart doit être envisagée contre un fournisseur de services de télécommunications au sens de la loi sur les télécommunications, le cadre réglementaire de l'art. 11 LTC s'applique également, dès lors que le prononcé d'une sanction en droit des cartels exige une position dominante sur le marché (cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 5.2).

Dans l'ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk*, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que, si un concurrent de Swisscom ne voulait pas accepter ses conditions commerciales pour l'accès à son infrastructure, il pouvait s'adresser à la ComCom et demander la détermination officielle des conditions commerciales conformément à l'art. 11a LTC. Ce cadre avait conduit le Tribunal fédéral à exclure la possibilité pour Swisscom d'imposer ses conditions commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (consid. 5.4 s.).

En l'espèce, le comportement reproché principalement à la recourante ne consiste pas en l'imposition de conditions commerciales à un autre fournisseur de services de télécommunications, mais aux propriétaires d'immeubles.

Ces derniers ne pouvant pas bénéficier de la procédure prévue par l'art. 11a LTC, la situation de la recourante s'éloigne de l'état de fait retenu par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité. La recourante ne saurait donc se prévaloir de cette seule jurisprudence pour démontrer qu'elle était incapable d'imposer aux propriétaires d'immeubles ses conditions commerciales. Point n'est donc besoin d'examiner plus avant cette question.

**11.3.3.3** La recourante fait valoir, dans un deuxième temps, que ses conditions commerciales respecteraient la réglementation spéciale du droit des télécommunications. Elle relève que l'accès garanti par la loi sur les télécommunications serait soumis à des conditions et mesures visant à protéger les investissements réalisés, ainsi qu'à garantir une exploitation non perturbée des installations. Elle avance que l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunications (OST, RS 784.101.1), et en particulier les art. 58, 59 et 62 OST, prévoirait que le fournisseur d'accès doit publier les conditions techniques et commerciales, en particulier les modalités de l'utilisation, les spécifications des interfaces pertinentes, les spécifications de l'accès physique aux infrastructures et les spécifications concernant la compatibilité du réseau. Elle souligne également que le projet de révision de la loi sur les télécommunications (cf. Message concernant la révision de la loi sur les télécommunications du 6 septembre 2017, FF 2017 6185)

introduirait également le principe selon lequel les fournisseurs ayant financé les installations doivent être dédommagés de manière appropriée (art. 35b al. 4 du projet), ce qui démontrerait la conformité de ses contrats de modernisation au droit futur.

Elle fait ainsi valoir implicitement que les différentes clauses contenues dans ces conditions commerciales ne dépasseraient pas le cadre légal et que l'on ne pourrait ainsi y voir une imposition de sa part.

En l'espèce, le comportement reproché à la recourante consiste en l'approbation du schéma d'installation préalablement à sa mise en place, en le droit de résilier le raccordement au téléseuil lorsque l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par la recourante ou l'un de ses partenaires et en l'usage exclusif de l'IDI coaxiale réservé à la recourante pour une durée de cinq ans à partir de la modernisation et l'interdiction d'accès aux installations intérieures à des tiers pour cette même durée.

Dits droits et engagements ne découlent manifestement pas de la législation sur les télécommunications qui ne traite que de la publication des conditions techniques et commerciales mais ne dit mot de leur contenu. Aussi, on ne saisit pas en quoi le fait, pour la recourante, de respecter les dispositions de l'ordonnance sur les télécommunications relatives à la publication de ses conditions techniques et commerciales suffirait, à lui seul, à démontrer que les conditions commerciales n'auraient pas été imposées aux propriétaires d'immeubles. Au surplus, il y a lieu de relever que l'art. 35b al. 4 du projet de nouvelle sur lequel se fonde la recourante n'était ni existant, ni même encore débattu, durant la période de l'enquête, de sorte qu'elle ne saurait se fonder sur cette disposition pour justifier le bien-fondé de son comportement.

**11.3.3.4** La recourante fait valoir, plus spécifiquement s'agissant de la CRI, qu'elle n'est pas en mesure de l'imposer, dès lors que les propriétaires d'immeubles se tournent en pratique vers des solutions alternatives au téléseuil, notamment la TNT, qu'ils sont à même de mettre en place une deuxième IDI coaxiale et qu'ils servent leurs propres intérêts en concluant un contrat avec la recourante.

En l'occurrence, la recourante détient une position dominante sur le marché du raccordement au téléseuil en Ville de Genève (cf. *supra* consid. 10.8). Elle utilise cette position (cf. *supra* consid. 11.2.4) et le fait que les propriétaires d'immeubles se doivent de proposer la possibilité de recevoir le téléseuil de la recourante à leurs locataires ou futurs propriétaires afin de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix entre différentes alternatives (cf. *supra* consid. 9.2.3.4) pour exercer un contrôle sur l'IDI coaxiale et empêcher les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que les siens. Ce faisant, elle a montré n'être disposée à raccorder les immeubles au téléseuil qu'à ses propres conditions.

Ainsi, la recourante ne saurait déduire qu'elle n'était pas en mesure d'imposer ses conditions commerciales du seul fait que certains propriétaires auraient renoncé à raccorder leurs immeubles au téléseuil. Au contraire, l'attitude de la recourante consistant à exiger la signa-

ture d'une CRI - et donc l'approbation des conditions commerciales litigieuses - avant tout raccordement d'un immeuble à son téléseuil - peu importe que celui-ci soit équipé d'une ou de plusieurs IDI coaxiales - satisfait déjà à lui seul la condition de l'imposition.

Il suit de là que la recourante - en tant que seul fournisseur d'accès au téléseuil - était en mesure d'imposer, durant la période de l'enquête, les conditions figurant dans la CRI aux propriétaires d'immeubles, ainsi que dans les conditions générales et spécifications techniques auxquelles elle fait référence. Le fait que les propriétaires d'immeubles acceptent dites conditions, non pas pour leur propre utilisation, mais dans le but de mettre à disposition des résidents actuels et futurs des immeubles les moyens d'accéder au téléseuil ne change rien à ce propos.

**11.3.3.5** La recourante fait enfin valoir, s'agissant du contrat de modernisation des IDI coaxiales, que les propriétaires d'immeubles sont libres d'effectuer la modernisation des IDI à leurs propres frais, voire de ne pas moderniser les installations. Elle estime ainsi que la condition de l'imposition n'est pas remplie s'agissant des conditions commerciales y figurant.

La décision attaquée est muette sur ce point. Dans sa réponse, l'autorité ne développe guère son propos. Elle n'explique notamment pas en quoi il serait nécessaire pour les propriétaires d'immeubles de faire moderniser leurs installations aux frais de la recourante et en quoi le choix laissé par la recourante de moderniser les installations à leurs propres frais ou de renoncer à la modernisation ne leur laisserait, en réalité, pas de véritable alternative. L'intimé rejoint la position de l'autorité inférieure, sans motiver non plus davantage son propos. Au surplus, il ne ressort pas du dossier que la recourante ait usé de moyens de pressions sur les propriétaires d'immeubles ou les ait menacés de résilier le raccordement au téléseuil en cas de non-modernisation de l'IDI coaxiale.

Il est ainsi permis de douter que la recourante ait imposé ou pu imposer aux propriétaires d'immeubles la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales. S'il est vrai qu'elle dispose d'un intérêt commercial à ce que les installations d'un maximum d'immeubles soient modernisées - ce qu'elle confirme d'ailleurs en cours de procédure -, un tel intérêt ne permet pas, à lui seul, de conclure que la recourante ait exercé une pression suffisante sur les propriétaires d'immeubles pour satisfaire la condition d'imposition.

**11.3.3.6** Il suit de ce qui précède que la recourante a imposé ou été en mesure d'imposer aux propriétaires d'immeubles le contenu de sa CRI, ainsi que les conditions générales et spécifications techniques auxquelles elle renvoie. La deuxième condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart est ainsi remplie s'agissant de ses conventions et conditions.

En revanche, la recourante n'a pas été en mesure d'imposer aux propriétaires d'immeubles la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales. Il subsiste, à tout le moins, un doute trop important sur ce point, ce qui doit profiter à la recourante.

Il ne sera donc plus tenu compte des contrats de modernisation d'IDI coaxiales dans la suite de l'analyse des conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c LCart. Le tribunal y reviendra toutefois dans le cadre de l'examen des conditions de l'art. 7 al. 2 let. e LCart.

**11.3.4** Encore faut-il que les conditions commerciales puissent être qualifiées d'inéquitables, ce qui dépend des circonstances du cas d'espèce.

**11.3.4.1** Celle-ci implique une pondération entre les intérêts de l'entreprise dominante et la gravité de l'atteinte à la liberté commerciale des partenaires commerciaux (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 279; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 166; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 313; REINERT, SHK, art. 7 LCart no 28). Conformément au principe de la proportionnalité, il faut qu'il subsiste un rapport raisonnable entre les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté commerciale des partenaires commerciaux. Il ne s'agit pas à ce stade de déterminer si les conditions commerciales peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes, mais plutôt de déterminer si elles sont principalement favorables à l'entreprise dominante et particulièrement défavorables pour les partenaires commerciaux dont la capacité concurrentielle est gravement atteinte (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 176). En outre, il y a également lieu de tenir compte des entraves éventuelles imposées à des entreprises tierces (cf. arrêt B-3618/2013 *Starticket* précité consid. 279; AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart no 313). Le caractère inéquitable des conditions commerciales est ainsi aggravé lorsque celle-ci constituent en plus une entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 567; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 178). L'entreprise dominante a, en effet, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché (cf. arrêt de la CJCE C-322/81 *Michelin* du 9 novembre 1983 ch. 57; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 178).

**11.3.4.2** L'autorité inférieure rappelle d'abord que les propriétaires d'immeubles ne sont pas libres de contracter avec une société tierce en plus de la recourante, pour le télé-réseau, de sorte qu'ils ne peuvent réaliser une plus-value sur leurs biens immobiliers en raison de services supplémentaires offerts aux consommateurs. Elle estime ainsi que les conditions commerciales - par lesquelles la recourante s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou laissant entendre que la recourante ne raccordera pas l'immeuble au télé-réseau si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par la recourante ou l'un de ses partenaires - sont inéquitables pour les propriétaires d'immeubles, qui se voient limités dans le choix des services qu'ils peuvent proposer aux consommateurs. Elle considère ensuite que les sociétés tierces, comme l'intimé, se voient entravées dans leurs possibilités d'entrer sur le marché et d'exercer leur activité commerciale. Cette entrave empêcherait le développement de tout autre système nécessitant l'IDI coaxiale, ce qui restreindrait voire éliminerait l'offre télévisuelle par satellite sur les marchés du contenu situés en aval, laquelle serait en concurrence avec le segment TV des

offres de la recourante. En conséquence, les conditions commerciales de la recourante seraient également inéquitables pour les sociétés tierces. Elle estime que le critère du concurrent aussi efficace (*equally efficient competitor*) n'est qu'un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante et qu'un tel test n'est pertinent que si la structure des coûts des acteurs économiques est comparable. Finalement, le consommateur, lui aussi, se trouverait limité sans raison dans son choix de services de télécommunication, en tant que conséquence de cette entrave.

La recourante fait valoir que rien ne limiterait la liberté des propriétaires d'installer un nombre illimité d'infrastructures intérieures parallèles au sein d'un immeuble, qu'il s'agisse d'autres IDI coaxiales ou d'autres IDI cuivre ou fibre optique, de sorte qu'ils ne seraient atteints dans leur liberté commerciale. Elle estime qu'elle n'a pas entravé les possibilités de sociétés tierces d'entrer sur le marché, dès lors que le simple fait qu'une possibilité de résiliation existe ne saurait être considéré comme une entrave. Au surplus, elle souligne que la technologie de l'intimé est la seule de ce genre sur le marché suisse, de sorte que seul l'intimé - et non l'ensemble des acteurs du marché du satellite - serait potentiellement affecté par ses conditions commerciales, qu'au surplus il serait notoire que les services offerts par le biais du satellite ne rencontreraient qu'un succès limité en Suisse, et que l'intimé ne pourrait pas être considéré comme un *equally efficient competitor*, dès lors que son relatif insuccès commercial pourrait être imputé à une absence d'investissements dans la promotion de ses produits et services et non dans les conditions commerciales de la recourante.

**11.3.4.3** En l'occurrence, l'intérêt commercial de la recourante consiste à raccorder un maximum d'immeubles à son télé-réseau, afin d'être en mesure de prester ses offres de base et à valeur ajoutée ou celles de ses partenaires commerciaux auprès d'un maximum de consommateurs; personne ne le conteste.

Au surplus, le tribunal a déjà constaté la nature dissuasive des conditions commerciales figurant tant dans la CRI que dans les conditions générales et spécifications techniques de la recourante, et en particulier le droit de résilier le raccordement de l'immeuble en cas d'utilisation de l'installation intérieure par un système tiers. Ces conditions commerciales ont eu notamment pour effet d'exercer une pression sur les propriétaires d'immeubles, pour qu'ils renoncent à tout système tiers. Ce faisant, lesdites conditions ont permis à la recourante d'exercer un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales (cf. *supra* consid. 11.2.4), les propriétaires d'immeubles n'ayant eu d'autres choix que de renoncer à raccorder leur immeuble pour installer un système tiers, de renoncer au système tiers ou de doubler, à leurs propres frais, l'installation coaxiale de l'immeuble. Ce faisant, la recourante a limité la liberté des propriétaires d'immeubles de conclure avec le partenaire commercial de leur choix et d'installer les systèmes tiers souhaités. En imposant aux propriétaires d'installer, à leurs propres frais, une seconde IDI coaxiale, elle les contraint à procéder à des investissements coûteux (cf. actes 56 réponse 3 et 222

p. 7), de sorte qu'elle a également limité leur liberté commerciale.

Il suit de là que les propriétaires d'immeubles ont subi à tout le moins une atteinte dans leur liberté commerciale. La question de savoir si cette atteinte peut être justifiée devra s'apprécier ultérieurement dans le cadre de l'examen des considérations commerciales légitimes.

**11.3.4.4** Au surplus, la possibilité de résilier le raccordement au télé-réseau lorsque l'IDI coaxiale n'est pas utilisée exclusivement par la recourante a une incidence négative sur le développement et la commercialisation de tout système tiers, actuel ou futur, nécessitant l'IDI coaxiale. En faisant pression sur les propriétaires d'immeubles et en exerçant un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales, la recourante a limité les possibilités pour l'intimé et d'autres entreprises tierces d'exercer leur activité commerciale, restreignant, voire supprimant la concurrence en matière d'offre télévisuelle notamment par satellite. A cet égard, la société [...] estime à 75 % le nombre de bâtiments en Ville de Genève qui seraient pourvus d'une antenne collective en toiture (cf. acte 155 réponse 8), de sorte que l'on ne saisit pas sur quels éléments se fonde la recourante pour prétendre au caractère notoire du succès limité du satellite. Au contraire, il ressort plutôt du dossier qu'un système satellitaire apparaît comme un élément incontournable du parc immobilier en Ville de Genève.

**11.3.4.5** En se fondant sur le test du concurrent aussi efficace (« *equally efficient competitor* »), la recourante estime que l'intimé ne subirait aucune entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence en raison des conditions commerciales litigieuses. D'emblée, il y a lieu de rappeler que le critère du concurrent aussi efficace consiste avant tout à examiner si les pratiques tarifaires d'une entreprise en position dominante risquent d'évincer du marché un concurrent aussi performant que cette entreprise (cf. arrêt de la CJCE C-23/14 *Post Danmark* du 6 octobre 2015 ch. 53; ég. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 5.4). Ce critère s'utilise notamment en matière de sous-enchère en matière de prix ou de compression des marges (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 5.4). Dans tous les cas, dans une situation telle que la présente, caractérisée par la détention par la recourante d'une position dominante très importante, ainsi que par des avantages structurels conférés notamment par le fait qu'elle est la seule entreprise à fournir un accès au télé-réseau en Ville de Genève et par le caractère indispensable du raccordement au télé-réseau pour les propriétaires d'immeubles, l'application du critère du concurrent aussi efficace serait dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace. Les arguments de la recourante relatifs à l'application du test du concurrent aussi efficace ne sont ainsi pas convaincants.

Par surabondance, l'intimé a indiqué avoir réalisé entre 2011 et 2015 un chiffre d'affaires avec le système Supermédia de [...] francs (cf. acte 91 réponse B4 et annexe 2). Il indique toutefois que, depuis le 1er janvier 2016, il [...], sans préciser si cela concerne toute la Suisse ou uniquement la Ville de Genève. Aux dires de l'intimé, cette situation s'expliquerait par les incertitudes

juridiques liées aux CRI de la recourante et aux démarches qui auraient été effectuées par la recourante auprès d'[...], mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève (cf. acte 91 réponses B3 et B4). Les deux dernières installations du système Supermédia ont été celles sises Rue Cramer et Rue Abraham-Gevray (cf. acte 165 réponse 4). [...], à nouveau sans préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève. L'intimé a toutefois produit, dans le cadre de la procédure de recours, des protocoles d'installations du système Supermédia en août 2020 pour deux immeubles à Lancy (cf. pièce 25 intimé). Au surplus, l'intimé a rappelé que la promotion de son système ne se fait pas auprès des utilisateurs finaux, mais auprès des entreprises électriques, des bureaux d'ingénieurs, des entreprises de construction, des architectes ou encore des régies immobilières (cf. acte 219 ligne 196 ss). Il a d'ailleurs produit des fiches publicitaires démontrant les efforts commerciaux effectués pour promouvoir le système Supermédia (cf. acte 91 annexes 10).

Sur la base de ces éléments, le tribunal retient que les conditions commerciales de la recourante ont contribué à limiter la diffusion du système Supermédia sur le marché en Ville de Genève. Elles l'ont dès lors entravé dans l'accès et l'exercice de la concurrence sur le marché des services de télécommunications, et en particulier des services de télévision, en excluant ou limitant sa possibilité d'accéder et d'utiliser l'IDI coaxiale des immeubles.

**11.3.4.6** Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que les intérêts de la recourante, l'atteinte à la liberté des propriétaires d'immeubles ainsi que l'entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché des services de télécommunications ne se trouvent, en l'occurrence, déjà plus dans un rapport raisonnable.

Les conditions commerciales - par lesquelles la recourante s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou qui laissent entendre que la recourante ne raccordera pas l'immeuble au télé-réseau si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à ses services- sont donc inéquitable au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

**11.3.5** Il y a encore lieu d'examiner si ces conditions peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes.

**11.3.5.1** La recourante fait valoir que l'existence de considérations commerciales légitimes n'a pas été correctement examinée. A cet égard, elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir analysé les motifs objectifs de nature à justifier la disposition qui lui permet de résilier une CRI au cas où une IDI coaxiale serait utilisée par un tiers. Elle fait notamment grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir tenu compte de motifs liés à d'éventuelles perturbations techniques, problèmes de maintenance, nécessité de plomber des prises, dommages causés en termes d'image, allocation des responsabilités, pertes de clientèle, ainsi que « *d'autres ultérieurs éléments préjudiciables pouvant survenir en cas de coexistence de deux signaux de télécommunications sur une même infrastructure* » (ch. 355 du mémoire de recours). Elle reproche également à l'autorité inférieure de ne pas avoir examiné la mise en oeuvre de la disposition con-

tractuelle querellée, afin de constater si son application relevait des motifs justificatifs envisagés ou d'autres motifs. Elle souligne l'importance de bénéficier d'une voie de retour non perturbée pour être en mesure de prêter correctement ses services de télécommunications. Elle critique enfin la décision attaquée en ce sens que l'autorité inférieure « *aurait dû se demander si la [r]ecourante aurait pu avoir des motifs de nature économique de nature à l'inciter à résilier une CRI* » (ch. 360 du mémoire de recours). Même si elle ne le formule pas expressément, la recourante fait notamment valoir que l'autorité inférieure se serait contentée de rejeter les considérations commerciales avancées par la recourante, mais n'aurait pas examiné d'office et en détail si celles-ci étaient justifiées.

**11.3.5.2** Tout d'abord, il y a lieu de préciser que, notwithstanding le principe inquisitoire qui régit la procédure en droit des cartels (cf. *supra* consid. 7.2.1), l'autorité n'est pas obligée de rechercher d'office l'ensemble des motifs qui pourraient permettre de justifier une pratique anticoncurrentielle (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570). Seuls ceux qui, dans le cas d'espèce, sont manifestement évidents doivent être examinés d'office par les autorités. Les autres motifs doivent être allégués et motivés par l'entreprise dominante (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570). Il s'agit là d'une concrétisation du devoir de collaborer des parties (cf. *supra* consid. 7.2.1) et de l'obligation de renseigner étendue en droit des cartels (art. 40 LCart). Il ne suffit ainsi pas d'invoquer une série de motifs, mais il incombe aux entreprises dominantes de les étayer, de renseigner l'autorité sur les faits pertinents et de lui indiquer les moyens de preuves. A défaut, l'autorité qui met fin à l'instruction en considérant qu'un motif justificatif ne peut être établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 570).

L'appréciation de la légitimité des motifs invoqués s'effectue sur la base d'un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (cf. Clerc, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 102; ég. arrêt de la CJUE C-52/09 *Telia-Sonera* du 17 février 2011 ch. 76). Cela étant, une entreprise dominante peut d'abord justifier son comportement par la démonstration de son caractère objectivement nécessaire (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.4). Tel est le cas des motifs ayant traits à des facteurs externes à l'entreprise dominante, tels que des motifs en lien avec la sécurité, la nature du produit ou du service considéré, ou encore des considérations techniques. Il appartient toutefois aux autorités publiques de fixer, dans des lois spéciales ou par référence à des usages ou des standards de la profession, les normes de santé ou de sécurité d'un produit ou d'un service. Il n'appartient pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer un produit ou service qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieur à son propre produit ou service, en terme de qualité ou de sécurité (cf. Clerc, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 103; ég. Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [ci-après: Communication relative à l'art. 82 du traité CE],

N 29; arrêt du TPI T-83/91 *Tetra Pak II* du 6 octobre 1994 ch. 83 s. et 138). De manière générale, l'entreprise dominante qui n'agit pas différemment d'une autre entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché se comporte de manière objectivement nécessaire. Tel n'est toutefois pas toujours le cas (cf. arrêt de la CJCE C-552/03 Unilever Bestfoods du 28 septembre 2006 ch. 128 ss; arrêt de la CJCE C-552/03 Unilever Bestfoods du 28 septembre 2006 ch. 128 ss; arrêt de la CJCE C-333/94 *Tetra Pak II* du 14 novembre 1996 ch. 37; arrêt du TPI T-65/987 Van der Bergh Foods du 23 octobre 2003 ch. 159 ss et 172). La notion de nécessité objective implique, en effet, qu'il n'existe aucune autre manière d'agir qui soit moins dommageable pour la concurrence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 50; ég. décision de la Comco Six Group du 20 novembre 2010, in: DPC 2011/1 96, ch. 408 s.; Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 28 ss).

Le comportement litigieux peut également être justifié s'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels (cf. ATF 129 II 497 *EEF* consid. 6.5.4). Il faut alors examiner si ce comportement est indispensable et proportionné à l'objectif économique poursuivi par l'entreprise dominante, et mettre en balance les gains d'efficacité recherchés et les effets restrictifs dudit comportement (cf. AMSTUTZ/CARRON, op. cit., art. 7 LCart N 69 ss et 135; Clerc, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 102; Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 28 ss, not. 30; ég. décision de la Comco Six Group précité, in: DPC 2011/1 96, ch. 408 s.). Un comportement qui élimine toute la concurrence, actuelle ou potentielle, ne peut en principe pas être justifié par des gains d'efficacité substantiels (cf. CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 105; ég. Communication relative à l'art. 82 du traité CE, N 30).

**11.3.5.3** Dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante a, dans un premier temps, fait valoir des problèmes liés aux abonnements individuels des usagers, en avançant l'impossibilité de plomber la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé au sien (cf. acte 5 réponse 2). Elle devrait ainsi pouvoir résilier le raccordement au télé-réseau de l'immeuble en cas de présence parallèle d'un système tiers sur la même IDI coaxiale, puisqu'il s'agirait de l'unique moyen de contrôler que seules les unités d'habitations au bénéfice d'un abonnement de base puissent accéder au signal du télé-réseau.

Dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante a indiqué que 34 % des immeubles raccordés à son réseau étaient configurés en série, soit 66 % en étoile (cf. acte 198 N 109). La majorité des immeubles rattachés au télé-réseau de la recourante sont donc configurés en étoile (sur la notion de configuration en étoile ou en série, cf. *supra* consid. 0), ce qui permet à la recourante de déconnecter chaque unité d'habitation de manière indépendante, sans intervention dans l'unité et sans nécessité de plomber physiquement la prise. Il suit de là que pour deux tiers des immeubles raccordés au télé-réseau de la recourante, le motif avancé n'est pas apte à atteindre le but visé.

Au surplus, il ressort du dossier que la prise présente chez le consommateur contient plusieurs fiches et que le

signal du satellite n'utilise pas la même fiche que le télé-réseau (cf. acte 1 annexe 3). L'autorité inférieure a retenu qu'il n'était pas insurmontable de prévoir un moyen technique simple, qui permette de plomber uniquement la fiche utilisée par le télé-réseau, et non pas aussi celui utilisé par le satellite. Il ressort toutefois du complément d'expertise privé du 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2) qu'il n'est plus possible de plomber l'IDI coaxiale en présence du système Supermédia (p. 6 s.). Toutefois, il y a lieu de relever que l'art. 9.4 de la CRI ne vise pas uniquement le cas de la prise Supermédia, mais la présence de tout système tiers. Au surplus, l'argument de la recourante selon lequel il lui faudrait prévoir dans la CRI l'ensemble des configurations possibles et imaginables peine à convaincre. On ne saisit pas en quoi il serait difficile et coûteux pour la recourante d'adapter ses conditions commerciales aux situations bien particulières, à savoir les immeubles configurés en série, avec une installation du système Supermédia et du télé-réseau dans une configuration de type « A ». Dans tous les cas, l'intérêt de la recourante de pouvoir, dans une seule CRI, prévoir l'ensemble des configurations possibles et imaginables n'apparaît pas prépondérant par rapport à l'intérêt des entreprises tierces de pouvoir accéder à l'IDI coaxiale.

Il suit de là que l'impossibilité de plomber la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé au signal de la recourante ne constitue pas un motif objectivement nécessaire.

**11.3.5.4** Dans un deuxième temps, la recourante a invoqué des problèmes de maintenance technique. Elle prétend que l'insertion du système Supermédia entre la boîte d'injection et la prise télé-réseau poserait non seulement des problèmes de diagnostics à ses équipes techniques, mais également d'attribution de responsabilité entre l'intimé et la recourante (cf. acte 5 réponse 2).

La recourante a toutefois déclaré, en juin 2013, que « *la seule possibilité [...] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système [Supermédia] au-delà du point de mélange* » (cf. acte 5 réponse 2). C'est d'ailleurs ce qu'a fait UPC, en tant que fournisseur de services et partenaire de la recourante sur le télé-réseau, en mai 2005, par simple courrier (cf. acte 1 annexe 5 et acte 10).

Il suit des déclarations même de la recourante qu'il existe d'autres moyens moins dommageables à la concurrence afin de résoudre la question des problèmes liés à la maintenance technique, sans qu'il soit nécessaire de supprimer le raccordement au télé-réseau de tout un immeuble. Au surplus, la recourante avance uniquement des problèmes de diagnostics et d'attribution des responsabilités en lien avec le système Supermédia. On saisit mal en quoi il lui serait nécessaire d'exclure tout système tiers, actuel ou futur, de manière systématique.

Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

**11.3.5.5** La recourante a, dans un troisième temps, invoqué des problèmes techniques dus à un futur chevauchement des fréquences utilisées par le télé-réseau et par le satellite. Elle fait valoir que les gammes de fré-

quences utilisées par les deux systèmes seraient déjà trop proches, de sorte qu'il ne serait pas possible d'exclure des perturbations dues à leur coexistence sur un même support (cf. acte 12 p. 2 ss).

De l'avis de l'intimé, « *la seule justification technique à un câblage séparé pourrait résider dans un problème de fréquence. Or, le satellite utilise la gamme de fréquences 950 Mhz à 2150 Mhz+DC, alors que le câble se situe actuellement dans la gamme de 5 à 860 Mhz. [L'intimé] ayant d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des télé-réseaux* » (cf. acte 39). Au surplus, lors de son audition, la recourante a admis qu'il n'y avait en réalité pas eu de chevauchement des gammes de fréquences pendant la période de l'enquête (cf. acte 222 réponses 3 et 4), ce qui est confirmé par l'expertise privée produite par la recourante (cf. acte 199 annexe 3 p. 2).

Il suit de là qu'un risque de chevauchement avec les fréquences utilisées par le télé-réseau semble a priori exclu, dès lors que les acteurs sur le marché du satellite sont conscients des besoins du télé-réseau et de l'extension future de la gamme de fréquences. Au surplus, l'expertise privée produite par la recourante met en évidence une incompatibilité entre le satellite et le télé-réseau uniquement en cas d'augmentation de fréquence du télé-réseau, ce qui n'a pas encore eu lieu.

Il suit de là qu'une clause permettant à la recourante de résilier le raccordement au télé-réseau en cas d'utilisation conjointe de l'IDI coaxiale par un système tiers au motif qu'il pourrait exister, dans un futur encore indéterminé, un chevauchement des fréquences entre le satellite et le télé-réseau n'était, à tout le moins durant la période de l'enquête, pas nécessaire.

Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

**11.3.5.6** En s'appuyant sur une expertise privée, la recourante fait valoir, dans un quatrième temps, que le couplage de signaux provenant du télé-réseau et du satellite sur une même IDI coaxiale engendrerait l'impossibilité pour les consommateurs de bénéficier des services Internet et téléphonie de la recourante.

L'autorité inférieure estime que le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'entrerait en ligne de compte que pour une configuration bien particulière et que la question pouvait, dans tous les cas, rester ouverte dans la mesure où, d'une part, rien n'indiquait que le système Supermédia était effectivement la cause de la perturbation ou de la disparition de la voie de retour et que, d'autre part, l'art. 9.4 de la CRI ne tenait pas compte des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires.

L'intimé fait valoir que la recourante ignore l'origine réelle des problèmes et que rien n'indiquerait qu'ils proviendraient effectivement du mixage entre le télé-réseau et le satellite. Il a notamment indiqué, dans des courriers adressés à la recourante, que « *l'exécution en mode Supermédia* » serait compatible avec le « *triple play* » (cf. acte 17, courrier annexé du 9 novembre 2012 et acte 19, annexe 1), que le système Supermédia était compatible avec le télé-réseau (cf. acte 1 N 6) et qu'il n'avait



connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires, par la recourante ou encore par UPC en relation avec les installations du système Supermédia (cf. acte 91 réponse B5).

**11.3.5.6.1** Avec sa prise de position du 16 octobre 2017, la recourante a déposé une expertise privée datée du 9 octobre 2017, réalisée par la société [...] (cf. acte 199 annexe 3). Cette expertise privée a fait l'objet d'un complément le 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2).

Il y a lieu de rappeler que les résultats d'une expertise privée sont considérés comme de simples allégués des parties. Il en découle que le tribunal les apprécie librement (cf. *supra* consid. 8.2). En l'occurrence, il y a lieu de relever que l'expertise privée porte uniquement sur trois immeubles en Ville de Genève, à savoir ceux situés Rue Le-Fort, Boulevard des Tranchées et Route de Malagnou.

Cela étant, l'expertise privée (cf. acte 199 annexe 3) met en évidence que les signaux satellitaires utilisent la bande de fréquences 950 à 2'150 MHz (p. 2) et que les signaux du téléseu utilisent la bande de fréquence 5 à 65 MHz pour le canal retour et 65 à 860 MHz pour le canal descendant (p. 2). Au surplus, l'expert privé précise que la diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable, mais dans des conditions techniques délicates, et nécessite une concertation étroite entre les différents prestataires. De façon générale, il conclut qu'il est techniquement difficile d'utiliser conjointement sur une même IDI coaxiale les signaux du téléseu et ceux du satellite (p. 9).

S'agissant de l'immeuble sis Rue Le-Fort, il convient de souligner que, de manière non expliquée et quelque peu surprenante, l'expert privé n'a pas réalisé lui-même les mesures, mais s'est fondé sur celles effectuées par la recourante elle-même (p. 10 et annexe 6). Ceci dit, il met en évidence les éléments suivants. Il s'agit d'une configuration de type « A » (cf. *supra* consid. B.d.a), c'est-à-dire un cas de mixage du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique. Les signaux satellitaires sont injectés sur l'IDI coaxiale grâce à un multicommutateur (« *Multischalter* ») (p. 12). Les clients finaux qui transitent par le multicommutateur ne peuvent bénéficier du canal retour, et les services du câblo-opérateur s'en trouvent limités (p. 12). Le canal retour n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure et les services interactifs du câblo-opérateur comme Internet ne peuvent plus être prestés (p. 14).

S'agissant de l'immeuble sis Boulevard des Tranchées, l'expert privé relève qu'il s'agit d'une configuration de type « B » (cf. *supra* consid. B.d.a), à savoir que les deux signaux ne sont pas mélangés dans cet immeuble. Une utilisation simultanée du téléseu et du satellite n'est donc pas possible pour le client qui doit opérer un choix (p. 15). L'IDI coaxiale est configurée en étoile (cf. *supra* consid. 0), et, au niveau du local technique, alternativement le téléseu ou le satellite peut être envoyé sur chaque branche du réseau qui s'étend jusqu'à chaque logement (p. 15). Les clients raccordés au téléseu au niveau du local technique peuvent bénéficier de la totalité des services du câblo-opérateur, même si d'autres clients de l'immeuble sont raccordés au satellite (p. 15).

S'agissant enfin de l'immeuble sis Route de Malagnou, l'expert privé souligne qu'il s'agit d'une configuration de type « C » (cf. *supra* consid. B.d.a), de sorte que le signal du téléseu et le signal du satellite sont acheminés auprès des clients à l'aide de deux IDI coaxiales séparées. Il n'y a donc aucun mixage des signaux du téléseu et des signaux du satellite au niveau du local technique (p. 17).

Dans son complément d'expertise privée du 17 novembre 2017 (cf. acte 217 annexe 2), l'expert privé a précisé qu'une utilisation parallèle sous certaines conditions techniques particulières du signal satellitaire pur et du signal du téléseu pur, à savoir sans chevauchement de fréquences et sans utilisation supplémentaire de services nécessitant un canal retour très stable et isolé, est actuellement possible (p. 3). Il rappelle notamment que le double usage d'un câble coaxial avec différents standards DVB (i.e. respectivement le téléseu et le satellite) est toujours complexe (p. 3). Ainsi, avant toute mise en service, de telles installations doivent être vérifiées et activées par le câblo-opérateur en présence de l'installateur, avec l'aide du schéma d'installation actualisé. Ces contrôles seraient nécessaires lorsque le câblo-opérateur assure le support technique en cas de perturbations de ses services (p. 3 s.).

L'expert privé précise également que, lorsque l'IDI coaxiale est configurée en étoile, il est possible sans problème de passer au besoin entre l'un ou l'autre signal distribué par un seul câble coaxial jusqu'aux appartements respectifs. C'est la configuration de type « B » qui se trouve dans l'immeuble sis Boulevard des Tranchées (p. 5). Enfin, concernant la prise Supermédia, l'expert indique qu'elle ne résout pas la problématique de la perturbation du canal retour ou de l'impossibilité de son utilisation par le câblo-opérateur (p. 6 s.).

**11.3.5.6.2** En l'occurrence, il ressort de l'expertise privée qu'il n'existait, durant la période de l'enquête, pas de superposition de fréquences entre le téléseu et le satellite qui viendrait perturber le bon fonctionnement de la voie de retour.

L'expertise privée contredit ainsi les déclarations de la recourante durant son audition, puisque celle-ci a indiqué que le problème venait de ce que la réponse à la requête du client ne pouvait pas être transmise sur la bande de fréquence Internet occupée par le satellite (cf. acte 222 réponse 4 en p. 5 de [...]). Elle venait pourtant curieusement de mentionner l'absence de chevauchement des fréquences entre le téléseu et le satellite durant la période de l'enquête (cf. acte 222 p. 4 s.).

**11.3.5.6.3** En ce qui concerne l'immeuble sis Rue Le-Fort, son canal retour n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure. La recourante se fonde sur cette expérience pour démontrer que le système Supermédia dans sa configuration de type « A » perturbe et supprime la voie de retour.

Il ressort toutefois de l'expertise privée que les mesures ont été effectuées à cinq points différents. Le point 1 se situe proche de l'entrée du téléseu dans l'immeuble et les points 2 et 3 avant le dispositif de mixage du signal du téléseu. Le point 4 se situe, quant à lui, juste après le mixage et le point 5 au 3<sup>e</sup> étage de l'immeuble

(cf. acte 199 annexe 4 p. 1 à 4 ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4).

Les trois représentants de la recourante - qui ont effectué les mesures à la place de l'expert privé (cf. *supra* consid. 11.3.5.6.1) - notent que « *la signature du spectre est modifiée* » au point 4 (soit juste après le mixage des signaux) et que la voie de retour n'est plus opérationnelle (cf. acte 199 annexe 4 p. 4 ainsi que les photographies 31 et 32). Toutefois, aux points de mesure 2 et 3, situés avant le mixage des deux signaux, les représentants de la recourante relevaient déjà que la signature du spectre était modifiée (cf. acte 199 annexe 4 p. 4 ainsi que les photographies 14 et 24). Cela est confirmé par l'analyse de l'expert privé, qui indique que le canal descendant est dégradé au point de mesure 2, que le canal retour est dégradé aux points de mesures 2 et 3 et que, dès le point de mesure 4, le canal retour ne peut plus être mesuré (cf. acte 199 annexe 3 p. 13 et 14).

Il suit de là qu'avant même que le signal du satellite ne soit mélangé avec celui du télésexe, le signal de la recourante - et particulièrement la voie de retour - était déjà dégradé. La recourante ne saurait donc déduire de l'expertise privée que le système Supermédia perturbe, en tout temps, la voie de retour en se fondant uniquement sur l'expérience de l'immeuble sis Rue Le-Fort.

De manière générale, l'expertise privée rejoint les déclarations de la recourante en début et en cours d'enquête, avant que celle-ci ne soulève la problématique de la voie de retour. En effet, elle avait indiqué notamment que « [n]ous n'avons pas connaissance [de problèmes techniques causés à nos clients], nos équipes techniques n'ayant jamais dû intervenir pour un problème technique causé par la technologie Supermédia à nos clients » (cf. acte 5 réponse 3) et que la voie de retour fonctionnait (cf. acte 222 réponse de [...] début de la p. 5 sur questions du Président en fin de p. 4).

Ces déclarations rejoignent également celles d'UPC, le partenaire commercial de la recourante, lequel a fait savoir à l'intimé, par courrier du 23 mai 2005, que son système Supermédia avait été étudié par le département qualité et que le concept pouvait être adjoint à des raccordements télésexe sur les réseaux d'UPC (cf. acte 1 annexe 5). Cela est également confirmé par un collaborateur d'UPC, le 20 janvier 2013, devant le Tribunal civil de première instance de Genève, qui a déclaré en cours d'audience que « *entre 2005 et 2008, je n'ai pas eu connaissance d'éventuels problèmes techniques en lien avec le système Supermédia* » (cf. acte 6 annexe 12). De même, UPC a encore mentionné, le 21 juin 2013, que « *[i]n den Installationen wo Supermediadosen zum Einsatz kamen, ist es bis anhin zu keinen besonderen technischen Schwierigkeiten gekommen* » (cf. acte 4).

D'autres expériences démontrent qu'il n'existait aucun problème de compatibilité entre le système Supermédia et le fonctionnement du télésexe. Le 5 août 2016, l'entreprise individuelle [...] a déclaré que « *je n'ai jamais entendu que des problèmes techniques aient été rencontrés avec le télésexe par cause du système Supermédia. Au contraire, pour avoir collaboré avec [l'intimé] sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents - en dehors de la zone du télésexe de [la recourante], mais con-*

*currentement avec la TNT ou encore d'autres télésexe -, je peux ici attester n'avoir jamais rencontré de problème, le système "Supermédia" m'ayant toujours donné entière satisfaction. Je n'ai jamais rencontré ni entendu que des perturbations aient été causées par le système "Supermédia" »* (cf. acte 154 réponses 12 à 15). Le 1er septembre 2016, la régie [...], laquelle dispose d'une quarantaine d'appartements sous gestion disposant du système Supermédia, a également déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia (cf. acte 159 réponse 14). Le 12 septembre 2016, la société [...] - qui a installé des systèmes Supermédia avec l'intimé comme sous-traitant - a encore indiqué qu'elle n'avait aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système (cf. acte 162 réponses 4b et 4c). Enfin, le 14 septembre 2016, la régie [...], qui dispose d'un peu moins de 30 appartements sous gestion disposant du système Supermédia, a déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia (cf. acte 166 réponses 12, 14 et 16).

Certaines déclarations d'UPC, à la fin de l'enquête, abondent toutefois dans le sens de la recourante. UPC a, en effet, indiqué, dans sa réponse du 20 novembre 2017, que l'utilisation parallèle des signaux du satellite et du télésexe sur une IDI coaxiale unique est une opération délicate, qu'elle n'exclut, certes, pas toute utilisation de ce type de configuration, mais que les produits nécessitant un canal retour non perturbé pourraient être impossibles à prester (cf. acte 216). Elle a précisé que deux immeubles, raccordés à son télésexe en Ville de Vernier et en Ville d'Onex, pour lesquels le signal avait été mixé avec celui provenant du satellite sur une même IDI coaxiale, avaient connus des problèmes techniques avec ses produits « triple play ». En Ville de Vernier, les problèmes ont pu être résolus (cf. acte 216 p. 6 à 11). En Ville d'Onex, l'abonnement « triple play » a été annulé en raison de l'absence de canal retour, sans qu'il ait été identifié si le système Supermédia en était ou non la cause (cf. acte 216 p. 12 à 14).

**11.3.5.6.4** Sur la base de l'expertise privée déposée par la recourante et des expériences décrites ci-dessus, le tribunal constate qu'une configuration de type « A », impliquant le mixage du signal du satellite avec le télésexe sur une seule prise coaxiale, est réalisable, mais techniquement difficile. Les différents acteurs sur le marché n'ont pas - ou peu - connaissance de problèmes particuliers de compatibilité avec le télésexe, à tout le moins lors d'une utilisation parallèle du signal satellitaire pur et du signal du télésexe pur, à savoir sans chevauchement de fréquences et sans utilisation supplémentaire de services nécessitant un canal retour très stable et isolé.

Lorsque certains clients souhaitent, en plus, bénéficier de services interactifs qui nécessitent un canal retour fonctionnel et non perturbé, l'existence de perturbation ou de dysfonctionnement de la voie de retour causée par le système Supermédia ne ressort pas du dossier. L'expérience de l'immeuble sis Rue Le-Fort, sur laquelle la recourante fonde l'essentiel de son plaidoyer, présente en effet une voie de retour déjà perturbée et dysfonctionnelle avant même le mixage du signal du télésexe.

seau avec le signal du satellite. Quant aux immeubles situés en Ville de Vernier et Ville d'Onex, les problèmes ont soit pu être résolus, soit il n'a jamais été identifié si le système Supermédia était ou non la cause de l'absence de canal retour. Partant, il n'est pas possible de démontrer l'influence de l'opération de mixage des signaux sur la qualité de la voie de retour.

Quoiqu'il en soit, même en retenant la thèse de la recourante et en supposant qu'il ne soit plus possible d'utiliser la voie de retour dans une configuration de type « A » mixant le signal du téléseu et du satellite, il n'en demeure pas moins que l'utilisation parallèle du signal satellitaire pur et du signal du téléseu pur, sans utilisation supplémentaire de services interactifs nécessitant un canal retour, reste possible.

Ainsi, la présence de la voie de retour n'est pas un élément objectivement nécessaire, indispensable au raccordement d'un immeuble au téléseu. Elle peut, certes, le devenir, sur le marché situé en aval de la fourniture de services interactifs, mais elle ne l'est pas pour la prestation de services de radio/télévision non interactifs.

Au demeurant, dès lors que les configurations de type « B » et « C » n'impliquent aucun mixage du signal du téléseu avec le signal du système tiers, que la configuration de type « D » consiste en l'absence de tout téléseu dans l'immeuble et que la configuration de type « E » est un mélange entre les configurations de type « A » et « C », le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'apparaît pas non plus objectivement nécessaire dans ces autres configurations.

En voulant s'assurer, lors du raccordement, une voie de retour fonctionnelle, la recourante cherche à garantir qu'elle pourra prêter l'ensemble de ses services faisant partie de son offre de type « triple play », et non pas uniquement des services de radio/télévision non interactifs.

Ce faisant, plutôt que des motifs objectivement nécessaires, la recourante soulève d'avantage des motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements, ce qu'il y a lieu d'examiner ci-dessous.

**11.3.5.7** La recourante justifie ainsi la possibilité de résilier le raccordement au téléseu en présence d'un système tiers sur la même IDI coaxiale au motif qu'elle doit obtenir un retour sur investissement suffisant. Celui-ci ne pourrait être atteint que si la recourante est en mesure de prêter l'ensemble des services relevant de l'offre de « triple play » (Internet, téléphonie et télévision interactive) dans tous les immeubles qu'elle raccorde au téléseu, dès lors que le seul raccordement ne générerait, en lui-même, aucun revenu. Même si elle ne le formule pas expressément, elle fait ainsi valoir implicitement que son intérêt commercial serait supérieur à celui des fournisseurs de système tiers de pouvoir accéder à l'installation intérieure d'immeuble, en particulier à l'IDI coaxiale, pour fournir leurs services. L'intérêt de la recourante serait aussi supérieur à l'intérêt des propriétaires d'immeubles de pouvoir offrir un système tiers aux consommateurs sans avoir besoin de renoncer au signal du téléseu et sans devoir construire, à leurs propres frais, une seconde IDI coaxiale.

Au surplus, dans son mémoire de recours, la recourante fait valoir d'abord, en vrac, comme motifs de nature économique, l'impossibilité de fournir des services de qualité aux habitants d'un d'immeuble, un dommage à sa réputation, des coûts élevés de maintenance, des litiges récurrents avec l'opérateur tiers, voire une perte de clientèle dès lors que le maintien de la relation contractuelle emporterait plus d'inconvénients que d'avantages. Elle avance ensuite que l'approche suivie dans sa CRI peut être comparée avec celle suivie par d'autres opérateurs. Ainsi, le contrat de raccordement des SIG/Swisscom confirmerait que les propriétaires d'immeubles sont bien propriétaires des IDI fibre optique (cf. art. 2.7 des conditions générales des SIG/Swisscom, pièce 13 de la recourante), mais que les SIG/Swisscom disposeraient d'un droit d'utilisation exclusif sur ces IDI. La recourante souligne néanmoins que les SIG/Swisscom se réservent un à deux brins pour leur propre usage et octroient un droit d'accès à des tiers sur les brins restants (cf. ch. 362 du mémoire de recours).

L'autorité inférieure retient que la recourante ne peut pas, d'un côté, refuser ou résilier le raccordement d'un immeuble au téléseu en raison de la volonté du propriétaire d'installer également un système satellitaire collectif, et de l'autre côté, se plaindre de l'absence de retour sur investissement alors que celui-ci serait précisément obtenu en reliant l'immeuble au téléseu. Elle souligne que les services de la recourante auraient été consommés de toute manière par le biais de contrats de raccordements individuels ou collectifs. Elle rappelle également que l'IDI coaxiale est entièrement financée par le propriétaire, qui en acquiert la propriété. Partant, lors de la construction de nouveaux immeubles, la question d'un retour sur investissement de la recourante sur l'installation intérieure et les IDI coaxiales est sans objet. Quant aux autres investissements effectués par la recourante, ceux-ci porteraient selon toute vraisemblance sur des éléments nécessaires au fonctionnement du téléseu, et qui sont donc essentiels pour la recourante indépendamment de la présence ou non d'un système tiers sur l'IDI coaxiale. L'autorité inférieure relève encore que le raccordement d'un immeuble au téléseu, même si aucune unité d'habitation ne devait au final bénéficier de l'offre de base, ne serait pas dénué d'intérêt pour la recourante dans la mesure où elle peut, par ce biais, emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures et ainsi relier plus directement l'immeuble voisin. Elle souligne enfin que la recourante reconnaît l'existence d'un intérêt pour les propriétaires de pouvoir proposer un choix aux consommateurs (cf. N 536 de la décision attaquée qui fait référence à l'acte 198 N 729). Elle estime qu'il est donc possible que des immeubles soient raccordés au téléseu sans que la moindre unité d'habitation ne bénéficie des offres de base ou à valeur ajoutée de la recourante et que rien n'indique qu'une unité d'habitation sera bien connectée au téléseu par la suite. Le comportement de la recourante ne réaliserait ainsi pas des gains d'efficacité. L'intimé appuie, en substance, la position de l'autorité inférieure.

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante, en tant que propriétaire de l'infrastructure horizontale du téléseu, en assure le maintien et les frais d'exploita-

tion. Elle raccorde l'infrastructure intérieure des immeubles au télé-réseau sans frais pour les propriétaires. Il suit de là que la recourante a bien un intérêt commercial à ce qu'un maximum de consommateurs concluent un abonnement de base ou à valeur ajoutée par la suite.

En revanche, l'attitude de la recourante consiste, ou à tout le moins contribue, à exclure des entreprises tierces sur le marché des services de télécommunications situés en aval, et en particulier des entreprises fournissant leurs services par l'intermédiaire du satellite. Ce faisant, le comportement de la recourante limite fortement la concurrence actuelle et potentielle, de sorte qu'il ne peut, a priori, pas être justifié pour des motifs d'efficacité. Il limite, au surplus, la possibilité des propriétaires de raccorder librement leur immeuble aux infrastructures de leur choix, en leur imposant la construction d'une seconde IDI coaxiale. Or, il ressort du dossier qu'une telle construction implique des investissements non négligeables (cf. actes 56 réponse 8 et acte 154 réponse 3a) pour les propriétaires, auxquels la recourante n'a pas voulu participer, [...].

En réalité, il existe une mesure bien plus proportionnée, que la recourante a d'ailleurs proposée, d'elle-même, à un propriétaire en fin d'enquête. En annexe de son courrier du 9 novembre 2017 (cf. acte 212), la recourante a, en effet, déposé un échange de correspondance avec une régie immobilière, relatif à la signature de la CRI et du raccordement de l'immeuble au télé-réseau. Cet échange date de fin 2015, début 2016. Du premier courriel daté du 3 décembre 2015, il ressort que la régie immobilière a demandé à la recourante que « *l'accord de cohabitation avec l'installation satellite de la résidence* » soit stipulé dans la « convention Naxoo ». Suite à cette demande, le 22 décembre 2015, la recourante a proposé trois options aux propriétaires (cf. acte 212 p. 3 et annexe 6), à savoir:

- La cohabitation entre le télé-réseau et le satellite sur un même câble coaxial, auquel cas seul le service de télévision fonctionnerait, mais non Internet et la téléphonie. De plus, il a été indiqué que la box Horizon d'UPC ne fonctionnerait pas non plus le cas échéant, celle-ci utilisant Internet. Cette option correspond au mixage du télé-réseau et du satellite, avec la possibilité de ne bénéficier que de services non interactifs provenant du télé-réseau.
- La suppression du satellite et l'utilisation du câble coaxial uniquement par le télé-réseau.
- La coexistence du système satellite et du télé-réseau sur deux câbles séparés. Cette option correspond à la construction d'une seconde IDI coaxiale, permettant de bénéficier du satellite sur une prise coaxiale et de l'ensemble des services « triple play » sur l'autre prise coaxiale.

En offrant le choix aux propriétaires de faire cohabiter un signal satellitaire et le signal de son télé-réseau sur une même IDI coaxiale, mais en informant ceux-ci de ce qu'ils ne pourraient bénéficier que des services de base liés à la télévision, la recourante a démontré qu'elle était en mesure de concilier ses intérêts, ceux des entreprises tierces actives dans la fourniture de services de télécommunications par satellite et ceux des proprié-

taires d'immeubles. Si ce changement d'attitude est vraisemblablement le résultat de l'intervention de l'autorité inférieure, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la nature particulière de sa responsabilité en tant qu'entreprise dominant le marché (cf. *supra* 11.3.4.1), il pouvait être raisonnablement attendu de la recourante qu'elle parvienne d'elle-même à cette solution, sans qu'une intervention de la Comco et la menace d'une sanction ne soient nécessaires.

Il suit de là que le comportement de la recourante n'est pas proportionné à l'objectif économique poursuivi et présente un bilan concurrentiel négatif. La recourante ne saurait dès lors se prévaloir de motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements pour justifier son comportement.

Par surabondance, il convient de rappeler que la position des SIG/Swisscom sur le marché du raccordement à la fibre optique n'a pas fait l'objet d'une analyse détaillée, dès lors qu'ils ne sont pas actifs sur le même marché que la recourante (cf. *supra* consid. 9.2 ss). Leur pouvoir sur le marché n'a ainsi pas été examiné et n'a pas à l'être dans le cadre de la présente procédure. Au surplus, le contrat de raccordement à la fibre optique octroie certes aux SIG et à Swisscom l'usage exclusif de l'IDI fibre optique, mais il garantit également que certains brins seront réservés à l'usage de tiers. Il suit de là que, contrairement à ce que soutient la recourante, le régime contractuel qu'elle a instauré dans sa CRI s'éloigne substantiellement du régime mis en place sur le réseau de fibre optique des SIG et de Swisscom.

Il suit de là que, contrairement à ce que soutient la recourante, le régime contractuel qu'elle a instauré dans sa CRI s'éloigne substantiellement du régime mis en place sur le réseau de fibre optique des SIG et de Swisscom. La recourante ne saurait donc, en aucun cas, se prévaloir du comportement des SIG/Swisscom pour justifier son comportement sur le marché du raccordement au télé-réseau.

**11.3.5.8** Au surplus, il n'y a pas lieu de traiter plus en avant les très nombreux motifs avancés, en vrac, par la recourante dans sa prise de position sur la proposition de décision et dans son mémoire de recours, en tant que la recourante ne fournit aucun élément et ne démontre pas en quoi ces motifs permettraient de légitimer son comportement sur le marché (cf. *supra* consid. 11.3.5.2).

**11.3.6** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le comportement de la recourante, consistant à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale, a été mis en oeuvre par le biais de conditions commerciales inéquitablement au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, à savoir principalement par le biais de l'art. 9.4 de la CRI, par lequel la recourante se réserve le droit de résilier le raccordement au télé-réseau en cas de présence d'un système tiers sur la même installation.

En revanche, rien n'indique que les contrats de modernisation des IDI coaxiales aient été imposés aux propriétaires d'immeubles.

S'agissant de la possibilité pour la recourante d'approuver le schéma de l'installation intérieure préalablement au raccordement au télé-réseau et de vérifier que l'installation correspond à ses spécifications techniques, il y a lieu de relever que l'expertise privée met en lumière que la cohabitation de deux systèmes sur une seule IDI coaxiale nécessite une coordination importante entre tous les intervenants. Au surplus, il ne ressort pas clairement du dossier que les spécifications techniques de la recourante vont au-delà des standards de la branche. La question du caractère inéquitable de ces spécifications techniques peut toutefois rester ouverte dès lors qu'il a déjà été constaté que certaines conditions commerciales de la recourante, en particulier l'art. 9.4 de la CRI, satisfaisaient aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

**11.4** Reste à déterminer si le comportement reproché à la recourante a limité les débouchés et le développement technique.

**11.4.1** L'autorité inférieure estime que, dans le cas d'espèce et par le biais de la CRI et des contrats de modernisation, le comportement de la recourante limite les débouchés de tiers et le développement technique de services tiers. Ce faisant, la recourante aurait empêché ou entravé des tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications, notamment par satellite. Les conditions d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart seraient ainsi également remplies.

La recourante conteste que son comportement a limité les débouchés ou le développement technique. Elle souligne que l'autorité inférieure se réfère à des développements et analyses effectués sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et qu'elle a renoncé à examiner l'effet de ses conditions commerciales sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. La recourante considère ainsi que l'autorité inférieure n'a pas démontré en quoi elle aurait limité les débouchés et le développement technique. Elle rappelle que l'art. 7 al. 2 let. e LCart revêt un caractère subsidiaire et que cette disposition doit être interprétée de manière restrictive, en ce sens que seuls les comportements qui rendent les produits ou prestations de concurrents moins attractifs seraient interdits.

**11.4.2** Selon l'art. 7 al. 2 let. e LCart, est notamment réputé illicite le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique. L'art. 7 al. 2 let. e LCart couvre toute pratique d'entrave ou d'exclusion d'une entreprise dominante à l'égard de ses concurrents (cf. décision de la Comco *Online-Buchungsplattformen für Hotels* du 19 octobre 2015, in: DPC 2016/1 67, ch. 454; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart no 458; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 234). La disposition n'entre ainsi en ligne de compte qu'en application conjointe avec l'une ou l'autre des pratiques exemplatives de l'al. 2 ou avec une pratique non listée, mais abusive au sens de l'al. 1 (cf. décision de la Comco *Online-Buchungsplattformen für Hotels* précité, in: DPC 2016/1 67, ch. 454; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2

LCart no 234). Le comportement n'est par conséquent abusif que s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents actuels - c'est-à-dire sans que cela ne résulte de l'évolution normale du marché (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 569; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 235) - et qu'il porte atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 569). Enfin, comme les autres états de faits de l'art. 7 al. 2 LCart, la limitation de la production, des débouchés et du développement technique n'est pas abusive si elle est justifiée par des considérations commerciales légitimes (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 241).

**11.4.3** Le comportement d'une entreprise dominante n'est, tout d'abord, abusif que s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents.

**11.4.3.1** Il ne doit pas s'agir d'une limitation résultant de l'évolution du marché, mais bien d'une stratégie de l'entreprise dominante visant à s'octroyer ou à consolider un avantage concurrentiel. L'entreprise dominante peut soit limiter sa propre production, ses propres débouchés ou son propre développement technique, soit imposer à d'autres entreprises d'adopter des mesures limitatives (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 235). Les limitations à la production conduisent généralement à une diminution artificielle de la capacité de production et donc, en règle générale, à un appauvrissement de l'offre sur le marché (cf. STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart no 462). Par limitation des débouchés, on entend en particulier les comportements d'une entreprise dominante visant à réduire la portée marketing de la concurrence, et à restreindre artificiellement l'accès de cette dernière au marché (cf. ZÄCH, *Kartellrecht*, no 688; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart no 464). Les limitations au développement technique concernent, quant à elles, essentiellement les formes de comportement qui restreignent ou limitent l'accès à des ressources techniques ou à leur diffusion (cf. décision de la Comco *Six Group* précité, in: DPC 2011/1 96, ch. 501; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart no 462 no 464).

En l'occurrence, le comportement reproché à la recourante porte uniquement sur la limitation des débouchés et du développement technologique. Plus spécifiquement, de telles pratiques peuvent résulter soit de clauses contractuelles par lesquelles l'entreprise dominante limite le marché géographique ou le type de clients auxquels elle distribue ses produits, soit d'actions unilatérales par lesquelles l'entreprise dominante refuse de fournir certains acheteurs. Ainsi, par exemple, sous l'angle de l'art. 102 let. b TFUE, dont l'art. 7 al. 2 let. e LCart constitue une reprise (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 233), l'entreprise en position dominante au bénéfice d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché; tel n'est pas le cas lorsqu'elle exerce son veto et demande le strict respect de l'accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer un concurrent de l'accès au marché (cf. arrêt du TPI T-24/93 *Compagnie maritime belge transports* du 8 octobre 1996 ch. 108 s.). Des pratiques limitant les débouchés et le développement technique peuvent aussi avoir pour but d'augmenter les coûts des en-

treprises concurrentes, par exemple par l'introduction de normes ou de spécifications techniques développées par l'entreprise dominante, par un contrôle réglementaire par l'entreprise dominante, par le développement de produits différenciés ciblés, par l'innovation, la recherche et le développement, ou par des contrats de longue durée. (cf. CLERC/KÉLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 239; pour une casuistique plus détaillée, cf. ég. no 244 ss et 250 ss).

**11.4.3.2** En l'occurrence, le tribunal a déjà constaté, en tenant compte des arguments avancés par la recourante, que le comportement de cette dernière consistait à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. *supra* consid. 11.2.4). Elle refusait notamment de raccorder un immeuble à son télé-réseau si celui-ci, en présence d'un système tiers, ne disposait pas d'une seconde installation intérieure, dont la construction s'effectuait aux frais des propriétaires (cf. *supra* consid. 11.2.3.2). La recourante a ainsi, par là-même, empêché les entreprises tierces d'accéder aux installations intérieures et à l'IDI coaxiale pour prester leurs services.

Parmi les conditions commerciales litigieuses ayant conduit à une telle pression figurent notamment l'art. 9.4 de la CRI qui prévoit la possibilité pour la recourante de résilier le raccordement au télé-réseau en présence d'un système tiers (cf. *supra* consid. 11.2.1.1 et 11.2.2.4), les conditions générales et spécifications techniques de la recourante qui imposent aux propriétaires de respecter les spécifications techniques de la recourante et de faire valider, par cette dernière, l'installation intérieure avant tout raccordement (cf. *supra* consid. 11.2.1.4, 11.2.1.6 et 11.2.2.3), ainsi que l'art. 5 des contrats de modernisation des IDI coaxiales qui octroie à la recourante un droit d'utilisation exclusif sur l'utilisation des installations intérieures modernisées, avec néanmoins la possibilité pour le propriétaire de se libérer après deux ans et moyennant indemnisation de la recourante (cf. *supra* consid. 11.2.1.5 et 11.2.2.5).

En l'occurrence, il y a encore lieu de relever que, bien que la recourante soutienne n'avoir jamais fait usage de son droit de refuser une installation intérieure ou de résilier le raccordement au télé-réseau en cas de présence d'un système tiers, il ressort du dossier qu'elle impose le respect strict de ces conventions et conditions commerciales (cf. *supra* consid. 11.2.3.2) et exploitait la nécessité pour les propriétaires d'immeubles de raccorder leur immeuble au télé-réseau pour se voir octroyer l'usage exclusif de l'installation intérieure (cf. *supra* consid. 11.2.3.1). La recourante ne consent à la présence d'un système tiers que si l'installation intérieure est doublée et construite aux frais des propriétaires (cf. *supra* consid. 11.2.3.2). Au surplus, lors de son audition, elle est restée vague sur la disponibilité des spécifications techniques sur lesquelles elle se fonde pour autoriser ou non le raccordement d'une installation intérieure, ne sachant, par exemple, pas si elles étaient disponibles sur son site Internet (cf. acte 222 réponse 5, p. 6; ég. *supra* consid. 11.2.2.3). Elle n'a pas non plus indiqué si

les recommandations techniques de la recourante concernant les IDI coaxiales mentionnées ci-avant (cf. *supra* consid. 11.2.1.6) et les « spécificités techniques » mentionnées à l'art. 2.2 de la CRI et dans d'autres documents contractuels ne faisaient qu'un (cf. ch. 234 de la décision attaquée). Enfin, il y a lieu de rappeler l'existence d'un long conflit entre la recourante et l'intimé, certains cadres dirigeants de celle-là ayant d'ailleurs été condamnés pénalement (cf. *supra* consid. 11.2.3.4)

Ce complexe de faits conduit le tribunal à retenir qu'en exigeant l'installation d'une seconde IDI coaxiale en présence d'un système tiers, la recourante a contribué à augmenter sensiblement les coûts de construction des immeubles et des installations intérieures, ce d'autant plus qu'il est permis de douter que les propriétaires d'immeubles et les entreprises tierces aient été en mesure d'accéder facilement aux spécifications techniques de la recourante. Elle a ainsi contribué à capturer les entreprises tierces et les propriétaires dans un système réglementaire et contractuel, établi et contrôlé par elle-seule. Au surplus, la conclusion d'un contrat de modernisation des IDI coaxiales octroyait à la recourante un droit exclusif d'utiliser toutes les IDI coaxiales modernisées. La mise en oeuvre de ce droit ne permettait plus aux propriétaires de se détacher des services de la recourante et d'opter pour un système tiers, sans devoir indemniser la recourante, et cela, uniquement après une période initiale de deux ans. Quant au montant de cette indemnité, il y a lieu de relever qu'elle ne figure pas dans les contrats en question et que son calcul est, du point de vue des propriétaires d'immeubles, difficile à anticiper (cf. *supra* consid. 11.2.1.5 et 11.2.2.5).

Il suit de là que le comportement reproché à la recourante a limité, durant la période de l'enquête, artificiellement l'accès au marché des services de télécommunications et notamment de télévision, ainsi que l'expansion d'entreprises tierces actives sur ce segment. Il ne s'agit, au surplus, pas d'une limitation résultant de l'évolution du marché, mais bien d'une stratégie de la recourante visant à lui octroyer ou à consolider un avantage sur ses concurrents.

Partant, la première condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. e LCart est remplie.

**11.4.4** Outre une limitation artificielle de l'accès au marché ou de l'expansion de concurrents, le comportement doit encore porter atteinte à leur capacité concurrentielle, sans que cela ne découle de l'évolution normale du marché. Tel est le cas lorsque le comportement entrave les concurrents, actuels ou potentiels, de l'entreprise dominante dans l'accès ou l'exercice de la concurrence, ou lorsque l'entreprise dominante exploite ses partenaires commerciaux (cf. décision de la Comco du 14 juillet 2014 *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, in: DPC 2014/4 670, ch. 129 et 134; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 7 LCart no 474); leur capacité concurrentielle doit alors s'en trouver affectée de manière négative.

En l'espèce, le tribunal a déjà constaté que le comportement de la recourante visait notamment à empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. *supra* consid. 11.2.4), en exploitant la nécessité pour les propriétaires d'im-

meubles de raccorder leur immeuble au télé-réseau (cf. *supra* consid. 9.2.3.4). Ce faisant, elle a empêché ses concurrents, et en particulier l'intimé, d'accéder au marché, d'autant plus qu'une antenne satellite collective est installée sur un nombre important d'immeubles (cf. *supra* consid. 11.3.4.4), nonobstant les efforts et démarches effectuées notamment par l'intimé pour promouvoir son système (cf. *supra* consid. 11.3.4.5).

Il suit de là que la recourante a porté atteinte à la capacité concurrentielle d'entreprises tierces, actives sur le marché des services de télécommunications, en particulier de télévision par satellite, sans que cela ne découle de l'évolution normale du marché.

La deuxième condition d'application de l'art. 7 al. 2 let. e LCart est ainsi remplie.

**11.4.5** Il y a encore lieu d'examiner si les limitations constatées aux débouchés et au développement technique peuvent être justifiées par des considérations commerciales légitimes.

**11.4.5.1** Pour ce point, il est renvoyé dans une large mesure aux considérants portant sur l'absence de considérations commerciales légitimes aux conditions inéquitables imposées par la recourante (cf. *supra* consid. 11.3.5 ss), dès lors qu'elle fait valoir les mêmes motifs pour justifier son comportement.

Il y a toutefois lieu de s'intéresser davantage aux considérations commerciales qui pourraient légitimer l'usage exclusif, pendant cinq ans, des IDI coaxiales modernisées par le biais des contrats de modernisation en question. Ceux-ci ne satisfaisant pas, à eux seuls, aux conditions de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (cf. *supra* consid. 11.3.6), ils n'ont en effet pas encore été examinés sous l'angle des considérations commerciales légitimes.

D'emblée, il y a lieu de relever l'absence de motifs justificatifs objectifs à une exclusivité limitée à cinq ans. En effet, dans l'hypothèse où il serait objectivement nécessaire que la recourante dispose d'un usage exclusif de l'installation intérieure des immeubles pour prester ses services, cette exclusivité serait légitimée *ad aeternam*. Dès lors que la recourante est prête à renoncer à son usage exclusif après cinq ans, on ne saisit pas, en l'espèce, l'intérêt objectif d'une telle exclusivité. De plus, le tribunal a déjà constaté qu'il n'était pas objectivement nécessaire pour la recourante de maintenir un contrôle sur l'IDI coaxiale et d'interdire la coexistence de services tiers sur la même IDI (cf. *supra* consid. 11.3.5.3 à 11.3.5.6.4).

**11.4.5.2** Reste dès lors à examiner l'existence de motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements.

La recourante fait valoir, dans sa prise de position sur le projet de décision (cf. acte 198 ch. 810), la protection de ses investissements. Elle indique à cet égard, dans son mémoire de recours, que le coût de modernisation s'élève à [...] francs par unité d'habitation, et qu'elle amorti ces coûts sur une durée de [...] ans (cf. ch. 128 ss du mémoire de recours). Au surplus, elle rappelle que ses contrats n'avaient pas vocation à s'appliquer en cas d'utilisation des infrastructures à d'autres fins que l'accès aux signaux du télé-réseau, que le principe d'une résilia-

tion anticipée du contrat était assortie d'une obligation d'indemnisation de la part des propriétaires, et que la résiliation d'un contrat de modernisation demeurerait sans impact sur le raccordement de l'immeuble en question ou encore les services fournis aux consommateurs, de sorte que le seul et unique impact concret d'une telle résiliation porterait sur l'éventuelle maintenance souscrite par le propriétaire. Elle fait encore grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir procédé à une analyse des coûts et des bénéfices pour les propriétaires d'un tel régime, ainsi qu'à une analyse de la possibilité pour les propriétaires de répercuter tout ou partie de l'indemnité à verser à la recourante sur le tiers désireux d'utiliser les infrastructures financées par la recourante. Elle en conclut donc que l'autorité inférieure n'a pas procédé à un examen suffisant des avantages et inconvénients liés à ces contrats pour les propriétaires. Elle affirme enfin n'avoir jamais résilié un contrat de modernisation du fait de l'utilisation par un tiers des infrastructures intérieures d'immeubles ou encore n'avoir jamais restreint l'accès à des infrastructures intérieures d'immeubles.

En l'occurrence, il ressort du dossier que les propriétaires d'immeubles disposent, lorsqu'il s'agit d'aborder la question de la modernisation de leurs IDI coaxiales, de trois possibilités: ils peuvent procéder à celle-ci à leurs propres frais, aux frais de la recourante moyennant la conclusion d'un contrat de modernisation ou renoncer simplement à celle-ci. D'emblée, il y a lieu de relever que nul ne conteste que la recourante dispose d'un intérêt commercial à la modernisation des IDI coaxiales. Il suit de là qu'on ne saurait reprocher à la recourante d'approcher les propriétaires d'immeubles en ce sens et de leur proposer, le cas échéant, de moderniser les IDI coaxiales à ses propres frais. Dans ce cas, il n'est également pas contesté que la recourante dispose d'un intérêt commercial à obtenir un certain retour sur investissement.

Il convient bien plus d'examiner si la durée de cinq ans pendant laquelle les propriétaires ne peuvent pas utiliser leurs installations pour des systèmes tiers est proportionnée aux objectifs économiques poursuivis par la recourante et si la possibilité pour les propriétaires de se libérer après deux ans, moyennant le paiement d'une indemnité, permet d'en contrebalancer les effets négatifs.

A cet effet, il ne s'agit pas d'examiner les conséquences civiles d'une telle clause ou sa validité en droit des obligations; là n'est pas l'enjeu. De même, il ne s'agit pas d'interdire aux entreprises en position dominante le recours à toute forme d'exclusivité aux fins d'obtenir un retour sur leurs investissements. Il y a toutefois lieu, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, d'examiner si les effets négatifs de cette exclusivité sur la concurrence n'outrepassent pas les gains d'efficacité allégués.

En l'espèce, il ressort du dossier que le coût de modernisation d'une IDI s'élève à [...] francs par unité d'habitation, que la recourante amortit sur [...] ans (ch. 128 ss du mémoire de recours). Si une exclusivité d'une durée inférieure est, en soi, louable, d'autant plus lorsqu'elle est accompagnée d'une possibilité pour le propriétaire d'immeuble de résilier le contrat - et donc de se libérer -

moyennant une indemnité, on ne saisit toutefois pas les motifs d'une approche différenciée de la recourante et la nécessité d'empêcher toute résiliation durant les deux premières années du contrat. Une telle façon de faire constitue plutôt un indice de ce que la recourante obtient, en réalité, un retour sur investissement après deux ans déjà. Au surplus, il ne ressort pas du dossier que l'indemnité versée par le propriétaire en cas de rupture anticipée du contrat soit limitée au remboursement, par le propriétaire, des sommes engagées par la recourante pour la modernisation des IDI coaxiales, diminution faite des amortissements déjà réalisés. Tout porte, au contraire, à croire que la recourante dispose d'une grande latitude dans la fixation du montant de l'indemnité. S'il est vrai que les propriétaires pouvaient eux-mêmes la modernisation de leurs IDI coaxiales, les clauses du contrat de modernisation ont contribué à enfermer les propriétaires d'immeubles dans un système contractuel et réglementaire contrôlé par la recourante et ayant eu pour effet d'empêcher ou de limiter la possibilité pour les entreprises tierces d'accéder et d'utiliser les installations intérieures et les IDI coaxiales.

Il suit de là que, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, les effets du comportement reproché à la recourante sur le marché dans le cadre de ces contrats de modernisation ne sont pas contrebalancés par les gains d'efficacité avancés par la recourante, de sorte que ce comportement ne peut être justifié.

**11.4.6** Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le comportement de la recourante a limité, par le biais des clauses contractuelles de la recourante contenues notamment dans la CRI, ses conditions commerciales et spécifications techniques, ainsi que dans les contrats de modernisation, artificiellement l'accès au marché et l'expansion d'entreprises tierces, sans que cela ne résulte d'une évolution normale du marché ou d'une situation concurrentielle normale. Ce faisant, la recourante a empêché ses concurrents, et en particulier l'intimé, d'accéder au marché, sans que cela ne soit justifié par des motifs justificatifs objectifs ou des motifs justificatifs d'efficacité et de protection des investissements.

Partant, le comportement de la recourante, dans le cas d'espèce et par le biais de la CRI, de ses conditions commerciales et spécifications techniques, ainsi que des contrats de modernisation, a limité les débouchés de tiers et le développement technique de leurs services, en empêchant ou entravant ceux-ci dans le développement de technologies différentes de réception de services de télécommunications, et notamment de télévision par satellite.

Il s'ensuit que les conditions de l'abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart sont également remplies.

**11.5** Dans un grief séparé, la recourante fait valoir que son comportement ne porte, dans les faits, pas atteinte à la concurrence, dès lors que ses conditions commerciales ne prévoiraient que la possibilité de résilier le recordement, possibilité dont elle n'aurait d'ailleurs jamais fait usage. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir assimilé le système Supermédia à l'ensemble des systèmes satellitaires et fait valoir que le système Supermédia est unique en son genre, et qu'il est le seul sys-

tème à pouvoir potentiellement être touché par son comportement. Elle se plaint également que l'autorité inférieure n'a pas quantifié le phénomène, que ce soit in abstracto ou in concreto.

L'autorité inférieure rappelle que la jurisprudence et la doctrine ne considèrent pas l'atteinte à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition des conditions commerciales inéquitables, mais que, dans tous les cas, le comportement de la recourante entraînait une telle entrave, dans la mesure où elle pouvait, à travers celui-ci, limiter ou empêcher tout tiers d'accéder à l'IDI coaxiale. Elle rappelle que la recourante a conclu [...] nouvelles CRI entre décembre 2009 et juillet 2015, de sorte que le nombre d'immeubles affectés par les conditions commerciales litigieuses serait loin d'être négligeable. De plus, la recourante aurait également empêché ou entravé des tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunications.

**11.5.1** Il y a lieu de rappeler que l'art. 7 al. 2 LCart concrétise la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart par une liste exemplative de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, s'ils portent atteinte à la concurrence - c'est-à-dire s'ils entravent des tiers dans l'accès ou l'exercice de la concurrence ou exploitent des partenaires commerciaux - et s'ils ne sont pas justifiés par d'éventuelles considérations commerciales légitimes (cf. *supra* consid. 11.1.2; ég. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 4.3.4; Clerc, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 109). Il en va de même de la liste des pratiques abusives figurant à l'art. 102 TFUE (cf. not. arrêt de la CJUE C-549/10 Tomra du 19 avril 2012 ch. 69; arrêt C-52/09 *TeliaSonera* précité ch. 26). Il suit de là que l'art. 7 al. 2 LCart ne constitue pas une interdiction *per se* des comportements listés.

Toutefois, lorsque le comportement reproché constitue une pratique au sens de l'art. 7 al. 2 LCart, l'atteinte à la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 LCart peut déjà s'apprécier et ressortir de l'examen des conditions d'application spécifiques de chaque pratique, telles que définies par la jurisprudence. Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, l'existence d'une atteinte à la concurrence ressort généralement déjà de l'examen du caractère inéquitable des conditions commerciales litigieuses (cf. *supra* consid. 11.3.4), ou, dans une certaine mesure, de l'examen de la condition d'imposition (cf. *supra* consid. 11.3.3). De même, la constatation de l'atteinte à la concurrence dans le cadre d'une pratique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart s'apprécie, en raison de son caractère complémentaire (cf. *supra* consid. 11.4.2), dans le cadre de l'examen de l'atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents (cf. *supra* consid. 11.4.4) et peut déjà aussi ressortir de l'appréciation de la limitation artificielle de l'accès au marché (cf. *supra* consid. 11.4.3).

**11.5.2** En l'occurrence, le tribunal a d'ores et déjà examiné, en détail et dans le cadre de l'examen des conditions spécifiques des pratiques reprochées, les griefs invoqués par la recourante. Il est ainsi parvenu à la conclusion que le comportement de la recourante consistait notamment à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles



pour s'assurer, en raison de conditions commerciales inéquitables, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale (cf. *supra* consid. 11.2.4). Ce faisant, elle a empêché ses concurrents, présents ou futurs, d'accéder au marché - ce d'autant plus qu'une antenne satellite collective est installée sur un nombre important d'immeubles (cf. not. *supra* consid. 11.3.4.4) -, sans que ses conditions commerciales ne soient justifiées par des considérations commerciales légitimes (cf. *supra* consid. 11.3.5 ss), restreignant, par là-même, la concurrence sur le marché. De plus, en se réservant notamment l'usage de l'IDI coaxiale, que ce soit dans le cadre du raccordement initial au télé-réseau ou dans le cadre de la modernisation des IDI coaxiales, elle a également limité les débouchés et le développement de la technique en restreignant artificiellement l'accès au marché et en affectant la capacité concurrentielle de ses concurrents, sans que ce comportement ne soit, lui aussi, justifié par des considérations commerciales légitimes (cf. *supra* consid. 11.4.6). Partant, elle a dès lors également entravé la concurrence sur le marché pour ce motif.

**11.5.3** Il suit de là que les griefs soulevés par la recourante n'ont, à ce stade, plus de portée propre et sont liés par le sort des considérants qui précèdent, le tribunal en ayant d'ores et déjà tenu compte et les ayant examinés dans le cadre de l'examen des conditions d'application de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart.

**11.6** Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le comportement de la recourante consistant à exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, en raison de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale constitue un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart sous la forme notamment d'une imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et d'une limitation des débouchés et du développement technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart.

Dans son mémoire de réponse, l'intimé fait encore valoir que le comportement reproché à la recourante constituerait un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart et que c'est à tort que l'autorité aurait écarté cette éventualité. Toutefois, le tribunal ayant retenu la réalisation de formes d'abus au sens de l'art. 7 al. 1 LCart en lien avec l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart, il lui est ainsi possible de renoncer à examiner les griefs de l'intimé.

**12.** Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne une sanction.

**12.1** Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs.

**12.1.1** La recourante fait valoir que ses conditions commerciales se distinguent très nettement de toute situation qui aurait déjà été jugée par le passé ou qui ferait l'objet d'une quelconque communication officielle, qui aurait permis à la recourante d'apprécier le caractère potentiellement restrictif de ses conditions commerciales.

Ce faisant, elle se plaint d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines.

**12.1.1.1** Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-pénal (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2), les art. 1er CP et 7 par. 1 CEDH - consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) - trouvent donc application en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart était suffisamment précise pour satisfaire à ce principe (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3). Il rappelle que, dans l'examen de l'art. 7 LCart, c'est la combinaison du comportement abusif et de ses effets anticoncurrentiels qui est pertinente, et non son énumération dans la liste de l'art. 7 al. 2 LCart. Cette liste, ainsi que la jurisprudence et la doctrine y relatives, constituent néanmoins une aide pour les entreprises dans l'appréciation du caractère licite ou non de leur comportement (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.4).

**12.1.1.2** Dans le cas d'espèce, le caractère suffisamment précis de l'art. 7 al. 1 LCart en lien avec les pratiques énumérées à l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart est renforcé par la pratique des autorités suisses et européennes.

Ainsi, dans une précédente affaire, et bien que la procédure ait été classée en raison de la perte de son objet, la Comco avait estimé qu'une entreprise en position dominante limitait les débouchés des autres concurrents lorsqu'elle se réservait des capacités de transmission tout en refusant de les mettre à disposition de ses concurrents (cf. décision de la Comco Teleclub AG du 4 juin 2007, in: DPC 2007/3 400, ch. 80 et 89).

De même, après que son monopole légal a été aboli, la Fédération suisse pour l'insémination artificielle a conclu des contrats d'approvisionnement exclusif avec les vétérinaires, en menaçant de cesser toute livraison aux vétérinaires qui se fourniraient auprès d'entreprises concurrentes. La Comco a estimé que de telles clauses étaient abusives, car elles avaient pour but et pour effet de conserver un monopole de fait et d'entraver l'entrée sur le marché d'entreprises concurrentes, en limitant d'emblée leurs débouchés (cf. décision de la Comco *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* du 1er mars 1999, in: DPC 1999/1 75, ch. 9 et 67).

Dans l'affaire *Van den Bergh Foods*, la CJCE a retenu que lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met à disposition des congélateurs gratuitement à disposition des détaillants et en assure sans frais la maintenance, à condition que les détaillants n'y entreposent que des glaces du producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expan-

sion sur le marché en cause plus difficile pour les concurrents de l'entreprise dominante; elle nuit également aux intérêts des détaillants qui ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente; enfin, le choix de produits offerts aux consommateurs s'en trouve restreint (cf. arrêt de la CJCE C-552/03 Unilever Bestfoods du 28 septembre 2006, qui confirme l'arrêt du TPI T-65/98 Van den Bergh Foods du 23 octobre 2003).

Dans l'affaire *Tetra Pak II*, la Commission européenne a rappelé qu'il n'était pas admissible qu'une entreprise, profitant de sa position dominante, impose unilatéralement des pénalités importantes, dont elle fixe le montant exact discrétionnairement, en fonction de l'évaluation qu'elle donne elle-même de la gravité de l'infraction à une obligation contractuelle. Il importe peu à cet égard que cette clause ait ou n'ait jamais été appliquée compte tenu de la simple menace que son existence représente déjà pour l'utilisateur (cf. décision de la Commission 92/163/CEE *Tetra Pak II* du 24 juillet 1991 ch. 142).

Enfin, dans l'affaire *Compagnie maritime belge transports*, le Tribunal de première instance a estimé qu'une entreprise en position dominante qui bénéficie d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché. L'entreprise abuse de sa position dominante lorsqu'elle exerce son veto et demande le strict respect de l'accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer l'unique concurrent indépendant de l'accès au marché pertinent (cf. arrêt T-24/93 *Compagnie maritime belge transports* précité ch. 108 s.).

Parallèlement, la doctrine et la jurisprudence ont également largement discuté de la notion de position dominante, en particulier lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public, qu'elle est titulaire de droits spéciaux ou exclusifs sur une installation essentielle ou qu'elle est la seule à en disposer (cf. Message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 565 s.; ég. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart no 184 et les réf. citées). La Comco a ainsi notamment estimé que le refus des *EEF* de laisser transiter l'électricité de son concurrent sur son réseau électrique constituait un abus de position dominante (cf. décision de la Comco *EEF* du 5 mars 2001, in: DPC 2001/2 255, ch. 206 s.).

**12.1.1.3** Les arguments de la recourante ne sont, partant, pas convaincants. Il importe peu que des conditions commerciales se distinguent d'une situation précédemment jugée ou qui aurait fait l'objet d'une communication officielle. Si l'argument de la recourante devait, en effet, être suivi, une condamnation ne pourrait jamais être obtenue lorsqu'un nouveau mode opératoire est employé pour commettre un abus (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6). En outre, la recourante est une entreprise qui domine le marché. Elle a ainsi une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 7 al. 2 LCart no 178), c'est pourquoi il lui appartenait de s'informer sur les fondements juridiques et sur l'interprétation de ceux-

ci par la jurisprudence et la doctrine (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.3.6).

**12.1.1.4** De manière générale, la notion de pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, en lien avec l'imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et avec la limitation des débouchés et du développement de la technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart peut donc être définie de manière concrète, si bien qu'elle est suffisamment précise au sens des art. 1er CP et 7 par. 1 CEDH.

Partant, les griefs de la recourante relatifs à la violation du principe de la légalité des délits et des peines doivent être rejetés.

**12.1.2** Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1bis LCart, qu'elle a eu recours à des pratiques illicites au sens de l'art. 7 al. 1 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 7 al. 1 et 2 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1; arrêt du TF 2C\_484/2010 *Publigroupe* du 29 juin 2012 consid. 12.2.1, non publié dans l'ATF 139 I 72).

**12.1.2.1** La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle reproche à l'autorité inférieure de n'avoir démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en oeuvre ses conditions commerciales dans un sens contraire au droit. Elle rappelle avoir, de façon réitérée, proposé au secrétariat une rencontre destinée à présenter ses soucis légitimes liés à des considérations qualitatives, ce que le secrétariat aurait toujours refusé. Ce refus de dialogue, dans un domaine aussi spécifique et technique que les télécommunications, ne saurait être imputé à la recourante, moins encore être interprété comme la manifestation d'une stratégie délibérée et intentionnelle de violer la loi.

**12.1.2.2** Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante.

L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 *Publigroupe* du 27 avril 2010 consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1489). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 7 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; arrêt B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1491 *in fine* et 1493; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 677). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel comportement peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises occupant une position dominante sur le

marché de s'abstenir de tout comportement contraire à l'art. 7 LCart (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; ANDREA DOSS, *Vertikalabreden und ihre direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, 2009, no 261; CHRISTOPH TAGMANN, *Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, 2007, p. 72 s.). Elles doivent ainsi s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 8.5.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20010071>).

**12.1.2.3** En l'occurrence, il a été établi que la recourante avait notamment exploité le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, par le biais de conditions commerciales inéquitables, un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur la même IDI coaxiale. Ce faisant, son comportement a contribué à limiter les débouchés et le développement technique. A cet effet, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire au droit et, plus précisément à l'art. 7 LCart, même si le domaine des télécommunications est un domaine spécifique et technique. De même, les dites clauses ont été exécutées et le comportement de la recourante mis en oeuvre, dès lors qu'il a été démontré que la pression exercée par la recourante pour s'assurer un contrôle sur l'installation intérieure avait été perçue par les propriétaires d'immeubles et que la simple menace de résilier le raccordement au télé réseau avait eu l'effet dissuasif escompté. Quant aux contrats de modernisation, bien que la recourante ne mette pas l'IDI coaxiale à disposition des propriétaires d'immeubles, elle en assure gratuitement la modernisation, à condition qu'aucun tiers ne puisse accéder aux IDI coaxiales pendant une certaine durée. La recourante incite ainsi les propriétaires d'immeubles à ne « s'approvisionner » qu'auprès d'elle. Ce faisant, elle aurait pu savoir qu'elle entravait l'entrée sur le marché de services tiers concurrents et limitait les débouchés et le développement de la technique. La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas adopté une stratégie délibérée et intentionnelle de violer la loi ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure - avant l'intervention du secrétariat - sur le point de savoir si son comportement était conforme aux règles du droit de la concurrence. Quant à l'argumentaire de la recourante selon lequel le secrétariat n'aurait pas donné suite à ses tentatives de présenter « *ses soucis légitimes liés à des considérations qualitatives* », il peine à convaincre, dès lors qu'elle procède après l'intervention

du secrétariat et que ses tentatives ne s'inscrivent pas dans un processus de mise en conformité préalable. On ne saisit, en effet, pas en quoi le fait pour la recourante de clamer son innocence après l'intervention du secrétariat influencerait sur l'imputabilité de la sanction et le caractère fautif de son comportement. Si la thèse de la recourante devait être suivie, il ne serait, en effet, jamais possible de condamner l'auteur d'une infraction en l'absence d'aveux directs.

**12.1.2.4** Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que son comportement visait des conditions commerciales inéquitables et entraînait une limitation des débouchés et du développement technique et, partant, tombait ou, à tout le moins, était susceptible de tomber sous le coup des art. 7 et 49a LCart. La recourante ne peut ainsi valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

**12.2** La recourante fait encore valoir plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

**12.2.1** Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir suivi une approche contradictoire dans la définition du marché retenu, en ceci qu'elle calcule la sanction sur la base du chiffre d'affaires réalisé avec la vente d'abonnements et non avec le raccordement des immeubles au télé réseau. Elle souligne que le montant mensuel de l'abonnement de [...] n'était valable que pour les années 2015 et 2016, mais qu'il se montait à [...] en 2014 et que les calculs de l'autorité inférieure ne tiendraient pas compte de son chiffre d'affaires effectif. Elle fait valoir que l'autorité a mal apprécié la gravité de l'infraction dès lors que les dispositions contractuelles contestées ne seraient pas mentionnées dans la loi, ni visées par aucune jurisprudence, ni n'auraient été appliquées en pratique. Elle soutient que ses conditions commerciales n'ont été en vigueur qu'à compter de décembre 2009, de sorte que l'autorité inférieure aurait mal délimité la période de l'enquête en retenant que celle-ci s'étendait depuis juin 2008. Elle se plaint enfin de ce que l'autorité inférieure n'aurait pas tenu compte de circonstances atténuantes, en tant que la recourante aurait affiché une volonté de dialogue durant l'enquête et qu'elle aurait réitéré, à plusieurs reprises, que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas, *per se*, un cas de résiliation de la CRI.

L'autorité inférieure précise que la CRI est conclue à titre gratuit pour le propriétaire d'immeubles, de sorte que la recourante ne raccorde un immeuble que dans la perspective de pouvoir encaisser en tout cas le montant de l'offre de base pour chaque unité d'habitation. C'est donc en réalité l'encaissement du montant de l'offre de base par l'unité d'habitation qui finance l'apparente « gratuité » du raccordement de l'immeuble au télé réseau. Elle estime ainsi avoir correctement calculé le montant de base de la sanction et précise avoir retenu un pourcentage conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart et que celui-ci se trouve déjà au-dessous de la moyenne des montants de base généralement retenus pour ce type d'infraction. Elle souligne que le comportement de la recourante ne se fonde pas uniquement sur ses con-

ditions commerciales. Elle rappelle que la majoration relève du pouvoir d'appréciation de la Comco et dépend de la nature et de la teneur de la restriction à la concurrence ainsi que de son impact dans la durée. Elle relève que la recourante a débuté son comportement illicite au plus tard dès début juin 2008, puisque le 20 mai 2008, faute d'exclusivité, la recourante retirait son offre de relier au télé-réseau la Résidence [...] à Cologny. Elle indique enfin avoir correctement examiné les circonstances atténuantes alléguées par la recourante.

**12.2.2** Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart; cf. ATF 137 II 199 *Terminierung Mobilfunk* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.1 s., non publié dans l'ATF 139 I 72).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après: les notes explicatives OS LCart; [www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html](http://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html), consulté le 22 octobre 2020]; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent - concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts B-831/2011 *Six Group* précité consid. 1576 et B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De façon similaire, il est également pris en compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE C-101/15 P *Pilkington Group* du 7 septembre 2016 ch. 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. Les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart comprennent donc les marchés qui ont été concrètement affectés par la restriction à la concurrence (cf. ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 49a LCart no 25). Au surplus, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent donc également ceux de produits ou de services qui, en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés, peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. En règle générale, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 *Swisscom ADSL* précité consid. 723). Des circonstances particulières peuvent toutefois justifier d'opérer une nouvelle délimitation du marché dans le cadre de l'art. 49a LCart. Tel est le cas notamment en cas d'effet de levier lorsque le comportement abusif d'une entreprise dominante a pour effet d'entraver ses concurrents sur un autre marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (effet de levier; cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 7.3; arrêt C-52/09 *TeliaSonera*

précité ch. 85; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 66). Dans ce cas, il y a également lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché (cf. ATF 146 II 217 *Swisscom ADSL* consid. 9.1).

Quant au chiffre d'affaires de l'entreprise, il se calcule selon les critères appliqués pour apprécier le chiffre d'affaires d'une entreprise participante dans le cadre du contrôle des concentrations (art. 4 OCCE; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart no 26). S'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. REINERT, SHK, art. 49a LCart no 10). Cela étant, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts du TAF B-823/2016 du 2 avril 2020 *Musik Hug* consid. 6.1.2 s., B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires (cf. arrêt B-823/2016 précité *Musik Hug* consid. 6.1.2). Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a duré d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé

de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en oeuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart; arrêt B-823/2016 précité *Musik Hug* consid. 6.5). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt 2C\_484/2010 *Publigroupe* précité consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

**12.3** L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de 3'571'936 francs.

**12.3.1** Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 3 OS LCart, la limite supérieure du montant de base à [...] francs, correspondant à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents en 2014, 2015 et 2016, à savoir [...] francs.

**12.3.1.1** Pour ce faire, l'autorité inférieure a retenu le marché du raccordement des unités d'habitation au télé-réseau, dès lors que c'est en particulier à partir de ce marché que se produisent les conséquences économiques des pratiques illicites de la recourante et que la source de revenus de la recourante est le réseau, présent dans les foyers genevois, à travers lequel la recourante commercialise un abonnement mensuel de base à [...] francs. Elle a multiplié le nombre de prises payantes pour les années 2014 à 2016 par le montant de [...] francs, hors TVA et droits d'auteur, payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base.

La recourante fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir retenu comme marché pertinent le raccordement

des immeubles au téléseu. Elle précise ne percevoir aucune rémunération des propriétaires d'immeubles, de sorte que son chiffre d'affaires sur le marché pertinent serait nul. Subsidiairement, elle indique que le montant payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base s'élevait en 2014 à [...] francs, hors TVA et droits d'auteur. Elle indique aussi que le calcul de l'autorité inférieure ne tient pas compte de son chiffre d'affaires effectif.

**12.3.1.2** En l'occurrence, il y a lieu de rappeler que le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents soit sur le même marché dominé, soit sur un marché connexe qui présente un lien étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas encore d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'y entrer (effet de levier; cf. ATF 146 II 217 Swisscom ADSL consid. 7.3; arrêt C-52/09 *TeliaSonera* précité ch. 85; CLERC, op. cit., art. 7 al. 1 LCart no 66). En l'espèce, la recourante détient une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au téléseu en Ville de Genève (cf. *supra* consid. 0). En revanche, il a été constaté que le comportement de la recourante affectait la concurrence sur le marché des services de télécommunications, et plus particulièrement des services de télévision par satellite, en empêchant des entreprises tierces de prester leurs services par l'entremise de l'IDI coaxiale (cf. *supra* consid. 11.5.2 et les réf. citées). Il suit de là que le marché des services de télévision par satellite est directement et concrètement affecté par le comportement de la recourante. Au surplus, il a également été constaté que les services de télévision par satellite étaient, dans une certaine mesure, substituables aux services télévisuels inclus dans l'offre de base de la recourante (cf. *supra* consid. 9.2.3.4). Tel n'est toutefois pas le cas des services à valeur ajoutée, en tant que le satellite ne permet pas l'interactivité, n'offre pas un débit comparable et subit un temps de latence en raison de son éloignement (cf. *supra* consid. 9.2.3.4). Il suit de là que les services télévisuels de l'offre de base de la recourante sont substituables aux services de télévision par satellite, de sorte qu'ils doivent aussi être intégrés aux marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart; la recourante ne conteste d'ailleurs pas cette substituabilité. Partant, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a retenu qu'il y avait lieu de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé par la recourante avec la commercialisation de son abonnement mensuel de base. On peut toutefois regretter la formulation employée par l'autorité inférieure qui désigne le marché de la vente de services télévisuels de base par l'expression de « marché du raccordement au téléseu » (ch. 598 de la décision attaquée). Cette notion ne doit néanmoins pas être confondue avec le marché du raccordement des immeubles à l'infrastructure horizontale du téléseu sur lequel la recourante détient une position dominante (cf. *supra* consid. 0).

**12.3.1.3** Pour calculer le chiffre d'affaires, les réductions sur vente, tels que les escomptes et les rabais, ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée, les impôts sur la consommation et les autres impôts directement liés au chiffre d'affaires seront déduits des montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réali-

sées (art. 4 OCCE par analogie). En matière de sanctions toutefois, l'autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation. Elle peut procéder par estimation lorsqu'il est difficile, voire impossible, en raison notamment de l'attitude de l'entreprise ou de la nature du marché, de déterminer le chiffre d'affaires effectif sur les marchés pertinents au sens de l'art. 3 OS LCart. Elle ne peut néanmoins, sans autres, s'éloigner des principes fixés à l'art. 4 OCCE.

En l'occurrence, il ressort du dossier que l'autorité inférieure a requis de la recourante, en date du 17 mai 2017, qu'elle lui communique le chiffre d'affaire réalisé pour l'année 2016. En plus de ce chiffre, elle a prié la recourante de lui fournir une version actualisée avec les chiffres 2016 des tableaux 6 à 12 de l'acte 115 (cf. acte 186). Par courrier du 30 mai 2017, la recourante a transmis au secrétariat le bilan et le compte de pertes et profits pour l'année 2016, de même que les versions actualisées des tableaux requis (cf. acte 189). Les comptes annuels 2016 (cf. acte 189), 2015 (cf. acte 115 annexe 2) et 2014 (cf. acte 56 annexe 4) remis par la recourante font état de son résultat d'exploitation, sans qu'il soit possible de déterminer, à la seule lecture des comptes, dans quelle mesure le chiffre d'affaires réalisé avec la vente d'abonnements de base l'influence. La recourante a toutefois indiqué dans les tableaux requis par l'autorité inférieure le montant du chiffre d'affaires réalisé avec la seule vente d'abonnements de base pour les années 2011 à 2016 (cf. actes 115 et 189).

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure n'a toutefois pas tenu compte de ces chiffres et a procédé par estimation en tenant compte du prix annuel de l'abonnement de base (hors TVA et droits d'auteur), qu'elle a multiplié par une estimation du nombre d'unités d'habitation raccordées au téléseu de la recourante. Elle n'a ainsi pas pris en compte d'éventuelles réductions sur vente, escomptes ou rabais. Au surplus, elle a, sans demander des précisions à la recourante à ce propos, tenu pour acquis que le montant de base était identique pour les années 2016, 2015 et 2014. Or, tel n'est manifestement pas le cas (cf. pièce 18 de la recourante).

S'il n'existe au dossier aucune pièce comptable permettant d'appuyer les chiffres allégués par la recourante, force est de constater que l'autorité inférieure n'a rien requis de plus. La recourante pouvait donc partir du principe que ces éléments étaient suffisants pour calculer le chiffre d'affaires déterminant en application des principes fixés à l'art. 4 OCCE. L'autorité inférieure ne pouvait donc, sans autres, procéder à une estimation du chiffre d'affaires et s'éloigner, sans motifs, des éléments remis par la recourante. Si elle avait des doutes quant au bien-fondé de ces éléments, il lui appartenait d'instruire davantage cette question. Elle n'explique d'ailleurs pas, dans son projet de décision, pourquoi elle s'éloigne des chiffres remis par la recourante et fait fi, dans la décision attaquée, des explications données par la recourante dans ses déterminations sur le projet de décision. Une telle façon de procéder viole ainsi l'art. 4 OCCE et ne peut, partant, être suivie. La recourante ayant produit ses chiffres d'affaires réalisés en 2016, 2015 et 2014 avec la vente d'abonnements de base (cf. acte 189), le Tribunal est habilité à calculer lui-même le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant

de base de la sanction. Au demeurant, les chiffres avancés par la recourante représentent une part importante de son résultat d'exploitation. Il n'y a donc aucune raison de les mettre en doute.

**12.3.1.4** Il ressort ainsi du dossier que la recourante a réalisé sur les marchés pertinents un chiffre d'affaire de [...] francs en 2014, de [...] francs en 2015 et de [...] francs en 2016, soit un montant cumulé de [...] francs. Le montant de base maximal est ainsi de [...] francs (10 % de [...] francs).

**12.3.2** L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction. Elle a indiqué que les restrictions à la concurrence ont été limitées à la Ville de Genève et qu'elles ont touché principalement un seul acteur, soit l'intimé. Elle a relevé toutefois que son comportement était voulu et durable, que la Ville de Genève est composée d'un pourcentage très élevé de bâtiments qui contiennent plusieurs logements et que la grande majorité des immeubles disposent de paraboles collectives installées en toiture. Elle a estimé ainsi que la Ville de Genève représente un débouché important pour des fournisseurs de systèmes satellitaires collectifs comme l'intimé. Elle a souligné l'énergie déployée par la recourante sur la durée pour écarter un acteur économique gênant et le fait que la recourante a tenté sciemment d'empêcher le développement de systèmes tiers comme la technologie de l'intimé en cherchant à s'octroyer contractuellement l'exclusivité de l'utilisation des IDI coaxiales. Elle a rappelé le contenu de certaines correspondances et déclarations de la recourante, qui démontrent sa volonté de saborder toute relation commerciale qui impliquerait l'intimé, ainsi que la condamnation pénale de ses dirigeants. Pour ces raisons, l'autorité inférieure exclut une gravité d'infraction faible. Elle fixe ainsi le montant de base de la sanction à [...] %.

La recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure se fonderait sur un ensemble d'éléments de fait soit non retenus, soit non prouvés, soit étrangers à la présente affaire. Elle conteste le caractère « voulu et durable » de son comportement, de sorte qu'elle considère le pourcentage retenu par l'autorité inférieure excessif.

Les griefs soulevés par la recourante ont toutefois déjà été traités dans le cadre de l'examen de l'application de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e LCart. Il a en effet été établi que le comportement de la recourante consistait notamment à exercer des pressions sur les propriétaires d'immeubles afin de contrôler l'IDI coaxiale et d'écarter la possibilité pour des entreprises tierces d'entrer sur le marché en empêchant d'utiliser l'IDI coaxiale pour des systèmes tiers. Ce comportement s'inscrit dans un contexte de tension entre la recourante et l'intimé qui remonte à de nombreuses années. Il constitue un indice du caractère voulu et persistant du comportement de la recourante, à l'égard en particulier de l'intimé.

Enfin, on ne saisit ainsi pas en quoi la fixation du montant de base de la sanction à [...] % du chiffre d'affaires serait excessive; ce pourcentage figure d'ailleurs déjà dans le bas du tableau. En effet, à titre de comparaison, le Tribunal constate que la pratique de l'autorité inférieure en matière de sanctions en cas d'abus de position dominante consiste à retenir des pourcentages généralement plus élevés, entre 5 et 10 % (cf. p. ex. décisions

de la Comco *Swisscom ADSL* du 19 octobre 2009 ch. 393 ss, *Six Goup* du 29 novembre 2010 ch. 592 ss et *Swisscom WAN-Verbindung* du 21 septembre 2015 ch. 588 ss). Les motifs pour lesquelles elle se montre clémente ne figurent, pour le reste, ni dans la décision attaquée, ni dans les prises de positions remises dans le cadre de l'échange d'écritures. Il ne se justifie toutefois pas d'intervenir dans le sens d'une reformatio in pejus. Dans ces circonstances, on ne peut que confirmer le pourcentage de [...] % retenu par l'autorité inférieure et de fixer le montant de base de la sanction, compte tenu du chiffre d'affaires effectif retenu ci-dessus, à [...] francs ([...] % de [...] francs).

**12.3.3** Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 70.83 %. Elle a rappelé qu'une atteinte qui dure plus de cinq ans a en règle générale une incidence uniforme, respectivement périodique sur la ligne du temps. Par conséquent, dans de tels cas, une majoration linéaire par palier de 0.8333 % par mois entamé est indiquée, dès le moment où le comportement anticoncurrentiel est exercé. Elle a relevé que, sur la base du dossier, le comportement de la recourante a débuté au plus tard dès début juin 2008 et s'est étendu jusqu'à fin juin 2015, lors de l'adoption de la nouvelle teneur de la CRI de la recourante. Elle en a conclu que le comportement de la recourante avait duré 7 ans et 1 mois, soit une majoration de 70.83 %.

La recourante soutient que, dans la mesure où seules ses conditions commerciales font l'objet de la condamnation prononcée par l'autorité inférieure, la durée de l'infraction ne saurait excéder la durée au cours de laquelle ces conditions étaient en vigueur, soit la période allant de décembre 2009 à juin 2015, autrement dit une durée de cinq ans et sept mois, soit une majoration de 55.81 %.

Il y a lieu toutefois de rappeler que, contrairement à ce que laisse entendre la recourante, il ressort bien de la décision attaquée - ce que le tribunal a lui aussi constaté - que son comportement a consisté à exercer une pression sur les propriétaires d'immeubles, en raison notamment de la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles, afin de conserver un contrôle sur l'utilisation des IDI coaxiales et empêcher les propriétaires d'immeubles d'utiliser leurs IDI pour d'autres services que ceux prestés par la recourante. Ce comportement constitue un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart sous la forme notamment d'une imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart et d'une limitation des débouchés et du développement technique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Pour cette raison, le comportement de la recourante va au-delà de la durée de la CRI.

Au surplus, il ressort du dossier que le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité sur l'utilisation d'IDI coaxiale, la recourante retirait son offre de relier la Résidence [...] à Coligny (cf. acte 91 annexe 20). Même s'il s'agit d'un immeuble situé en dehors de la Ville de Genève, il constitue un indice que la recourante exerçait déjà à cette époque des pressions sur les propriétaires d'immeubles pour obtenir le contrôle exclusif des IDI coaxiales. De même, le 17 avril 2008, les dirigeants de la recourante ont été définitivement condamnés par le Tribunal fédéral

pour concurrence déloyale envers l'intimé, pour des faits s'étant déroulés fin 2004. Cette procédure constitue également un indice de la volonté de la recourante, depuis lors, d'empêcher ses concurrents, et notamment l'intimé, d'entrer sur le marché ou de développer leurs activités commerciales. Quant aux conditions commerciales de la recourante, elles ont une teneur problématique depuis en tout cas décembre 2009, et ce jusqu'en juillet 2015 approximativement. Celles-ci ne font que concrétiser un comportement qu'elle adoptait déjà en pratique.

On ne saisit ainsi pas en quoi l'autorité inférieure aurait mal constaté la durée de l'infraction et violé l'art. 4 OS LCart en retenant que le comportement illicite de la recourante a débuté en juin 2008, et qu'il s'est poursuivi jusqu'à juin 2015 y compris, et, de ce fait, en majorant le montant de base de 70.83 % (85 mois x 0.8333 %).

Partant, il y a lieu de majorer de 70.83 % le montant de base de la sanction retenu par le tribunal ci-dessus. Le montant ainsi majoré est de 3'259'246.75 francs.

**12.3.4** L'autorité inférieure a encore tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante se plaint de ce que l'autorité n'a pas retenu au titre de circonstance atténuante le fait qu'elle aurait confirmé à de réitérées reprises que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représenterait pas, *per se*, un cas de résiliation de la CRI. A tout le moins, elle estime que sa volonté de dialogue affichée devrait être prise en compte dans l'examen des circonstances atténuantes.

Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas une liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6; ROTH/BOVET, op. cit., art. 49a LCart, art. 49a LCart no 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manoeuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes (cf. arrêt du TAF B-3975/2013 *Flammarion* du 30 octobre 2019 consid. 19.3.4.4).

En l'occurrence, le refus de coopérer avec l'autorité ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent des circonstances aggravantes. L'autorité inférieure considère toutefois que la recourante a coopéré dans la mesure de ce qui était permis d'attendre d'elle; aucune circonstance aggravante ne peut être retenue à ce titre. Ce faisant, elle tient manifestement déjà compte de la volonté de dialogue et de coopération de la recourante et l'on ne saisit pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé l'art. 6 OS LCart en ne considérant pas, en plus, que cette attitude devait conduire à une réduction de la sanction.

Au surplus, l'autorité inférieure souligne que la recourante a effectivement indiqué plusieurs fois que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas un motif de résiliation de la CRI. Elle constate toutefois que la recourante n'a concrètement modifié la clause 9.4 de la CRI qu'en juillet 2015, soit après l'ouverture de l'enquête préalable, de sorte qu'aucune circonstance atténuante ne peut être retenue à ce titre.

En l'état, il a déjà été établi que la recourante avait notamment exploiter le fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles pour s'assurer, par le biais notamment de conditions commerciales inéquitables, un contrôle des IDI coaxiales en empêchant les propriétaires d'immeubles d'utiliser l'IDI coaxiale pour des systèmes tiers. Ce faisant, son comportement a également contribué à limiter les débouchés et le développement technique. De même, le tribunal a déjà examiné les arguments de la recourante et constaté que le comportement de la recourante a été mis en oeuvre, dès lors qu'il a été démontré que la pression exercée par la recourante pour s'assurer un contrôle sur des installations intérieures avait été perçue par les propriétaires d'immeubles et que la simple menace de résilier le raccordement au télé-réseau avait eu l'effet dissuasif escompté. Il suit de là que le grief de la recourante n'a pas de portée propre.

Il s'ensuit qu'aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante dans le cadre de son recours ne justifie une réduction de la sanction; rien ne permet, en effet, de remettre en cause l'analyse effectuée par l'autorité inférieure sur ce point.

**12.3.5** L'autorité inférieure a ensuite examiné si le montant de la sanction ne dépassait pas le montant maximal admissible selon l'art. 49a al. 1 LCart. Elle retient, sur la base des chiffres d'affaires 2014, 2015 et 2016, que le montant maximal de la sanction s'élève à [...] francs. La recourante ne formule aucun grief à l'encontre de ce montant.

Le tribunal constate donc que le montant de la sanction retenu, soit 3'259'246.75 francs, ne dépasse pas le montant maximal admissible.

**12.3.6** Finalement, l'autorité inférieure a tenu compte de la capacité contributive de la recourante. Dès lors que la recourante considère elle-même que sa santé financière est bonne (cf. acte 109) et que la sanction finale n'atteint pas le montant de la sanction maximale possible, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante ne soulève aucun grief à cet effet.

**12.3.7** Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce que la sanction prise à l'encontre de la recourante doit être fixée à 3'259'246 francs.

**13.** En tant que la recourante conclut à l'annulation de la décision attaquée, elle s'attaque également aux émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure. Elle ne formule toutefois aucun grief particulier à leur encontre.

**13.1** En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart).



N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

En l'occurrence, l'autorité inférieure a fixé les émoluments sur la base des classes de salaire des employés chargés de l'affaire et du temps y consacré. Elle parvient à un émolument total de 260'460 francs.

**13.2** Il convient de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. arrêt B-3975/2013 *Flammarion* précité consid. 21.5). En effet, si l'autorité a mal calculé le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas du calcul concret de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

Rien ne permet donc de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure.

**14.** Dans son mémoire de réponse du 18 novembre 2019, l'intimé sollicite la mise en place d'une expertise judiciaire tendant à démontrer que le mixage du signal du télé-réseau avec le signal provenant de son système Supermédia ne créerait aucune perturbation du canal retour utilisé par la recourante pour ses services interactifs. Quant à la recourante, elle sollicite, dans sa réplique du 28 février 2020, que l'expert privé soit entendu afin de confirmer le contenu de son expertise privée.

Selon l'art. 33 al. 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non-arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc *in fine* et 124 I 208 consid. 4a).

En l'espèce, les pièces du dossier - lesquelles ont également été produites devant l'autorité inférieure - sont suffisantes pour établir les faits pertinents de la cause, de sorte que l'expertise judiciaire sollicitée par l'intimé ne s'avère pas nécessaire. De même, on ne saisit pas quels éléments ne figurant pas déjà dans le rapport d'expertise privée et au dossier, le témoignage de l'expert privé aurait été susceptible d'apporter, ce d'autant plus que le Tribunal n'a pas écarté les éléments constatés par ce dernier et que la question du mixage des signaux provenant du télé-réseau et du satellite s'est révélée non pertinente (cf. *supra* consid. 11.3.5.7).

Sur le vu de ce qui précède, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, rejette les réquisitions de preuves déposées par les parties.

**15.** Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure

partiellement réformée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de 3'571'936 francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à 3'259'246 francs.

En revanche, il y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 260'460 francs.

**16.** Les frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause.

Vu les décisions incidentes du 29 juillet 2019 et du 29 janvier 2020 ainsi que le présent arrêt, les frais de procédure doivent être arrêtés à 30'000 francs.

La sanction ayant été réduite, il est partiellement fait droit aux conclusions principales de la recourante. Celle-ci succombe toutefois, par décisions incidentes des 29 juillet 2019 et 29 janvier 2020, dans l'intégralité de ses conclusions incidentes. Il suit de là que les frais de procédure doivent être supportés, à raison de 28'500 francs, par la recourante. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 30'000 francs prestée le 25 mai 2018. Le solde de 1'500 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

Quant à l'intimé, il succombe partiellement, en tant qu'il conclut au rejet du recours, de sorte qu'il devrait, en principe, supporter le reste des frais de la procédure. Toutefois, il y a lieu de relever qu'il ne formule aucun grief quant au calcul de la sanction. De plus, l'essentiel des éléments nécessaires au calcul du montant de base, et qui conduisent à l'admission partielle du recours, se fonde sur des secrets d'affaires de la recourante dont l'intimé n'a pas eu connaissance. Dans ce contexte, il n'y a exceptionnellement pas lieu de lui faire supporter une partie des frais de la procédure (art. 63 al.1 3e phrase PA en lien avec art. 6 let. b FITAF).

**17.** L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF); le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont

pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucuns dépens ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2).

En l'espèce, l'intimé qui obtient majoritairement gain de cause et qui est représenté par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens. Contrairement aux frais qui peuvent être exceptionnellement remis (cf. *supra* consid. 16), lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens sont nécessairement réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Faute de décompte remis par l'intimé, il convient, eu égard aux écritures déposées par celui-ci dans le cadre de la présente procédure - à savoir une requête de 2 pages le 26 mai 2018, des déterminations de 4 pages le 31 octobre 2018, des déterminations de 2 pages le 17 décembre 2018, une réponse de 32 pages le 18 novembre 2019, d'une duplique de 13 pages le 15 mai 2020, d'observations de 2 pages le 9 septembre 2020 et d'une page le 20 octobre 2020 - de lui allouer, ex aequo et bono, une indemnité de 30'000 francs à titre de dépens réduits et de mettre celle-ci à la charge de la recourante, qui succombe dans la majorité de ses conclusions.

La recourante, dont la sanction a été réduite, a, quant à elle, droit à des dépens réduits. Faute de décompte remis par la recourante, il convient, eu égard aux écritures déposées par celle-ci dans le cadre de la présente procédure - à savoir un recours de 62 pages le 14 mai 2018, de déterminations de 6 pages le 14 septembre 2018 et de 3 pages le 3 décembre 2018, d'une réplique de 33 pages le 28 février 2020, d'observations de 14 pages le 7 juillet 2020 et de déterminations de 6 pages le 28 septembre 2020, de lui allouer, ex aequo et bono, une indemnité à titre de dépens réduits, une indemnité de 3'000 francs et de mettre celle-ci, non pas à la charge de l'intimé (cf. *supra* consid. 16), mais à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 3 PA *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1. Le recours est partiellement admis.
2. Le chiffre 1 du dispositif de la décision du 11 décembre 2017 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit:  
« *Condamne la société Naxoo SA, en application de l'art. 49a al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e LCart, au paiement d'un montant de CHF 3'259'246.- (trois- millions- deux-cent-cinquante-neuf-mille-deux-cent-quarante- six) ».*
3. Les frais de procédure, d'un montant réduit de 28'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 1'500 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.
4. Une indemnité de 30'000 francs est allouée à l'intimé à titre de dépens réduits et mis à la charge de la recourante.
5. Une indemnité de 3'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens réduits et mis à la charge de l'autorité inférieure.
6. Le présent arrêt est adressé:
  - à la recourante (anticipé par courriel; acte judiciaire; annexe: formulaire « adresse de paiement »)
  - à l'intimé (anticipé par courriel; acte judiciaire)
  - à l'autorité inférieure (n° de réf. 32-0257; anticipé par courriel; acte judiciaire)
  - au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)
  - à Swisscom (Suisse) SA, Konzernrechtsdienst (dispositif; selon courrier du 23 mai 2018; recommandé)
  - au Conseil administratif de la Ville de Genève (dispositif; selon courrier du 23 mai 2018; recommandé)

[Indication des voies de droit]

B 4

**Bundesgericht**  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale

|     |   |
|-----|---|
| B 4 | 1. <b>Urteil vom 31. März 2023 - Ausrichtung von Beiträgen aus den Erträgen der Kurtaxen, Verfassungsbeschwerden gegen den Entscheid des Staatsrats des Kantons Wallis vom 25.11.2020 und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 07.05.2021</b> |
|-----|---|

*Urteil 2D\_53/2020, 2D\_25/2021 vom 31. März 2023 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen A.\_\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...], gegen Gemeinde U.\_\_\_\_\_, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Staatsrat des Kantons Wallis, Regierungsgebäude, in Sitten. Gegenstand: Ausrichtung von Beiträgen aus den Erträgen der Kurtaxen, Verfassungsbeschwerden gegen den Entscheid des Staatsrats des Kantons Wallis vom 25. November 2020 und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, vom 7. Mai 2021.*

**Sachverhalt:**

**A.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG stellte mit Schreiben vom 7. Oktober 2019 bei der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ das Gesuch, ihr seien Beiträge aus dem Kurtaxenertrag in der Höhe von Fr. 185'000.-- für die Jahre 2016 bis 2018, von Fr. 47'500.-- für das Jahr 2019, von Fr. 70'000.-- für das Jahr 2020 und von Fr. 70'000.-- für das Jahr 2021 auszurichten. Zur Begründung ihres Gesuchs machte die A.\_\_\_\_\_ AG im Wesentlichen geltend, die B.\_\_\_\_\_ AG betreibe in der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ wie sie ein Thermalbad und Fitnessstudio und erhalte hierfür aus dem Kurtaxenertrag Beiträge für die Infrastruktur-Fixkosten. Sie sei im Vergleich mit ihrer direkten Konkurrentin gleich zu behandeln.

**B.**

Die Gemeinde U.\_\_\_\_\_ wies das Gesuch mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 ab.

**B.a.** Gegen die Verfügung der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG am 24. Dezember 2019 beim Staatsrat des Kantons Wallis Verwaltungsbeschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ sowie die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag in der Höhe von Fr. 185'000.-- für die Jahre 2016 bis 2018, von Fr. 47'500.-- für das Jahr 2019, von Fr. 70'000.-- für das Jahr 2020 und von Fr. 70'000.-- für das Jahr 2021. Eventualiter sei die Sache an die Gemeinde U.\_\_\_\_\_ zur Neu beurteilung zurückzuweisen. Im Wesentlichen machte die A.\_\_\_\_\_ AG geltend, sie werde im Vergleich zur B.\_\_\_\_\_ AG ungleich behandelt.

**B.b.** Mit Beschwerdeentscheid vom 25. November 2020 wies der Staatsrat die Beschwerde ab, soweit er darauf

eintrat. Er erwog, die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 über den Tourismus (GTour/VS; SGS 935.1), der Verordnung des Kantons Wallis vom 10. Dezember 2014 zum Gesetz über den Tourismus (VTour/VS; SGS 935.100) und des Kurtaxenreglements der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ würden keinen rechtlichen Anspruch auf die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag einräumen. Die Verwendung des Kurtaxenertrags könne gemäss dem kantonalen Gesetz auch an ein Tourismusunternehmen delegiert werden. Die Gemeinde U.\_\_\_\_\_ habe solche Aufgaben vorliegend an die B.\_\_\_\_\_ AG delegiert. Die Förderung der touristischen Ausstattung und Entwicklung auf dem Gebiet der Gemeinde könne sodann als eine spezielle öffentliche Aufgabe der Gemeinde zugunsten der Gäste bezeichnet werden. Indem die Gemeinde, insbesondere zur Sicherstellung eines Mindestangebots zugunsten ihrer Gäste, durch die B.\_\_\_\_\_ AG ein Thermalbad sowie ein Fitnessstudio betreiben lasse, erfülle sie einen Teil der ihr obliegenden Aufgaben der Förderung des Kurorts. Es handle sich dabei aber nicht um eine monopolisierte Tätigkeit der Gemeinde, sodass auch die A.\_\_\_\_\_ AG ohne Benachteiligung in diesem Bereich tätig sein könne. Die A.\_\_\_\_\_ AG könne sich weder auf Art. 8 BV und Art. 27 BV berufen noch daraus einen Anspruch auf Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag ableiten.

**B.c.** Gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG am 11. Dezember 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht Wallis.

Ebenfalls gelangte die A.\_\_\_\_\_ AG gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 23. Dezember 2020 an das Bundesgericht (Verfahren 2D\_53/2020). Sie beantragte mit Rechtsbegehren Ziffer 1 die Aufhebung des Beschwerdeentscheids des Staatsrats vom 25. November 2020 und der Verfügung der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 (zu den Rechtsbegehren Ziffern 2-5 vgl. Bst. C.a hiernach). Sie rügte im Wesentlichen, der Staatsrat verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV und das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV. Mit Verfügung vom 5. Januar 2021 sistierte der damalige Abteilungspräsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Verfahren 2D\_53/2020, bis

das Kantonsgericht im kantonalen Beschwerdeverfahren einen Entscheid getroffen habe.

**B.d.** Mit Urteil vom 7. Mai 2021 trat das Kantonsgericht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 mit der Begründung nicht ein, gemäss Art. 75 lit. e des Gesetzes des Kantons Wallis vom 6. Oktober 1976 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (VVRG/VS; SGS 172.6) sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Bewilligung oder Verweigerung von Beiträgen, Krediten, Garantien, Entschädigungen und anderen öffentlich-rechtlichen Zuwendungen, auf die kein Rechtsanspruch bestehe, unzulässig. Bei der Verweigerung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag handle es sich um einen Entscheid mit politischem Charakter. Auch wenn aber auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten würde, so die Vorinstanz weiter, wäre sie abzuweisen.

**C.**

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 9. Juni 2021 gelangt die A. \_\_\_\_\_ AG gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 7. Mai 2021 an das Bundesgericht (Verfahren 2D\_25/2021).

**C.a.** Die A. \_\_\_\_\_ AG macht mit Blick auf den Nicht-eintretensentscheid zunächst eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV geltend, beanstandet im Hinblick auf die Eventualbegründung in der Sache - wie im Verfahren 2D\_53/2020 - eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und stellt folgende Anträge:

"1.

Es sei die Nichtigkeit der Verfügung der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 bezüglich Ausrichtung von Erträgen der Kurtaxen U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG festzustellen und es seien der Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 sowie das Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 20 246 vom 7. Mai 2021 vollumfänglich aufzuheben.

Eventualiter seien das Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 20 246 vom 7. Mai 2021, der Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 sowie die Verfügung der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 bezüglich Ausrichtung von Erträgen der Kurtaxen U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG vollumfänglich aufzuheben.

2.

Es seien der A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2019 Fr. 47'500.00 aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s auszurichten.

Eventualiter sei die Frage der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2019 an die Vorinstanz, den Walliser Staatsrat oder die Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_ zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

3.

Es seien der A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2020 Fr. 70'000.00 aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s auszurichten.

Eventualiter sei die Frage der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2020 an die Vorinstanz, den Walliser Staatsrat oder die Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_ zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

4.

Es seien der A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2021 Fr. 70'000.00 aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s auszurichten.

Eventualiter sei die Frage der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für das Jahr 2021 an die Vorinstanz, den Walliser Staatsrat oder die Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_ zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

5.

Es sei der A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für die Jahre 2016 bis 2018 Fr. 185'000.00 aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s auszurichten.

Eventualiter sei die Frage der Ausrichtung von Beiträge aus dem Kurtaxenertrag U. \_\_\_\_\_s an die A. \_\_\_\_\_ AG für Animation vor Ort sowie den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, für die Jahre 2016 bis 2018 an die Vorinstanz, den Walliser Staatsrat oder die Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_ zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

6.

Die Beschwerdegegnerin [Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_] sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Verfahren A1 20 246 vor Kantonsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 16'763.00 zu zahlen, die Kosten des Verfahrens A1 20 246 vor Kantonsgericht seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und im Weiteren sei die Sache zur Neuregelung der übrigen Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz oder den Staatsrat des Kantons Wallis zurückzuweisen.

7.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Einwohnergemeinde U. \_\_\_\_\_."

In prozessualer Hinsicht beantragt die A. \_\_\_\_\_ AG, es seien verfahrensleitende Massnahmen zu ergreifen, sodass im vorliegenden Verfahren 2D\_25/2021 und im Verfahren 2D\_53/2020 keine sich widersprechenden Urteile ergehen. Zudem seien die vorinstanzlichen Akten beizuziehen.

**C.b.** Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2021 wurde das Verfahren 2D\_53/2020 wieder aufgenommen und mit dem Verfahren 2D\_25/2021 vereinigt.

Während die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 beantragt, schliesst der Staatsrat auf Abweisung der Beschwerden in den Verfahren 2D\_53/2020 und 2D\_25/2021, wobei beide Verfahrensbeteiligten inhaltlich nicht Stellung nehmen. Die Gemeinde U. \_\_\_\_\_ (nachfolgend auch: Beschwerdegegnerin) hat sowohl im Verfahren 2D\_53/2020 als auch im Verfahren 2D\_25/2021 je eine Vernehmlassung eingereicht. Sie beantragt jeweils, es sei auf die Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei die Verfassungsbeschwerde abzuweisen. Die Wettbewerbskommission lässt sich mit Stellungnahme vom 25. Oktober 2021 vernehmen, ohne einen Antrag zu stellen. Die Beschwerdegegnerin repliziert mit Eingabe vom 9. November 2021. Die Beschwerdeführerin hat am 10. November 2021 freiwillige Bemerkungen eingereicht, woraufhin die Beschwerdegegnerin am 10. Dezember 2021 erneut Stellung genommen hat.

## Erwägungen:

### 1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1). Die Beschwerdeführerin reicht in den mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2021 vereinigten Verfahren 2D\_25/2021 und 2D\_53/2020 frist- und formgerecht je eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ein (Art. 42 BGG; Art. 113 BGG; Art. 114 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG; zur Verfahrensvereinigung vgl. Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP [SR 273]).

**1.1.** Gemäss Art. 83 lit. k BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheidung betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht, ausgeschlossen.

**1.1.1.** Der Begriff der Subvention umfasst alle geldwerten Vorteile, welche einer ausserhalb der Verwaltung stehenden Person gewährt werden, um die Erfüllung einer von der empfangenden Person gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten (vgl. BGE 140 I 153 E. 2.5.4; Urteile 1C\_293/2020 vom 22. Juni 2021 E. 1.2; 2C\_69/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 2.1). Im Rahmen von Art. 83 lit. k BGG entscheidend ist das Bestehen eines Rechtsanspruchs auf die Subvention. Ob ein solcher Anspruch (grundsätzlich) besteht, hängt davon ab, ob der einschlägige Erlass genügend konkret umschreibt, unter welchen Bedingungen die im Einzelfall beantragte Unterstützung zu gewähren ist, ohne dass es im Ermessen der Behörde läge, ob sie einen Beitrag gewähren will oder nicht (vgl. BGE 145 I 121 E. 1.2; Urteile 2C\_698/2020 vom 3. November 2020 E. 1.2.1; 2C\_1181/2014 vom 19. Januar 2016 E. 1.2). Zwar prüft das Bundesgericht die Eintretensvoraussetzungen von

Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. E. 1 hiavor; vgl. auch Urteil 2C\_8/2022 vom 28. September 2022 E. 1.3). Ist jedoch die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zweifelhaft, liegt es an der beschwerdeführenden Person, einen potenziellen Anspruch in vertretbarer Weise geltend zu machen (vgl. Urteile 2C\_229/2015 vom 31. März 2016 E. 1.2.1 i.f.; 2C\_614/2015 vom 20. Juli 2015 E. 2.2 i.f.).

**1.1.2.** Vorliegend geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass das Gesetz des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 über den Tourismus und das Kurtaxenreglement der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ nicht genügend konkret umschreiben würden, unter welchen Bedingungen die im Einzelfall beantragte Unterstützung zu gewähren wäre und dass demzufolge die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sei (vgl. auch E. 1.4.2 des angefochtenen Urteils; S. 3 i.f. des angefochtenen Beschwerdeentscheids). Entsprechend erhebt die Beschwerdeführerin sowohl im Verfahren 2D\_53/2020 als auch im Verfahren 2D\_25/2021 lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Da die Beschwerdeführerin einen kantonalrechtlichen Anspruch auf Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag somit nicht in vertretbarer Weise geltend macht, kommt Art. 83 lit. k BGG zum Tragen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist ausgeschlossen.

**1.2.** Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 richtet sich gegen den kantonal letztinstanzlichen, verfahrensabschliessenden Nichteintretensentscheid eines oberen Gerichts (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG; Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG). Der Gegenstand des Verfahrens 2D\_25/2021 beschränkt sich grundsätzlich auf die Frage, ob die Vorinstanz mit Urteil vom 7. Mai 2021 zu Recht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 nicht eingetreten ist (vgl. Bst. B.d hiavor).

**1.2.1.** Allerdings hat die Vorinstanz in einer Eventualbegründung erwogen, dass selbst wenn sie auf das Rechtsmittel eingetreten wäre, sie dieses in materieller Hinsicht abgewiesen hätte (vgl. E. 2 ff. des angefochtenen Urteils). In einer solchen Konstellation beurteilt das Bundesgericht auch die materiell-rechtlichen (Verfassungs-) Rügen und sieht aus prozessökonomischen Gründen davon ab, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, wenn zwar zu Unrecht auf die Beschwerde nicht eingetreten wurde, die Eventualbegründung in der Sache aber zutreffend ist. Deshalb muss sich die Beschwerdebegründung in solchen Fällen sowohl mit dem Nichteintreten als auch mit der materiell-rechtlichen Begründung auseinandersetzen (vgl. BGE 139 II 233 E. 3.2; vgl. auch BGE 141 I 36 E. 5.2).

**1.2.2.** Dies ist vorliegend der Fall. Sollte die Vorinstanz zu Unrecht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten sein, sind folglich im Verfahren 2D\_25/2021 auch die hinreichend geltend gemachten, materiellen Verfassungs-rügen zu prüfen (vgl. E. 1.3.2 hiernach). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_53/2020 erwiese sich diesfalls als gegenstandslos (vgl. auch E. 3.5 hiernach), weshalb auf die weiteren Eintretensvoraussetzungen

betreffend das Rechtsmittel gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 einstweilen nicht weiter einzugehen ist (vgl. u.a. Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 3 BGG).

**1.2.3.** Nicht Gegenstand des Verfahrens 2D\_25/2021 bilden die Verfügung der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 sowie der Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020. Die Verfügung vom 2. Dezember 2019 ist zunächst durch den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 und Letzterer alsdann durch das vorinstanzliche Urteil vom 7. Mai 2021 ersetzt worden. Sie gelten beide inhaltlich als mitangefochten (Devolutiveffekt; vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4). Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung vom 2. Dezember 2019 und des Beschwerdeentscheids vom 25. November 2020 verlangt, ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 daher nicht einzutreten (zur Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung vom 2. Dezember 2019 vgl. aber E. 5 hiernach).

**1.3.** Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b).

**1.3.1.** Mit Blick auf das angefochtene Urteil bemängelt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, da die Vorinstanz zu Unrecht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten sei. In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein rechtlich geschütztes Interesse, da - trotz allenfalls fehlender Legitimation in der Sache - die betroffene Person jedenfalls die Verletzung von Parteirechten rügen kann, deren Missachtung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt (sogenannte "Star"-Praxis; vgl. BGE 137 II 305 E. 2). Gleiches gilt mit Blick auf die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und der gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV geltend gemachten Rechtsverweigerung.

**1.3.2.** In der Sache rügt die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten gemäss Art. 27 Abs. 1 BV. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV (zum fehlenden, rechtlich geschützten Interesse an der Rüge der Verletzung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots in der subsidiären Verfassungsbeschwerde vgl. BGE 138 I 305 E. 1.3). Danach sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (vgl. BGE 147 V 423 E. 5.1.3; 142 I 162 E. 3.7.2; vgl. auch Urteil 2C\_229/2015 vom 31. März 2016 E. 2 i.f. und E. 3). Diesbezüglich hat die Beschwerdeführerin ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Urteils.

**1.4.** Nach dem Dargelegten ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 einzutreten, soweit sie sich gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 7. Mai 2021 richtet und die Beschwerdeführe-

rin eine Verletzung von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie), Art. 29 BV (Rechtsverweigerung und Anspruch auf rechtliches Gehör) und Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) geltend macht. Nicht zulässig ist hingegen die Rüge der Verletzung von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02), da es sich dabei um kein verfassungsmässiges Recht handelt (Art. 116 BGG).

Das Verfahren 2D\_25/2021 ist zunächst auf die Beurteilung der vorgetragenen Rüge der Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV beschränkt. Sollte sich diese Rüge als begründet erweisen, sind im Verfahren 2D\_25/2021 alsdann die weiteren zulässigen Haupt- und Eventualanträge anhand der geltend gemachten Verfassungsrügen zu prüfen (vgl. Bst. C.a und E. 1.2.2 hiervor).

## 2.

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht aber nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG).

## 3.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV.

**3.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz sei in verfassungswidriger Weise auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten. Die Vorinstanz lege zwar zutreffend dar, dass das kantonale Recht in Art. 75 lit. e VVRG/VS eine Bestimmung enthalte, die eine Beurteilung gewisser Angelegenheiten ausschliesse. Eine solche kantonale Beschränkung des Rechtswegs sei aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts indes nur zulässig, sofern die Bestimmung Streitsachen erfasse, die überwiegend politischen Charakter hätten. Andernfalls verletze das kantonale Recht Art. 29a BV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 3 BGG. Die Vorinstanz spreche der vorliegenden Streitsache zu Unrecht politischen Charakter zu. In der vorliegenden Angelegenheit, so die Beschwerdeführerin weiter, verlange sie, für den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, gleich entschädigt zu werden wie ihre direkte Konkurrentin, die B.\_\_\_\_\_ AG. Die B.\_\_\_\_\_ AG sei eine vom Gemeindepräsidenten der Beschwerdegegnerin als Verwaltungsratspräsident geführte Aktiengesellschaft, welche unter anderem in Konkurrenz zur Beschwerdeführerin ein Thermalbad mit gleichem Angebot betreibe. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Frage, ob ihr gleich wie der B.\_\_\_\_\_ AG Beiträge aus dem

Kurtaxenertrag auszurichten sei, keinen politischen Charakter. Ein solcher Charakter müsse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vielmehr überwiegend und offensichtlich sein, was vorliegend nicht der Fall sei.

**3.2.** Die Vorinstanz erwägt, die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag liege allein im Ermessen der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdegegnerin entscheide, wem die Beiträge zufließen sollten, um dann im Interesse der Kurtaxenzahlenden verwendet zu werden. Sie könne damit indirekt beeinflussen, wie sie den Tourismus auf dem Gebiet der Gemeinde fördern wolle (vgl. E. 1.4.2 i.f. des angefochtenen Urteils). Die Ausrichtung von solchen Beiträgen, so die Vorinstanz folgernd, stelle somit eine Ermessenssubvention dar. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung von Beiträgen, auf die kein Rechtsanspruch bestehe, sei gemäss Art. 75 lit. e VVRG/VS indes ausgeschlossen (vgl. E. 1.5 des angefochtenen Urteils). Nach Auffassung der Vorinstanz hat der kantonale Gesetzgeber bei der Revision von Art. 75 VVRG/VS dieser Bestimmung politischen Charakter zugesprochen. Begründet worden sei diese Ansicht damit, so die Vorinstanz, dass der Entzug eines Vorteils, auf welchen kein Rechtsanspruch bestehe, nicht angefochten werden könne, da weder ein Schaden zu ersetzen sei noch die Gesetzeskonformität wiederhergestellt werden müsse. Da kein Rechtsanspruch auf die Leistungen bestehe, würde die Beschwerde jeglicher Grundlage entbehren (vgl. E. 1.3.4 des angefochtenen Urteils).

**3.3.** Art. 29a BV sieht vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

**3.3.1.** Art. 29a BV vermittelt einen individualrechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz - mithin auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle, und zwar unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1; 143 I 336 E. 4.1; 139 II 185 E. 12.4). Die Verfassungsnorm dehnt die richterliche Kontrolle auf alle Rechtsmaterien aus, auch auf Handlungen der Verwaltung, indem sie eine allgemeine Garantie auf Zugang zum Gericht festlegt (vgl. BGE 147 I 333 E. 1.6.1; 141 I 172 E. 4.4.1; 136 I 323 E. 4.2). Die in Art. 29a Satz 2 BV genannten Ausnahmefälle betreffen Entscheidungen, die nur schwer justiziabel sind, wie beispielsweise Regierungsakte, die im Wesentlichen politische Fragen aufwerfen und sich nicht für eine richterliche Kontrolle eignen (vgl. BGE 147 I 333 E. 1.6.1; 134 V 443 E. 3.1).

**3.3.2.** Einen Ausnahmefall von Art. 29a Satz 2 BV bildet die in Art. 86 Abs. 3 BGG gesetzlich verankerte Möglichkeit, wonach die Kantone für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen können. Was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff "Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter" zu verstehen ist, wird in den Materialien nicht

näher erläutert. Die mit Art. 86 Abs. 3 BGG vorgesehene Ausnahme von der Rechtsweggarantie ist jedoch restriktiv auszulegen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2). Der politische Charakter der Angelegenheit muss offensichtlich sein. Dass die Sache eine politische Bedeutung hat, genügt nicht. Diese muss vielmehr unzweifelhaft im Vordergrund stehen und mögliche, auf dem Spiel stehende private Interessen in den Hintergrund treten lassen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2; 141 I 172 E. 4.4.1; 136 I 42 E. 1.5.4 ["si l'aspect politique prévaut sans discussion"]).

**3.3.3.** Der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung kann wegen des politischen Inhalts eines Entscheids oder seines politischen Umfelds infrage kommen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2; vgl. auch BGE 141 I 172 E. 4.4.2). Folglich ist der Begriff des vorwiegend politischen Charakters namentlich durch die fehlende Justiziabilität sowie die spezifische Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte und die damit verbundenen Aspekte der Gewaltenteilung geprägt. Die Zuständigkeit einer oberen politischen Behörde oder die Einräumung von Ermessen bei der Entscheidungsfindung sind zwar mögliche Indizien für den politischen Charakter, rechtfertigen für sich allein aber noch nicht eine Ausnahme (vgl. Urteile 1C\_479/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2; 2C\_266/2018 vom 19. September 2018 E. 4; 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.2).

**3.4.** Im Folgenden ist der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid im Lichte von Art. 29a BV zu überprüfen.

**3.4.1.** Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen beurteilt sich die Frage, ob ein Entscheid vorwiegend politischen Charakter hat und damit als Ausnahmefall im Sinne von Art. 29a Satz 2 BV infrage kommt, grundsätzlich nicht nach dem kantonalen Recht, sondern aufgrund der Einheit des Verfahrens gestützt auf Bundesrecht (vgl. Art. 111 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 3 BGG). Das kantonale Recht darf bei der Beschränkung des Zugangs zum Gericht nicht strenger sein als die Regelung im Bundesgerichtsgesetz (vgl. BGE 144 I 43 E. 2.1; 141 II 307 E. 6.1).

Die vorinstanzlichen Erwägungen mit Hinweis auf die Überlegungen des kantonalen Gesetzgebers greifen denn auch zu kurz: Selbst wenn der Beschwerdegegnerin bei der Verwendung des Kurtaxenertrags ein grosser Ermessensspielraum zusteht, lässt die Vorinstanz in ihrer Würdigung ausser Acht, dass jegliches Ermessen pflichtgemäss auszuüben ist. Bleibt eine Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens, lässt sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten, handelt sie nicht pflichtgemäss. Es liegt ein Ermessensmissbrauch vor. Rechtsfehlerhaft handelt eine Behörde auch bei Überschreitung oder Unterschreitung ihres Ermessens (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3; 137 V 71 E. 5.1 f.).

In diesem Umfang - also bei Missbrauch, Überschreitung oder Unterschreitung des Ermessens - ist auch eine Angelegenheit, die sich durch einen grossen Ermessensspielraum auszeichnet, ohne Weiteres justiziabel. Deshalb gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Einräumung von Ermessen bei der Entscheidungsfindung zwar ein mögliches Indiz für den politischen Charakter sein kann, für sich allein aber noch nicht eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie rechtfertigt (vgl.

Urteile 8C\_231/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.4; 1C\_479/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2; 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.2). Der Umstand, dass einer Behörde bei der Ausrichtung von Subventionen Ermessen zukommt, kann bei der Beurteilung, ob der Entscheid über deren Ausrichtung politischen Charakter hat, daher nicht ausschlaggebend sein.

**3.4.2.** Ebenso erwägt selbst die Vorinstanz, dass die Verwendung des Kurtaxenertrags in den Grundzügen gesetzlich geregelt sei (vgl. E. 1.4.2 des angefochtenen Urteils mit Hinweis auf Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a-c GTour/VS). Innerhalb dieser kantonrechtlichen Vorgaben verbleibt der zuständigen Behörde bei der Verwendung möglicherweise ein Ermessen. Die Frage, ob die Verwendung des Kurtaxenertrags diesem gesetzlich vorgegebenen Rahmen entspricht, ist jedoch gleichermaßen justiziabel wie die Frage des pflichtgemäss auszuübenden Ermessens und muss im Lichte von Art. 29a BV einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein. Der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag von vornherein einen politischen Charakter zuzusprechen, erweist sich somit als mit der Rechtsweggarantie nicht vereinbar.

Daran vermag nichts zu ändern, dass der Entscheid, wie die Beschwerdegegnerin auf dem Gebiet der Gemeinde den Tourismus fördern möchte, auch von (kommunal-) politischen Überlegungen beeinflusst wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29a BV muss der politische Charakter einer Angelegenheit offensichtlich sein. Dass die Sache eine politische Bedeutung hat, genügt, wie dargelegt, nicht. Diese Bedeutung muss vielmehr unzweifelhaft im Vordergrund stehen und mögliche, auf dem Spiel stehende private Interessen in den Hintergrund treten lassen (vgl. E. 3.3.2 i.f. hiervor). Vorliegend ist der politische Charakter nicht offenkundig.

**3.5.** Im Lichte des Gesagten überwiegen die auf dem Spiel stehenden privaten Interessen und der politische Charakter der Streitsache erweist sich als untergeordnet. Die vorinstanzliche Anwendung von Art. 75 lit. e VVRG/VS steht somit im Widerspruch zu Art. 29a BV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 3 BGG und Art. 111 Abs. 1 BGG. Die Vorinstanz verletzt folglich die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, indem sie auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten ist. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 ist mit Blick auf die Eintretensfrage gutzuheissen.

Aufgrund der vorinstanzlichen Eventualbegründung ist, wie bereits dargelegt (vgl. E. 1.2.2 hiervor), im Verfahren 2D\_25/2021 die Angelegenheit nachfolgend auch in der Sache - namentlich mit Blick auf die Rüge der Verletzung von Art. 27 Abs. 1 BV - zu prüfen. Angesichts der (eigentlichen) Zuständigkeit der Vorinstanz verliert die Beschwerdeführerin im Verfahren 2D\_53/2020 das Interesse an der Beurteilung ihrer subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020. Das Verfahren 2D\_53/2020 ist als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1; 137 I 23 E. 1.3.1).

#### 4.

Die Beschwerdeführerin rügt einen Verstoss gegen den aus der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV fliessenden Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und kritisiert im Kern, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass die B.\_\_\_\_\_ AG in den vorliegend zu beurteilenden Jahren 2016-2021 mit dem Betrieb eines Thermalbads und Fitnessstudios keine öffentliche, sondern eine private Aufgabe wahrnehme.

**4.1.** Die Beschwerdeführerin beanstandet, die B.\_\_\_\_\_ AG erhalte sämtliche Gelder aus dem Kurtaxenertrag der Beschwerdegegnerin. Aus der Gemeinderechnung ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin im Jahr 2019 über Fr. 3 Mio. an Kurtaxen vereinnahmt und an die B.\_\_\_\_\_ AG weitergeleitet habe. Damit habe die B.\_\_\_\_\_ AG alleine während der Wintersaison 2020/2021 jeden Monat einen À-fonds-perdu-Beitrag von Fr. 100'000.-- für die Infrastruktur-Fixkosten erhalten, womit sie die Badeanlage der E.\_\_\_\_\_ Therme gewartet habe. Weitere Fr. 50'000.-- pro Monat habe die B.\_\_\_\_\_ AG in die übrige Infrastruktur-Fixkosten der E.\_\_\_\_\_ Therme und der C.\_\_\_\_\_ mit ihrem Fitnessstudio fliessen lassen. Demgegenüber erhalte die Beschwerdeführerin für die Aufrechterhaltung der Infrastruktur ihres Thermalbads, der D.\_\_\_\_\_ Therme, und für den Betrieb (Thermalbad und Fitnessstudio) gar keine Beiträge. Die Beschwerdeführerin fordere von der Beschwerdegegnerin für ihre Infrastruktur-Fixkosten erfolglos Beiträge, die durchgehend weniger als Fr. 6'000.-- pro Monat betrügen, obwohl sie ein vergleichbares Angebot wie die B.\_\_\_\_\_ AG betreibe.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist es ihr unter diesen Umständen unmöglich, im Vergleich zur B.\_\_\_\_\_ AG konkurrenzfähige (Eintritts-) Preise anzubieten und gleichzeitig die Infrastruktur in gleich gutem Zustand zu erhalten. Indem die Beschwerdegegnerin, so die Beschwerdeführerin, bewusst nur der Betreiberin der E.\_\_\_\_\_ Therme, der B.\_\_\_\_\_ AG, Beiträge für die Infrastruktur-Fixkosten zukommen lasse, dränge sie die D.\_\_\_\_\_ Therme der Beschwerdeführerin vom Markt. Die Beschwerdeführerin wehre sich nicht gegen die direkte Konkurrenz durch die B.\_\_\_\_\_ AG, sondern verlange lediglich eine Gleichbehandlung. Besonders stossend sei, dass der B.\_\_\_\_\_ AG gemäss der Leistungsvereinbarung zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin zunächst sämtliche Einnahmen aus der Kurtaxenerhebung überwiesen würden und alsdann die B.\_\_\_\_\_ AG darüber entscheide, wie der Kurtaxenertrag verwendet werde. Es liege daher in der Hand der B.\_\_\_\_\_ AG, ob der Beschwerdeführerin überhaupt Beiträge aus dem Kurtaxenertrag ausgerichtet würden, obwohl die B.\_\_\_\_\_ AG mit ihrem Angebot auch als direkte Konkurrentin der Beschwerdeführerin in Erscheinung trete und zumindest in diesem Umfang eine private Aufgabe wahrnehme. Die Fragen, ob der Beschwerdeführerin Beiträge aus dem Kurtaxenertrag auszurichten seien, und ob die B.\_\_\_\_\_ AG den ihr überwiesenen Kurtaxenertrag rechtskonform verwende, liessen sich unter diesen Umständen nicht getrennt beantworten.



**4.2.** Die Vorinstanz erwägt, gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b GTour/VS habe die Gemeinde die Aufgabe, die touristische Ausstattung und Entwicklung auf ihrem Gebiet zu fördern. Diese öffentliche Aufgabe könne sie gemäss Art. 7 Abs. 2 GTour/VS nicht an ein Tourismusunternehmen delegieren. Delegiert werden dürfe im Grundsatz bloss die Aufgabe, die Information, die Animation und die Werbung für den örtlichen Tourismus sicherzustellen (vgl. Art. 7 Abs. 2 GTour/VS i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d GTour/VS). Die Beschwerdegegnerin lasse zur Sicherstellung eines Mindestangebots zugunsten ihrer Gäste in diesem Rahmen ein Thermalbad sowie ein Fitnessstudio durch die B. \_\_\_\_\_ AG betreiben. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin die Verwendung der Kurtaxenerträge an die B. \_\_\_\_\_ AG delegiert, wobei die Beschwerdegegnerin die Verwendung der Kurtaxenerträge zu überwachen habe. Dass die Tourismusunternehmen die Kurtaxenerträge letztlich verwenden würden, liege denn auch in der Natur der Sache, weshalb diese Delegation nicht zu beanstanden sei (vgl. E. 3.3 und E. 3.4 des angefochtenen Urteils). Nach Auffassung der Vorinstanz beschränkt sich der Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens auf die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Beschwerdeführerin Beiträge aus dem Kurtaxenertrag ausgerichtet werden müssten. Die Verwendung des Kurtaxenertrags durch die B. \_\_\_\_\_ AG liege hingegen ausserhalb des Streitgegenstands und sei daher nicht zu prüfen (vgl. E. 4 des angefochtenen Urteils).

**4.3.** Die Beschwerdegegnerin legt im Rahmen der Vernehmlassung dar, die B. \_\_\_\_\_ AG sei ein interkantonales Tourismusunternehmen im Sinne von Art. 16a GTour/VS, mit welchem die Gemeinden U. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ und X. \_\_\_\_\_ eine Leistungsvereinbarung abgeschlossen hätten. Die B. \_\_\_\_\_ AG habe demgemäss die Aufgabe, das Informations- und Dienstleistungszentrum der Destination in U. \_\_\_\_\_ sowie ein Reservations- und Destinationsmanagementsystem zu betreiben, die Gäste in den Destinationsgemeinden gemäss den strategischen Vorgaben der Gemeinden zu informieren, die Veranstaltungen mit Animationscharakter und lokaler Bedeutung zu koordinieren sowie den Winterwanderweg und die Schneeschuh-Trails zu unterhalten. Darüber hinaus stelle die B. \_\_\_\_\_ AG mit dem Betrieb der Torrent-Bahnen, der C. \_\_\_\_\_, des Snowparks und der E. \_\_\_\_\_ Therme ein touristisches Grundangebot sicher.

Die Beschwerdegegnerin führt weiter aus, dass per 30. Juni jeden Jahres jeweils sämtliche von den Gemeinden erhobenen Einnahmen aus den Kur- und Tourismusförderungstaxen an die B. \_\_\_\_\_ AG überwiesen würden. Ausgehend von einem Verteilschlüssel leite diese die entsprechenden Beitragszahlungen anschliessend an die von ihr selbst betriebenen Einrichtungen sowie die anderen touristischen Leistungsträger weiter. Hinsichtlich der Thermalbäder würden die Beiträge anhand der Kundenfrequenz berechnet. Die Beschwerdeführerin habe gestützt auf diese Berechnung im Jahr 2019 insgesamt Fr. 47'025.42 sowie im Jahr 2020 Fr. 52'384.24 aus dem Kurtaxenertrag ausbezahlt erhalten. Die B. \_\_\_\_\_ AG betreibe neben der E. \_\_\_\_\_ Therme noch mehrere weitere Betriebe des touristischen

Grundangebots, weshalb sie auch mehr Beiträge aus dem Kurtaxenertrag als die Beschwerdeführerin beanspruchen dürfe. Es sei allerdings festzuhalten, so die Beschwerdegegnerin weiter, dass es ohnehin einzig im Ermessen der Gemeinden liege, ob sie überhaupt Beiträge an andere Betriebe als die B. \_\_\_\_\_ AG ausrichte.

**4.4.** Nach Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufs, den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV).

**4.4.1.** Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV steht natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; 140 I 218 E. 6.3). Sie schützt die privatwirtschaftliche Tätigkeit (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 137 I 167 E. 3.1), nicht hingegen eine staatliche oder öffentliche Aufgabe, auch wenn ihre Ausübung an Private übertragen wurde (vgl. BGE 145 I 183 E. 4.1.2; 142 II 369 E. 6.2; 141 I 124 E. 4.1). Grundsätzlich vermittelt die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch auf eine staatliche Leistung (vgl. BGE 138 II 191 E. 4.4.1; 130 I 26 E. 4.1). Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt, gewährleistet Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Diese beiden Aspekte sind eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.2; 142 I 162 E. 3.2.1).

**4.4.2.** Eine Scharnierfunktion kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; 138 I 378 E. 6.1). Als direkte Konkurrenten gelten die Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit den gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 121 I 129 E. 3b). Dieser Grundsatz geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV und verbietet (staatliche) Massnahmen, die den Wettbewerb unter den direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (vgl. BGE 147 V 423 E. 5.1.3; 142 I 162 E. 3.7.2). Eine Massnahme, die auf ernsthaften und sachlichen Gründen beruht und daher mit Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar ist, kann dennoch eine von Art. 27 BV verbotene Wettbewerbsverzerrung zwischen direkten Konkurrenten bewirken (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 121 I 279 E. 4a).

**4.4.3.** Der angesprochene Grundsatz gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen, etwa aus Gründen der Sozialpolitik, des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein und soll spürbare Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Erforderlich ist eine Interessenabwägung (vgl. BGE 143

II 598 E. 5.1; 142 I 162 E. 3.7.2). Ausserdem vermittelt die individualrechtliche Komponente der Wirtschaftsfreiheit dem Einzelnen keinen Schutz vor Konkurrenz. Dies gilt namentlich auch für die konkurrenzierende privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates (vgl. BGE 148 V 366 E. 5.2; 138 I 378 E. 6.2.2).

**4.5.** Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin für die im Streit stehenden Jahre 2016-2021 erfolgreich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten berufen kann.

**4.5.1.** Unter den Verfahrensbeteiligten ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die B. \_\_\_\_\_ AG unter anderem ein Thermalbad (E. \_\_\_\_\_ Therme) und Fitnessstudio (C. \_\_\_\_\_) betreibt und damit ein vergleichbares Angebot anbietet wie die Beschwerdeführerin, die ebenfalls ein Thermalbad (D. \_\_\_\_\_ Therme) und ein Fitnessstudio unterhält (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils). In rechtlicher Hinsicht wird denn auch nicht infrage gestellt, dass sich die beiden Gesellschaften in der gleichen Branche mit den gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Es liegt folglich ein direktes Konkurrenzverhältnis vor.

**4.5.2.** Damit die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die vorliegend zu beurteilenden Jahre 2016-2021 allerdings eine Gleichbehandlung gestützt auf Art. 27 BV verlangen kann, muss die B. \_\_\_\_\_ AG mit ihrem (direkt) konkurrenzierenden Angebot privatwirtschaftlich tätig sein. Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV schützt lediglich die privatwirtschaftliche Tätigkeit (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 137 I 167 E. 3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bietet sie jedoch, wie bereits dargelegt, keinen Schutz vor Konkurrenz - insbesondere nicht vor einer konkurrenzierenden, privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates (vgl. BGE 148 V 366 E. 5.2; 138 I 378 E. 6.2.2; vgl. auch PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, 2019, N. 286 ff. mit einem aktuellen Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen). Privatwirtschaftlich ist eine Tätigkeit, wenn sie weder die Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen, öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe noch eine Tätigkeit im Monopolbereich darstellt (vgl. VINCENT MARTENET, Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, N. 42 zu Art. 27 BV; FELIX UHLMANN, Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 10 zu Art. 27 BV). Nimmt die B. \_\_\_\_\_ AG mit dem vorliegend umstrittenen Angebot eine privatwirtschaftliche Tätigkeit wahr, gebietet der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität eine Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin, die in direkter Konkurrenz zu ihr steht (vgl. E. 4.4.2 hiervor). Dies gilt namentlich für die Gewährung von Subventionen (vgl. MARTENET, a.a.O., N. 65 und N. 77 zu Art. 27 BV).

**4.5.3.** Der aus der Wirtschaftsfreiheit fliessende Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten greift demgegenüber nicht, falls die B. \_\_\_\_\_ AG das Thermalbad und Fitnessstudio entweder in Wahrnehmung einer übertragenen öffentlichen Aufgabe betreibt oder als öffentliches Unternehmen im Wettbewerb auftritt. Sie wird dann lediglich zu einer weiteren Konkurrentin der Beschwerdeführerin (vgl. BGE 138 I 378 E. 6.2.2; vgl. aber BAUMANN, a.a.O., N. 293 und N. 348 ff., wo-

nach die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates immerhin den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität wahren müsse). Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe bedingt jedoch eine entsprechende Vereinbarung oder einen Übertragungsbeschluss (vgl. E. 4.6.1 f. hiernach). Selbst wenn die B. \_\_\_\_\_ AG aufgrund der (kommunalen) Beteiligungsverhältnisse als öffentliches Unternehmen gelten sollte, bedarf es für deren Tätigkeiten einer hinreichenden formell-gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV; PHIL BAUMANN/ROMAN GUTZWILLER, Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaft, AJP 7/2020, S. 887-906, S. 888; BAUMANN, a.a.O., N. 301 ff.; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 18 N. 55). Aus dieser muss ausdrücklich hervorgehen, dass der B. \_\_\_\_\_ AG die Aufgabe zukommt, das besagte Thermalbad und Fitnessstudio zu betreiben (vgl. E. 4.6.3 hiernach).

**4.6.** Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu klären, ob die B. \_\_\_\_\_ AG mit dem Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios in den Jahren 2016-2021 eine öffentliche oder private Aufgabe wahrgenommen hat.

**4.6.1.** Gemäss Ziffer 4 der aktenkundigen Leistungsvereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und der B. \_\_\_\_\_ AG vom Juni 2020, die die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren beim Kantonsgericht eingereicht hat, übernimmt die B. \_\_\_\_\_ AG aus der Finanzierungsquelle der Kurtaxe folgende Aufgaben (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG): Betrieb des Informations- und Dienstleistungszentrums der Destination in U. \_\_\_\_\_; Betrieb und Pflege eines Reservations- und Destinationsmanagementsystems; Gästeinformation in den Destinationsgemeinden gemäss den strategischen Vorgaben; Koordination von Veranstaltungen mit Animationscharakter und lokaler Bedeutung; Betrieb der Winterwanderwege und Schneeschuh-Trails. Auf diese übertragenen Aufgaben weist auch die Beschwerdegegnerin im Rahmen der bundesgerichtlichen Vernehmlassung hin (vgl. E. 4.3 hiervor). Indessen fehlt in der Leistungsvereinbarung jeglicher Hinweis auf ein Thermalbad und Fitnessstudio, deren Betrieb von der Beschwerdegegnerin übertragen und von der B. \_\_\_\_\_ AG im Sinne einer öffentlichen Aufgabe wahrgenommen werden sollte. Der blosse Umstand, dass die B. \_\_\_\_\_ AG aufgrund der Leistungsvereinbarung mit der Beschwerdegegnerin gewisse öffentliche Aufgaben wahrnimmt, führt jedenfalls nicht dazu, dass sämtliche durch die B. \_\_\_\_\_ AG ausgeführten Tätigkeiten zu öffentlichen Aufgaben werden.

**4.6.2.** Die Vorinstanz hält im Weiteren fest, gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b GTour/VS habe die Gemeinde die Aufgabe, die touristische Ausstattung und Entwicklung auf ihrem Gebiet zu fördern, wobei sie diese öffentliche Aufgabe gemäss Art. 7 Abs. 2 GTour/VS nicht an ein Tourismusunternehmen delegieren könne (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils). Im Grundsatz, so die Vorinstanz, dürfe die Gemeinde lediglich die Aufgabe delegieren, die Information, die Animation und die Werbung für den örtlichen Tourismus sicherzustellen (vgl. E. 3.2 des angefochtenen Urteils mit Hinweis auf Art. 7 Abs. 2 GTour/VS i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d GTour/VS).

Die Vorinstanz kommt denn auch zum Schluss, dass der Staatsrat in seinen Erwägungen nirgends erwähne, dass die Förderung der touristischen Ausstattung und Entwicklung auf dem Gemeindegebiet an die B. \_\_\_\_\_ AG delegiert worden sei (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils mit Hinweis auf S. 5 f. des Beschwerdeentscheids des Staatsrats). Im Übrigen wird auch in Ziffer 8 der Leistungsvereinbarung festgehalten, dass die in Art. 7 Abs. 1 lit. a-c GTour/VS genannten Aufgaben - namentlich die Förderung der touristischen Ausstattung und Entwicklung - weiterhin durch die Gemeinde wahrgenommen wird (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG). Folglich geht auch aus den von der Vorinstanz angeführten gesetzlichen Grundlagen nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin den Betrieb eines Thermalbads oder Fitnessstudios an die B. \_\_\_\_\_ AG übertragen hätte und Letztere insoweit eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt.

**4.6.3.** Auch der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin (zu 50 %) an der B. \_\_\_\_\_ AG beteiligt ist, macht den Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios durch die B. \_\_\_\_\_ AG nicht ohne Weiteres zu deren (öffentlichen) Aufgabe, wie dies die Vorinstanz mit Hinweis auf den Beschwerdeentscheid des Staatsrats impliziert (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils mit Verweisung auf S. 5 des Beschwerdeentscheids des Staatsrats; vgl. auch Art. 16a Abs. 3 GTour/VS, wonach ein Aktionär nicht die Mehrheit des Aktienkapitals [des Tourismusunternehmens] besitzen darf; vgl. dazu MARKUS MÜLLER/UELI FRIEDERICH, Aufsicht und Oberaufsicht über "andere Träger öffentlicher Aufgaben", in: Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2020/21, 2022, S. 69-137, S. 87 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 18 N. 26 und N. 29 f.). Zwar weist die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hin, dass es ihr gemäss Art. 6a GTour/VS zustehe, zur Verbesserung und Professionalisierung der Entwicklung des örtlichen Tourismus, namentlich im Bereich der Tourismuswerbung, kommunale oder interkommunale Tourismusunternehmen zu gründen. Allerdings lässt die Beschwerdegegnerin ausser Acht, dass diese Tourismusunternehmen lediglich die Aufgaben erfüllen, die mittels eines Übertragungsbeschlusses übertragen (vgl. Art. 6a Satz 2 GTour/VS) und im Rahmen einer Leistungsvereinbarung geregelt werden (vgl. Art. 16b Abs. 1 GTour/VS). Weder das Kantonsgericht im angefochtenen Urteil noch der Staatsrat im Beschwerdeentscheid nehmen auf einen Übertragungsbeschluss oder auf eine Leistungsvereinbarung Bezug, aus der hervorginge, dass die Beschwerdegegnerin der B. \_\_\_\_\_ AG die (öffentliche) Aufgabe zum Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios übertragen hätte. Auch die (anwaltlich vertretene) Beschwerdegegnerin weist lediglich auf die aktenkundige Leistungsvereinbarung vom Juni 2020 hin (vgl. E. 4.3 und E. 4.6.1 hiervor).

**4.6.4.** Nach dem Dargelegten ist weder aus den Vorbringen der Beschwerdegegnerin im Zuge des bundesgerichtlichen Verfahrens noch aus den Feststellungen und Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils oder des Beschwerdeentscheids des Staatsrats ersichtlich, dass die B. \_\_\_\_\_ AG mit dem Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios in den Jahren 2016-2021 eine öffent-

liche Aufgabe wahrgenommen hat. Für die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe fehlt es am erforderlichen Übertragungsbeschluss und an der entsprechenden Leistungsvereinbarung. Soweit die B. \_\_\_\_\_ AG als öffentliches Unternehmen im Wettbewerb aufgetreten ist, mangelt es an einer hinreichenden formell-gesetzlichen Grundlage, die den Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios als Aufgabe der Aktiengesellschaft verankert. Die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 über den Tourismus sind hierfür jedenfalls zu unbestimmt (vgl. Art. 16a ff. GTour/VS i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 GTour/VS; vgl. auch Art. 21 Abs. 3ter GTour/VS; vgl. auch E. 4.6.2 hiervor). Fraglich erscheint im Lichte dieser Bestimmungen auch, ob die Überweisung des gesamten Kurtaxenertrags gemäss Ziffer 6 der Leistungsvereinbarung und die Delegation der Verwendung des Kurtaxenertrags an die B. \_\_\_\_\_ AG zulässig ist. Im Ergebnis handelt es sich dabei nämlich um die Delegation der gemäss Art. 7 Abs. 2 GTour/VS nicht delegierbaren, kommunalen Aufgabe, die touristische Ausstattung und Entwicklung auf ihrem Gemeindegebiet zu fördern (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. b GTour/VS; vgl. auch Art. 22 Abs. 2 lit. c GTour/VS).

**4.7.** Für die vorliegend zu beurteilenden Jahre 2016-2021 ist folglich festzuhalten, dass die B. \_\_\_\_\_ AG das Thermalbad und Fitnessstudio als privatwirtschaftliche Tätigkeit betreibt. Die Beschwerdeführerin beruft sich damit zu Recht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten. Sie hat in diesem Umfang (Thermalbad und Fitnessstudio) Anspruch, von der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag (Subventionen) in den Jahren 2016-2021 gleichbehandelt zu werden, wie die B. \_\_\_\_\_ AG (vgl. MARTENET, a.a.O., N. 65 und N. 77 zu Art. 27 BV). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 ist demnach auch in der Sache gutzuheissen.

**4.7.1.** Die Vorinstanz hat den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten nur im Rahmen der Eintretensfrage zur Beurteilung der Art der Subvention berücksichtigt und in ihrer materiell-rechtlichen Eventualbegründung nicht ausführlich geprüft (vgl. E. 1.4.3 des angefochtenen Urteils). Für die Berechnung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag für die Jahre 2016-2021 fehlen im vorliegenden Verfahren die massgebenden Grundlagen, weshalb die Angelegenheit zur weiteren Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Vorinstanz hat zunächst zu ermitteln, in welcher Höhe die B. \_\_\_\_\_ AG in den Jahren 2016-2021 Beiträge aus dem Kurtaxenertrag für den Betrieb des Thermalbads und Fitnessstudios erhalten hat. Anhand dieser Feststellungen hat sie sodann die Anträge der Beschwerdeführerin im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und nach Massgabe der vergleichbaren Verhältnisse zu prüfen (zu den Anträgen vgl. Bst. C.a hiervor).

**4.7.2.** Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ist es somit durchaus massgebend, wie die B. \_\_\_\_\_ AG den ihr von der Beschwerdegegnerin einmal jährlich überwiesenen Kurtaxenertrag verwendet hat. Ebenso von Bedeutung ist diesfalls das Vorbringen der Be-

schwerdeführerin, es liege eine Quersubventionierung zwischen den von der B. \_\_\_\_\_ AG in ihrem Monopolbereich ausgeübten Tätigkeiten (Betrieb einer Busverbindung) und den privatwirtschaftlichen Tätigkeiten vor (vgl. E. 4 des angefochtenen Urteils; BGE 138 I 378 E. 9).

**4.7.3.** Nach dem Gesagten erübrigt sich die Behandlung der Beanstandung, wonach die Vorinstanz auch hätte prüfen müssen, ob die Beschwerdegegnerin eine Vertrauensgrundlage im Sinne von Art. 9 BV geschaffen habe, indem sie mit der Beschwerdeführerin über die Entschädigung für ihr Thermalbad-Angebot verhandelt habe. Ob die Vorinstanz durch dieses Unterlassen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV der Beschwerdeführerin verletzt oder eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV begangen hat, kann offenbleiben.

## 5.

Die Beschwerdeführerin beantragt im Übrigen, es sei die Nichtigkeit der Verfügung der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 festzustellen (vgl. auch Bst. B und E. 1.2.3 i.f. hiervor).

**5.1.** Fehlerhafte Entscheide sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel nur anfechtbar. Als nichtig erweisen sie sich erst dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (vgl. BGE 147 IV 93 E. 1.4.4; 145 III 436 E. 4; 144 IV 362 E. 1.4.3; 139 II 243 E. 11.2).

**5.2.** Die Beschwerdeführerin legt dar, dass der Gemeindepräsident der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ zugleich Verwaltungsratspräsident der B. \_\_\_\_\_ AG sei. Sie macht damit zwar zu Recht geltend, dass der Gemeindepräsident beim Entscheid über die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag in einem gewissen Interessenkonflikt steht. Dieser potenzielle Ausstandsgrund als solcher begründet indes noch keine Nichtigkeit (vgl. BGE 147 I 173 E. 3 ff., wo die Verletzung von Unvereinbarkeitsbestimmungen als qualifizierte Ausstandsregeln nicht zur Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids führte). Die Verfügung vom 2. Dezember 2019 hat im Übrigen nicht die B. \_\_\_\_\_ AG, sondern die Gemeinde U. \_\_\_\_\_ erlassen. Dass die Gemeinde U. \_\_\_\_\_ hierfür nicht zuständig sein sollte, wird weder gerügt noch ist dies offenkundig.

**5.3.** Die Verfügung der Gemeinde U. \_\_\_\_\_ vom 2. Dezember 2019 ist somit nicht nichtig.

## 6.

Im Ergebnis erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 sowohl mit Blick auf die Eintretensfrage als auch in der Sache als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil vom 7. Mai 2021 ist aufzuheben und die Angelegenheit zur weiteren Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Verfahren 2D\_53/2020 ist als gegenstandslos abzuschreiben.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdegegnerin, die in ihrem Vermögensinteresse handelt, die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### 1.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

**1.1.** Das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 7. Mai 2021 wird aufgehoben.

**1.2.** Die Angelegenheit wird im Sinne der Erwägungen an das Kantonsgericht Wallis zur Neubeurteilung zurückgewiesen.

#### 2.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_53/2020 wird als gegenstandslos abgeschrieben.

#### 3.

Die Gerichtskosten für die Verfahren 2D\_53/2020 und 2D\_25/2021 von insgesamt Fr. 7'500.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

#### 4.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für die Verfahren 2D\_53/2020 und 2D\_25/2021 eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'500.-- auszurichten.

#### 5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Kantonsgericht Wallis, Öffentlichrechtliche Abteilung, und der Wettbewerbskommission mitgeteilt.

|     |   |
|-----|---|
| B 4 | <b>2. Arrêt du 9 mai 2023 – Abus de position dominante, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 16 février 2021</b> |
|-----|---|

*Arrêt 2C\_395/2021 du 9 mai 2023 de la Ite Cour de droit public du Tribunal fédéral en l'affaire Naxoo SA, à Genève, représentée par [...], recourante, contre 1. Pascal Emery, au Grand-Lancy, 2. Commission de la concurrence COMCO, à Berne, intimés. Objet: Abus de position dominante, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 16 février 2021 (B-2798/2018).*

**Faits:****A.**

**A.a.** Naxoo SA (ci-après: Naxoo), anciennement nommée 022 Télégenève SA, est une société anonyme ayant son siège à Genève. Son but est notamment d'étudier, de construire, d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio, de même que le réseau de distribution qui en dépend. Naxoo a dans les faits construit dès 1986 un réseau câblé utilisant la technologie *Community Antenna Television* (CATV), que l'on nomme communément "télé-réseau" dans la mesure où il était à l'origine uniquement destiné à distribuer des signaux de télévision et de radio entre les immeubles. Le télé-réseau de Naxoo se concentre sur un territoire défini par les codes postaux 1201 à 1209, correspondant à la Ville de Genève, étant précisé que la totalité des immeubles s'y trouvant n'y est pas encore reliée. Durant la période concernée par la présente procédure, soit entre 2008 et 2016, Naxoo était détenue à hauteur de 51.2 % par la Ville de Genève et de 48.8 % par la société UPC Cablecom Holdings GmbH (ci-après: UPC).

**A.b.** Enregistrée depuis le 1er avril 2007 comme fournisseur de télécommunication auprès de l'Office fédéral de la communication (ci-après: l'OFCOM), Naxoo n'a été active, durant la période concernée par la présente procédure, que dans la diffusion d'un service de base limité à la radio et à la télévision. Durant cette période, elle n'a jamais utilisé son réseau câblé pour fournir elle-même des services aux consommateurs dans les domaines d'Internet ou de la téléphonie, ni, a fortiori, d'autres services similaires à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique). Ces services, dans la mesure où ils transitaient par son réseau câblé, étaient proposés par son partenaire et actionnaire UPC.

**A.c.** Pascal Emery est pour sa part titulaire de la raison individuelle "Gératronic, Pascal Emery". Son entreprise est active dans le domaine de la recherche et du développement d'installations liées à la radiotechnique, ainsi que dans le domaine de l'installation d'appareils de réception et de distribution de programmes radio-TV. Dans le cadre de son entreprise, Pascal Emery a développé le système appelé "Supermédia", qui, une fois installé dans un immeuble, permet de mixer les signaux provenant du télé-réseau avec ceux d'un éventuel satellite posé en toiture. L'intérêt d'un tel mixage consiste dans le fait que,

grâce à lui, les occupants d'un immeuble peuvent recevoir les signaux provenant à la fois du télé-réseau et d'un éventuel satellite collectif, simplement en se connectant à l'installation de distribution d'immeuble coaxiale (ci-après: l'IDI coaxiale) accessible depuis leur logement. Le système Supermédia nécessite cependant de relier l'antenne parabolique installée en toiture à une table de mixage qui est généralement située au sous-sol, juste après le point d'injection du télé-réseau.

**A.d.** Le 8 avril 2013, Pascal Emery a dénoncé la société Naxoo auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO). Il lui reprochait d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché en violation de la loi fédérale sur les cartels, en refusant de raccorder à son télé-réseau les immeubles équipés du système Supermédia, ce qui aurait eu pour effet de l'empêcher de développer ses affaires en Ville de Genève.

**B.**

En date du 30 mars 2016, le secrétariat de la COMCO a ouvert une enquête dans le but d'établir si Naxoo avait effectivement adopté un comportement constituant un abus de position dominante au sens de la loi sur les cartels sur le "marché de l'exploitation des IDI coaxiales en Ville de Genève". Le 4 mai 2016, il a accepté que Pascal Emery participe à l'enquête en tant que tiers.

Le 20 juillet 2017, le secrétariat de la COMCO a annoncé aux parties qu'il avait l'intention de retenir que Naxoo avait abusé de sa position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève, territoire délimité en l'occurrence par les codes postaux suisses 1201 à 1209. Le secrétariat projetait de reprocher à Naxoo d'avoir refusé, à tout le moins indirectement, d'entretenir des relations commerciales avec certains propriétaires d'immeubles, de même que d'avoir imposé - ou simplement essayé d'imposer - des conditions commerciales s'avérant inéquitablement non seulement pour ces derniers, mais aussi pour d'autres entreprises tierces offrant ou cherchant à offrir des services supplémentaires par l'entremise des IDI coaxiales installées dans les immeubles de la ville. Le secrétariat de la COMCO entendait enfin reprocher à Naxoo de limiter les débouchés d'entreprises tierces ainsi que le développement technologique dans le domaine des services de télécommunication.

En date du 11 décembre 2017, après avoir reçu les déclarations des parties sur sa proposition de décision et auditionné celles-ci, la COMCO a rendu une décision condamnant Naxoo au paiement d'une sanction financière d'un montant de 3'571'936 fr. pour abus de position dominante. Elle a par ailleurs mis les frais de procédure, d'une somme totale de 260'460 fr., à la charge de la société.

Naxoo a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Par arrêt du 16 février 2021, celui-ci a admis très partiellement le recours, réduisant la sanction financière de l'intéressée à un montant de 3'259'246 fr.

### C.

En date du 10 mai 2021, Naxoo (ci-après: la recourante) dépose un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 février 2021. Outre l'octroi de l'effet suspensif, elle demande l'annulation pure et simple de l'arrêt attaqué, ainsi que celle de la décision précédemment rendue par la COMCO en date du 11 décembre 2017. Subsidièrement, elle conclut à l'annulation des deux actes précités et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par ordonnance du 1er juin 2021, le Président de la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif au recours.

La COMCO et Pascal Emery ont répondu au recours, concluant chacun à son rejet, dans la mesure de sa recevabilité. Le Tribunal administratif fédéral a, pour sa part, renoncé à se prononcer en la cause.

La recourante a répliqué, avant que la COMCO et Pascal Emery ne dupliquent.

La recourante a déposé d'ultimes observations.

### Considérant en droit:

#### I. Recevabilité et pouvoir d'examen

##### 1.

**1.1.** Le litige porte sur le bien-fondé d'une décision initialement prononcée par la COMCO et condamnant la recourante au paiement d'une sanction financière en application de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (loi sur les cartels, LCart; RS 251). Cette décision a été confirmée dans son principe par le Tribunal administratif fédéral, qui a néanmoins réduit le montant de la sanction infligée, par arrêt du 16 février 2021. Il s'agit donc d'une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, de sorte que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est en principe ouverte.

**1.2.** Le recours a par ailleurs été interjeté en temps utile compte tenu des fêtes de Pâques (art. 100 al. 1 en lien avec l'art. 46 al. 1 let. a LTF) par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a manifestement qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Le recours satisfait au surplus aux exigences de forme requise par la loi (art. 42 LTF).

**1.3.** S'agissant des exigences de forme applicables aux conclusions du recours, il convient de préciser que la conclusion principale purement cassatoire dirigée contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 février 2021 est admissible en la cause, quoi qu'en dise la COMCO, même s'il est vrai que les recours au Tribunal fédéral doivent en principe viser la réforme de l'arrêt attaqué (cf. art. 107 al. 2 LTF). Il est en effet admis que, lorsqu'un recours est dirigé contre le prononcé d'une sanction, y

compris les frais et dépens y afférents, la partie recourante peut se contenter de demander l'annulation de l'arrêt attaqué devant le Tribunal fédéral. Celui-ci, dans l'hypothèse où le recours serait bien fondé, ne serait évidemment pas obligé de réformer l'arrêt attaqué; en l'annulant, il lèverait par la force des choses la sanction infligée à la partie recourante, de même que les frais de procédure et dépens mis à sa charge (cf. arrêts 2C\_293/2021 du 27 juillet 2021 consid. 1.2 et 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020 consid. 3.2). Notons enfin que la conclusion en annulation prise par la recourante couvre également, selon un raisonnement *a maiore ad minus*, une annulation partielle de l'arrêt attaqué consistant, en l'occurrence, en une réduction de la sanction infligée, dans la mesure où une telle diminution s'imposerait à l'aune des griefs soulevés (cf. notamment arrêt 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020 consid. 3.3). La question de savoir s'il peut en l'occurrence être reprochée à la recourante de n'avoir pas chiffré ses conclusions en réduction de la sanction sera examinée plus loin (cf. *infra* consid. 11.3.1).

Sur le vu de ce qui précède, le recours est recevable.

##### 2.

**2.1.** Le Tribunal fédéral applique en principe d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF). Cela ne signifie pas qu'il examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques que pourrait poser l'arrêt attaqué. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins qu'une violation du droit non invoquée ne soit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2; arrêt 4A\_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1, non publié in ATF 135 III 112). Quant aux décisions préjudicielles et incidentes prises par l'autorité précédente et n'ayant fait encore l'objet d'aucun contrôle par le Tribunal fédéral, elles peuvent en principe également être contestées dans le cadre d'un recours dirigé contre l'arrêt final, pour autant qu'elles influent sur son contenu (cf. art. 93 al. 3 LTF); le Tribunal fédéral en vérifie alors également la conformité au droit d'office. Il incombe toutefois à la partie recourante d'exposer succinctement en quoi de telles décisions violent le droit, à l'instar de ce qu'elle aurait dû faire en cas de recours direct contre elles au sens de l'art. 93 al. 1 et 2 LTF (cf. art. 42 al. 2 LTF). Ce faisant, la partie recourante ne peut se contenter de reprendre devant le Tribunal fédéral le point de vue qu'elle avait déjà défendu devant l'instance inférieure, sans discuter, même brièvement, les considérants de la décision incidente qu'elle conteste (cf. ATF 140 III 456 consid. 2.2.2; 134 II 244 consid. 2.1), ni expliquer en quoi ceux-ci sont à son avis contraires au droit (cf. ATF 140 III 115 consid. 3; arrêt 1B\_381/2021 du 25 août 2021 consid. 2). La motivation d'un recours devant être complète (cf. art. 42 al. 1 LTF), elle ne peut pas non plus renvoyer à une écriture antérieure (arrêts 2C\_849/2018 du 18 septembre 2019 consid. 1.3; 2C\_786/2015 du 23 mai 2016 consid. 1.3).

**2.2.** En l'occurrence, dans son mémoire, la recourante critique en quelques phrases le fait que le juge instructeur du Tribunal administratif fédéral ait, par décision incidente du 29 juillet 2019, octroyé la qualité de partie à

Pascal Emery s'agissant de la procédure de recours qu'il instruisait. Ce faisant, l'intéressée n'invoque la violation d'aucune norme légale et ne se réfère à aucun considérant de la décision incidente en question, qu'elle n'a d'ailleurs même pas annexée à son recours et dont la motivation détaillée comprend pourtant une dizaine de pages (cf. art. 105 al. 2 LTF). Dans ses écritures, elle se contente pour l'essentiel d'affirmer que l'autorité précédente aurait commis une " *erreur* " en accordant la qualité de partie à Pascal Emery, tout en " *renvoy[ant] aux arguments développés devant le Tribunal administratif fédéral sur ce point* ". Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner dans la présente procédure dirigée contre l'arrêt final le bien-fondé de la décision incidente prise par l'autorité précédente octroyant la qualité de partie à Pascal Emery, quand bien même celle-ci est contestée par la recourante, en l'absence de grief suffisamment motivé (cf. *supra* consid. 2.1).

### 3.

**3.1.** L'examen juridique du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus par l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours peut critiquer les constatations de fait de l'arrêt attaqué à la double condition qu'elles aient été établies de façon manifestement inexacte - c'est-à-dire de manière arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.6), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3). Tel qu'il est conçu, le Tribunal fédéral ne doit pas être confondu avec une autorité d'appel; il s'agit d'un juge du droit, et non du fait (cf. art. 105 al. 1 LTF; ATF 145 IV 154 consid. 1.1). Le recourant ne peut donc se limiter à opposer sa version des faits à celle retenue par l'autorité précédente (ATF 136 II 101 consid. 3; 133 II 249 consid. 1.4.3). Il ne suffit pas non plus qu'il critique l'appréciation des preuves de manière purement appel-la 1.1).

**3.2.** En l'occurrence, si la recourante conteste l'établissement des faits opéré par le Tribunal administratif fédéral sous plusieurs aspects, elle ne tente jamais de démontrer, par le biais d'une explication précise, en quoi celui-ci serait manifestement insoutenable. Présentant un mémoire de recours qui ne distingue pas clairement les questions de droit et de fait, elle remet en cause certains constats contenus dans l'arrêt attaqué sans prétendre qu'elles seraient arbitraires. Elle en conteste d'autres en renvoyant simplement à des "pièces du dossier", dont elle ne prend pas toujours la peine d'expliquer la nature et le contenu. Substituant ainsi sa propre appréciation des preuves produites au dossier à celle de l'autorité précédente, la recourante expose en définitive uniquement des griefs de nature appellatoire contre les faits retenus dans l'arrêt attaqué, ce qui est inadmissible devant le Tribunal fédéral (cf. consid. 3.1 *in fine*).

**3.3.** Dans ses écritures, la recourante se plaint enfin à plusieurs endroits du fait que l'autorité précédente se serait fondée sur un "état de fait gravement lacunaire". Elle reproche en particulier au Tribunal administratif

fédéral de n'avoir procédé à aucune forme d'observation du marché et d'avoir renoncé à relater dans son arrêt certains faits qui auraient été, selon elle, essentiels à la bonne résolution juridique de la cause. L'intéressée affirme que l'arrêt attaqué aurait notamment dû faire état de la structure de détention du parc immobilier genevois, du fait que les régies immobilières auraient ignoré l'existence de la technologie "Supermédia" développée par l'intimé et, enfin, d'un jugement du Tribunal de première instance de Genève datant de 2014 qui constaterait le caractère déjà obsolète de cette technologie. Il ressort toutefois de l'arrêt attaqué que le Tribunal administratif fédéral n'a pas ignoré les différents éléments de fait ou moyen de preuve susmentionnés, mais a simplement considéré - à tout le moins implicitement - qu'ils n'étaient pas pertinents pour déterminer si la recourante avait ou non commis un abus de position dominante sanctionnable au sens de la loi sur les cartels. Or, savoir si les juges précédents pouvaient véritablement partir d'un tel postulat revient soit à se demander s'ils ont procédé à une appréciation anticipée des preuves arbitraire, ce dont la recourante ne se plaint cependant pas valablement comme on l'a déjà dit (cf. *supra* consid. 3.3), soit à vérifier si l'autorité précédente a correctement appliqué le droit suisse de la concurrence, examen auquel il sera procédé ci-après.

**3.4.** Il s'ensuit que la Cour de céans statuera en la cause en se fondant exclusivement sur les faits établis dans l'arrêt attaqué, conformément au principe posé à l'art. 105 al. 1 LTF.

## **II. Dispositions légales topiques et positions des autorités précédentes**

### 4.

Le litige porte sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en considérant que la recourante avait abusé d'une position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c et e LCart sur le marché entre 2008 et 2016 et en la condamnant pour cette raison au paiement d'une sanction financière de 3'259'246 fr.

Avant de présenter le raisonnement ayant conduit l'autorité précédente à prononcer une telle sanction pour abus de position dominante et d'en contrôler la conformité au droit, il apparaît opportun de procéder à un bref survol des dispositions topiques en la cause.

### 5.

**5.1.** La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Cette loi s'applique, entre autres situations, aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont puissantes, voire dominantes sur un marché de biens ou de services donnés (cf. art. 2 al. 1 et 4 al. 2 LCart), à moins que la concurrence sur ce marché soit de toute manière exclue par d'autres prescriptions étatiques (cf. art. 3 al. 1 let. a LCart).

**5.2.** Afin de promouvoir la concurrence, l'art. 7 al. 1 LCart prévoit notamment ce qui suit:

Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

Le législateur a précisé à l'art. 4 al. 2 LCart que, par "entreprises dominant le marché", il fallait entendre une ou plusieurs entreprises à même de se comporter, en matière d'offre ou de demande, de manière essentiellement indépendantes par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Par ailleurs, afin d'illustrer en quoi pouvait consister un "abus de position dominante", il a énuméré de manière non exhaustive à l'art. 7 al. 2 LCart quelques pratiques réputées illicites lorsqu'elles sont l'oeuvre d'entreprises en position dominante. Cette disposition mentionne notamment le fait de refuser d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises; let. a), celui d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (let. c) ou celui de limiter la production, des débouchés ou du développement technique

(let. e). Notons que, depuis le 1er janvier 2022, de telles pratiques sont également réputées illicites lorsqu'elles sont adoptées par des entreprises qui abusent de leur "pouvoir relatif" sur le marché, c'est-à-dire lorsqu'elles sont mises en oeuvre par des entreprises dont dépendent d'autres entreprises sous l'angle de l'offre ou de la demande (cf. art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 4 al. 2 bis LCart; RO 2021 576). Cette nouvelle, adoptée en date du 19 mars 2021 par le Parlement, ne s'applique toutefois pas à la présente cause, étant entendu que les faits qui sont à la base de celle-ci, de même que l'arrêt attaqué, datent d'une période antérieure à son entrée en vigueur, fixée au 1er janvier 2022 (cf. art. 1 al. 1 du titre final du CC; aussi ATF 126 III 431 consid. 2a).

**5.3.** Les sanctions administratives encourues par une entreprise qui se rend coupable d'abus de position dominante (respectivement d'abus de pouvoir de marché relatif) sont réglées aux art. 49a ss LCart. L'art. 49a al. 1 LCart prévoit ainsi que l'entreprise qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. La loi précise que seule une entreprise ayant abusé de sa position dominante peut se voir sanctionnée, à l'exclusion de celle qui aurait abusé de sa position relative. Dans ce dernier cas, seul le prononcé d'une mesure administrative entrera en ligne de compte (p. ex. une obligation d'accepter d'entretenir des relations commerciales avec certaines entreprises ou d'abandonner certaines conditions commerciales): ce n'est qu'en cas de récidive - à savoir en cas de non-respect de la mesure prononcée - que l'entreprise pourra éventuellement se voir infliger une sanction, en application de l'art. 50 LCart (Message du Conseil fédéral du 29 mai 2019 relatif à l'initiative populaire "Stop à l'îlot de cherté - pour des prix équitables [initiative pour des prix équitables]" et au contre-projet indirect, FF 2019 4665, p. 4701 et 4709).

**5.4.** De manière générale, au moment d'interpréter la réglementation sur l'abus de position dominante fixée à l'art. 7 LCart, le juge suisse peut se référer à la littérature et à la pratique relatives à l'art. 102 de la version conso-

lidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, TFUE, JOUE C 115 du 9 mai 2008, p. 47), comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé à plusieurs reprises (ATF 146 II 217 consid. 4.3; 139 I 72 consid. 8.2.3). Etant donné que les comportements illicites d'entreprises en position dominante selon l'art. 7 LCart correspondent pour l'essentiel à l'art. 102 TFUE, il est sans autre possible de tenir compte de la pratique relative à cette dernière disposition dans l'interprétation du droit fédéral (ATF 146 II 217 consid. 4.3; cf. aussi ATF 139 I 72 consid. 8.2.3 et les références citées). L'Accord du 17 mai 2013 entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1) part également de ce principe, en reconnaissant que les parties à cette convention avaient "à l'esprit que les systèmes d'application des règles de la concurrence de la Suisse et de l'Union reposent sur les mêmes principes et prévoient des règles similaires" (cf. 3e considérant du préambule).

## 6.

**6.1.** En l'occurrence, dans sa décision de première instance du 11 décembre 2017, la COMCO a retenu, en substance, que, durant la période sous enquête, soit entre 2008 et 2016 approximativement, la recourante avait détenu une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209 et correspondant, *grosso modo*, à la Ville de Genève. Or, d'après la COMCO, la recourante aurait à cette époque - et plus spécifiquement entre juin 2008 et juin 2015 - profité de sa position de force pour imposer des conditions commerciales se révélant inéquitables non seulement pour les propriétaires d'immeubles, mais aussi pour les entreprises tierces qui, comme elle, offraient ou voulaient offrir des services dans le domaine des télécommunications en utilisant l'IDI coaxiale des immeubles. Selon la COMCO, en procédant de la sorte, la recourante aurait simultanément entravé certaines entreprises tierces dans le développement de nouvelles technologies de réception de services de télécommunications, notamment par satellite. La COMCO a estimé que la recourante avait ainsi entravé l'accès à la concurrence, de même que son exercice, et que, partant, elle avait abusé de sa position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, en combinaison avec l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart. La COMCO a considéré que, pour cette raison, l'intéressée devait être condamnée à payer une sanction financière de 3'571'936 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart.

**6.2.** Statuant sur recours de la recourante, le Tribunal administratif fédéral s'est, en substance, largement rallié à la décision de la COMCO. Il ne s'est distancié de celle-ci que sur un point secondaire relatif au calcul de la sanction, qu'il a en l'occurrence réduite.

**6.2.1.** L'autorité précédente a tout d'abord constaté que le comportement de la recourante durant la période sous enquête devait être effectivement examiné à l'aune de la LCart, qui trouvait sans conteste application dans le cas d'espèce. La loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10), en particulier, ne constituait pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart, de sorte qu'elle n'excluait au-



cune compétence de la COMCO en la cause. Le Tribunal administratif fédéral a ensuite confirmé le constat de cette dernière selon lequel la recourante avait disposé - à tout le moins entre 2008 et 2016 - d'une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au réseau câblé reposant sur la technologie CATV - à savoir sur le marché du raccordement au télé-réseau - en Ville de Genève, dès lors que l'intéressée était l'unique entreprise à détenir une telle infrastructure sur ce territoire et que le raccordement d'un immeuble à ce réseau n'était pas interchangeable avec d'autres types de raccordement filaire. Or, d'après le Tribunal administratif fédéral, la recourante avait profité de cette position dominante et du fait qu'un raccordement à son télé-réseau était essentiel aux yeux des propriétaires pour s'assurer, grâce à diverses clauses contractuelles, un certain pouvoir de contrôle sur l'IDI coaxiale des bâtiments raccordés à son réseau câblé et pour empêcher de cette manière une utilisation de cette infrastructure par d'autres entreprises. La recourante aurait de la sorte imposé des conditions commerciales inéquitables, mais aussi limité les débouchés d'entreprises concurrentes, de même que le développement technique, sans véritables justifications commerciales objectives. D'après le Tribunal administratif fédéral, l'intéressée aurait ainsi adopté un comportement illicite au sens de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart.

**6.2.2.** Le Tribunal administratif fédéral a dès lors estimé qu'il se justifiait de condamner la recourante à payer une sanction financière en application de l'art. 49a al. 1 LCart. Il a en revanche réduit le montant de cette sanction à 3'259'246 fr., au motif que celle-ci devait être fixée non pas sur la base d'une estimation du chiffre d'affaire de la recourante pour les années 2014 et 2016, comme l'avait fait la COMCO, mais en tenant compte du chiffre d'affaire total réel - quelque peu inférieur - correspondant à ces trois années-là, tel qu'avancé par l'intéressée.

**6.3.** Dans ses écritures, la recourante conteste la sanction qui lui a été infligée, tant dans son principe que dans sa quotité, en affirmant notamment n'avoir jamais détenu de position dominante sur un quelconque marché, ni a fortiori abusé d'une quelconque manière d'une telle position au sens de l'art. 7 LCart. Elle remet ce faisant en cause plusieurs étapes du raisonnement suivi par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt attaqué, dont il convient de vérifier la conformité au droit.

### **III. Existence de prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart**

#### **7.**

La recourante prétend que le reproche que lui adresse l'intimé et qui se trouve à la base du présent litige - consistant en l'occurrence à se plaindre du fait qu'elle se serait en quelque sorte accaparée le droit d'utiliser les IDI coaxiales des bâtiments en Ville de Genève - n'aurait jamais dû être apprécié à l'aune de la LCart et, partant, donner lieu à une intervention de la COMCO. D'après elle, il concernerait exclusivement une question d'accès aux ressources des fournisseurs de services de télécommunication au sens des art. 11 et 11a LTC. Or, cette problématique serait du ressort décisionnel exclusif de la Commission fédérale de la communication (ci-après: COMCOM). La recourante soutient de cette manière qu'en confirmant la décision de la COMCO de la sanc-

tionner en vertu des art. 7 et 49a LCart, le Tribunal administratif fédéral aurait violé les art. 11 et 11a LTC, de même que l'art. 3 al. 1 let. a LCart, qui excepte du champ d'application de la LCart les états de fait exclusivement soumis à d'autres lois.

**7.1.** L'art. 2 al. 1 LCart prévoit que la loi fédérale sur les cartels 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 (cf. art. 2 al. 1 LCart). L'art. 3 al. 1 LCart réserve toutefois les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). Cette dernière disposition délimite ainsi le champ d'application matériel de la LCart en disposant que celle-ci ne s'applique pas - ou simplement pas entièrement - lorsque la concurrence sur un marché est de toute manière exclue ou restreinte par l'ordre juridique en vigueur (cf. ATF 143 II 37 consid. 6.2.3; 141 II 66 consid. 2.2). Autrement dit, certaines prescriptions légales peuvent exclure totalement ou ponctuellement la concurrence dans un secteur donné, soit en la supprimant complètement, soit en entravant certains de ses paramètres, ce qui peut entraîner l'inapplicabilité totale ou partielle de la LCart (ATF 129 II 497 consid. 3.3.1). Les autorités d'application ne doivent à cet égard pas nécessairement démontrer que le législateur a eu la volonté expresse d'exclure entièrement ou partiellement un domaine économique de la concurrence. Il suffit d'aboutir à la conclusion que le secteur concerné n'est pas (totalement) soumis au droit de la concurrence sur la base d'une interprétation ordinaire des règles sectorielles qui lui sont applicables, ce qui peut résulter du fait que la loi prévoit des normes qui ne sont pas compatibles avec la concurrence (cf. ATF 129 II 497 consid. 3.3.2; aussi arrêt 2C\_37/2020 du 14 juin 2022 consid. 6.1). Selon la jurisprudence, il convient néanmoins de garder à l'esprit que, dans l'intention du législateur, la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart ne devait entrer en ligne de compte que de manière limitée. Eu égard aux fondements constitutionnels de l'économie de marché (cf. art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.), une exclusion de la concurrence n'entre en ligne de compte que de manière restrictive; elle ne peut être déduite que d'une législation ordonnant ou autorisant clairement un comportement anticoncurrentiel (ATF 141 II 66 consid. 2.2.3; 129 II 497 consid. 3.3).

**7.2.** En l'occurrence, le domaine économique concerné par le présent litige, à savoir celui de la télécommunication et des médias, est soumis à une réglementation sectorielle spécifique et, tout particulièrement, à la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10). Cette loi - qui constituerait, selon la recourante, un ensemble de prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart - a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international (art. 1 al. 1 LTC). Elle doit permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunication (art. 1 al. 2

let. c LTC). Elle envisage à cet effet différentes mesures. L'art. 11 LTC - spécifiquement invoqué par la recourante - prévoit notamment que les fournisseurs de services de télécommunication occupant une position dominante sur le marché doivent garantir aux autres fournisseurs l'accès à leurs ressources et à leurs services, ce à des conditions transparentes et non discriminatoires et à des prix orientés en fonction des coûts (cf. al. 1). L'art. 11a LTC, dont se prévaut également la recourante, dispose pour sa part que, si les fournisseurs en question n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la COMCOM fixe, à la demande de l'une des parties, les conditions de l'accès aux ressources et aux services de l'entreprise dominante, après avoir obtenu une proposition de l'OFCOM en ce sens (cf. art. 11a al. 1, 1re phrase, LTC). La COMCOM tient alors compte des conditions propres à encourager une concurrence efficace, ainsi que des effets de sa décision sur les sociétés concurrentes (cf. art. 11a al. 1, 2e phrase, LTC). Pour déterminer si un fournisseur occupe véritablement une position dominante, l'OFCOM consulte la COMCO, qui peut rendre publique sa prise de position (art. 11a al. 2 LTC).

**7.3.** Il ressort de ce qui précède que la LTC n'a pas pour but d'exclure la concurrence, mais au contraire de la rendre possible, ce que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de souligner à plusieurs reprises. La jurisprudence a ainsi fixé depuis longtemps la règle selon laquelle la LCart et la loi sur les télécommunications s'appliquaient en principe parallèlement au domaine des télécommunications et des médias, chacune des deux législations visant finalement le même objectif, à savoir celui de garantir une concurrence efficace sur le marché suisse (ATF 137 II 199 consid. 3.4; aussi arrêts 2C\_876/2021 du 2 novembre 2022 consid. 4.3; 4C.404/2006 du 16 février 2007 consid. 3; 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 4.1.3; 2A.503/2000 du 3 octobre 2001 consid. 6c). Or, on ne voit pas que cette jurisprudence bien établie - et du reste non contestée par la doctrine (cf. notamment STÄUBLE/SCHRANER, in KG - Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, no 3 ad art. 7 LCart; HÄNNI/STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, p. 63 s., no 174; EVELYNE CLERC, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 39 ad art. 7 I LCart) - ne devrait plus prévaloir, même si elle a été initiée en lien avec des états de fait antérieurs à la période sous enquête de la COMCO, de même qu'à une époque où les art. 11 et 11a LTC invoqués par la recourante présentaient une autre teneur. Bien au contraire, il faut constater que les dispositions précitées, entrées en vigueur le 1er avril 2007 et révisés en 2019, opèrent de nombreux renvois et références au droit de la concurrence, soulignant ainsi l'importance de la LCart pour le domaine des télécommunications et des médias (cf. arrêt 2C\_876/2021 du 2 novembre 2022 consid. 5.5.1).

**7.4.** La Cour de céans ne voit dès lors pas comment la garantie de l'accès aux ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante, telle qu'instituée par la LTC, pourrait être qualifiée de prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart excluant l'application de cette seconde loi dans le cas d'espèce. Il faut

considérer que les art. 11 et 11a LTC invoqués par la recourante ne constituent qu'une réglementation sectorielle particulière s'ajoutant aux règles du droit de la concurrence. Sous cet angle, il n'est même pas nécessaire d'examiner si - comme le soutient l'intéressée, mais l'a nié l'autorité précédente - Pascal Emery aurait pu déposer une plainte auprès de la COMCOM en application des dispositions précitées pour lever les différentes entraves d'accès à la concurrence prétendument érigées par la recourante, au lieu de dénoncer cette dernière à la COMCO. Cette question, qui concerne l'existence d'une éventuelle possibilité d'évitement à disposition de l'intimé, pourrait tout au plus revêtir une certaine importance au moment de déterminer si le comportement reproché à la recourante a véritablement entravé abusivement la concurrence au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart en imposant des conditions commerciales inéquitables (cf. ATF 137 II 199 consid. 3.4 et 5; aussi MARTENET/CARRON, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 45 ad art. 3 I LCart), point qu'il ne sera toutefois pas nécessaire de trancher, comme on le verra encore (cf. *infra* consid. 10.5).

**7.5.** Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en considérant que les faits de la cause tombaient dans le champ d'application de la LCart. Reste à déterminer si ces faits sont constitutifs d'un abus de position dominante de la part de l'intéressée et s'ils justifient le prononcé d'une sanction en application des art. 7 et 49a al. 1 LCart.

#### **IV. Délimitation du marché pertinent**

##### **8.**

La recourante ne peut évidemment être sanctionnée pour abus de position dominante à l'aune des art. 7 et 49a al. 1 LCart que pour autant qu'elle ait véritablement détenu une telle position durant la période sous enquête, ce qu'elle conteste. Or, le point de savoir si une entreprise est - ou a été - dominante doit, par la force des choses, toujours être apprécié en rapport avec un marché déterminé (cf. notamment ATF 139 II 316 consid. 5; 129 II 497 consid. 6.3.1). Ce principe logique ressort expressément de l'art. 4 al. 2 LCart qui prévoit que, par "entreprises dominant le marché", il faut entendre une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux "autres participants au marché". Cela signifie très concrètement que, pour trancher le présent litige, il convient nécessairement de définir le marché sur lequel la recourante a potentiellement détenu une position dominante durant la période sous enquête de la COMCO, avant de se demander si elle y a effectivement détenu une telle position et y a véritablement adopté des pratiques abusives au sens des art. 7 LCart et sanctionnables en application de l'art. 49a al. 1 LCart (cf., à titre de comparaison, ATF 139 I 72 consid. 9.1; aussi arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.1).

**8.1.** La LCart ne contient aucune définition de la notion de "marché", même si elle s'y réfère à plusieurs reprises. Cette notion est en revanche précisée par l'ordonnance fédérale du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4). L'art. 11 al. 3 de cette ordonnance contient en effet une définition de la

notion de "marché de produits" et de "marché géographique". Cette disposition, qui, d'après la jurisprudence, s'applique par analogie lors de l'examen d'abus de position dominante, pose le principe selon lequel un marché déterminant au sens du droit de la concurrence doit être délimité d'abord d'un point de vue matériel (let. a), puis d'un point de vue géographique (let. b; cf. ATF 139 I 72 consid. 9.1; 139 II 316 consid. 5.1; aussi 129 II 497 consid. 6.3.1; arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.1).

### a) Délimitation du marché pertinent du point de vue matériel

**8.2.** Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le *marché matériellement déterminant*, qualifié de "marché des produits", comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

**8.2.1.** Cette disposition signifie qu'un marché de produits au sens du droit de la concurrence regroupe les produits ou les prestations pouvant être considérées comme interchangeables par les partenaires commerciaux qui entendent satisfaire un besoin particulier. Une telle délimitation implique de rechercher les biens ou services que la partie située du côté de la demande dans le cadre d'un rapport commercial estime substituables par rapport à d'autres d'un point de vue fonctionnel (ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1; 129 II 18 consid. 7.3.1; aussi arrêts 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.1 et 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 4.2.2). Pour ce faire, il convient de partir en premier lieu des caractéristiques objectives des produits concernés (ATF 139 II 316 consid. 5.1). Il s'agit à cet égard de tenir compte non seulement de leurs propriétés et qualités techniques ou physiques, mais aussi de leurs caractéristiques juridiques et du cadre réglementaire qui leur est applicable (arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.2 et les références citées). Afin d'apprécier le caractère véritablement interchangeable de différents produits, il convient ensuite d'examiner l'utilisation ou l'application qui en est faite ou qui peut en être faite, sur le vu des caractéristiques objectives susmentionnées, et de suggérer des possibilités de substitution, étant entendu qu'un bien ou un service peut, dans certains cas, servir à différentes fins ("privé/affaire", "privé/public", "commercial/non commercial") et, partant, appartenir à différents marchés (arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.3). Enfin, la délimitation d'un marché des produits peut encore impliquer, selon les cas, de tenir compte du prix auquel ces derniers sont offerts, même s'il s'agit là d'un critère qui ne peut être décisif à lui seul (cf. ATF 139 II 316 consid. 5.1). Il peut en effet arriver qu'au moment de comparer plusieurs biens ou services présentant une destination ou des fonctions identiques ou similaires, les acheteurs estiment que les produits en cause ne sont, de leur point de vue, pas véritablement interchangeables compte tenu de leur différence de prix (arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.5; cf., pour un exemple, arrêt 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 4.2.2).

**8.2.2.** Si le point de vue des entreprises situées du côté de l'offre peut dans certains cas influencer la délimitation

matérielle d'un marché (p. ex. si les moyens de production d'un bien peuvent être facilement et rapidement mobilisés pour la production d'un autre type de bien, ce qui laisse transparaître une certaine interchangeabilité des produits en question sous l'angle de l'offre), il n'en demeure pas moins que la définition d'un marché se fonde essentiellement sur le concept de la substituabilité au niveau de la demande, c'est-à-dire qu'elle s'opère avant tout du point de vue des personnes et entreprises situées du côté de la demande en ce qui concerne les produits considérés ("*Bedarfsmarktkonzept*"; cf. ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1 et 9.2.3.5; aussi arrêts 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.1 et 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 4.2.2). Il s'agit ce faisant de tenir compte des préférences réelles de ces acteurs économiques et, partant, de la manière dont ils perçoivent effectivement et subjectivement les produits dont ils sont demandeurs, de même que ceux qui leur sont potentiellement substituables (cf. ATF 139 II 316 consid. 5.1). Dans ce cadre, il convient de garder à l'esprit que le point de vue le plus pertinent n'est pas nécessairement celui de l'acheteur direct du produit dont il s'agit de délimiter le marché, lequel peut ne constituer qu'un intermédiaire dans la chaîne de distribution ou de transformation d'un produit (cf. arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.4). Selon les circonstances, il peut se justifier de délimiter un marché de produits en se mettant à la place du destinataire final de ces derniers, c'est-à-dire d'un consommateur moyen, en suivant la logique dite de la "demande dérivée". On pensera typiquement au cas du commerçant qui ne consomme pas lui-même les produits qu'il achète, mais qui les acquiert uniquement dans le but de les revendre ensuite à ses clients, dont il doit dès lors connaître les envies et les préférences réelles (arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.4). La démarche est similaire en droit de la concurrence européen, dont les autorités suisses doivent s'inspirer (cf. *supra* consid. 5.4). Toute détermination du marché pertinent doit tenir compte des préférences non seulement des clients, mais aussi des consommateurs et s'orienter d'après leurs habitudes de consommation et leurs comportements d'achat, pour savoir si, en fin de compte, une proportion économiquement significative des consommateurs considèrent deux produits comme véritablement substituables (cf. Communication de la Commission [européenne] sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C 372 du 9 décembre 1997, p. 5 ss, nos 15 et 41).

**8.2.3.** Il découle de ce qui précède que la délimitation matérielle d'un marché des produits dépend de la manière dont celui-ci fonctionne effectivement. Elle est intimement liée aux offres alternatives qui sont réellement à disposition des personnes intéressées (cf. arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.6). Il est au besoin possible de recourir à des études économétriques permettant de rechercher si l'augmentation du prix d'un produit entraînerait un déplacement de la demande vers d'autres (étude de "l'élasticité croisée des prix") et, partant, de déterminer si les acteurs économiques intéressés par différents produits les considèrent véritablement substituables les uns par rapport aux autres (ATF 139 II 316 consid. 5.1). Cela étant, le degré de substituabilité nécessaire pour que deux produits

puissent être qualifiés de substituables et être considérées comme appartenant au même marché ne peut guère être déterminé avec précision (ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.5). Cette appréciation repose sur des hypothèses et évaluations, étant souligné que l'analyse des conditions du marché reste une opération complexe et que les données disponibles s'avèrent souvent incomplètes et la collecte de données complémentaires difficile. Quant au point de vue des acteurs du marché, qui ne représentent pas forcément un groupe homogène, il ne peut pas être déterminé mathématiquement (cf. arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.4 et 5.2.6). Dans cette mesure, il s'agit de ne pas imposer des exigences de preuve exagérées en ce qui concerne la délimitation exacte d'un marché au sens de la LCart, laquelle ne peut généralement pas se faire sur la base de critères scientifiques clairs. Cette délimitation doit néanmoins reposer sur une analyse économique logique, convaincante et compréhensible démontrant la probabilité de son exactitude (ATF 139 I 72 consid. 8.3.2 et 9.2.3.4 s.; aussi 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.2.6). Cette analyse est à la fois une question de fait, que le Tribunal fédéral ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire, dans la mesure où il s'agit d'établir des critères de délimitation objectivement vérifiables, et une question de droit, dans la mesure où il s'agit d'évaluer la pertinence de la méthode utilisée par l'autorité précédente pour délimiter le marché en cause sur la base desdits critères (cf. dans ce sens ATF 139 II 316 consid. 5.3).

**8.3.** Il convient à présent d'examiner si l'arrêt attaqué fait une juste application des règles et principes qui précèdent s'agissant du marché matériellement déterminant.

**8.3.1.** Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a retenu que le marché matériellement déterminant en l'espèce - sur lequel la recourante aurait détenu une position dominante en Ville de Genève entre 2008 et 2016 - regroupait exclusivement le service de raccordement des bâtiments au télé-réseau. Selon lui, il fallait en effet convenir qu'à cette époque, un raccordement à ce réseau câblé n'était pas interchangeable avec d'autres types de raccordement filaire ou satellitaire, du moins du point de vue des propriétaires d'immeubles, qui se situaient du côté de la demande s'agissant d'un tel service. Le Tribunal administratif fédéral a concédé que ces autres types de raccordement permettaient certes aussi de fournir un accès à des services de télécommunication de qualité dans les différents logements composant un bâtiment. Il a toutefois estimé que les propriétaires devaient en principe assurer la présence de plusieurs types de raccordement dans les logements de leurs immeubles, dont en particulier celui au télé-réseau, non seulement afin de combler les divers besoins de leurs locataires, mais également pour ne pas fausser la concurrence entre les différents prestataires de services de télécommunication. Le Tribunal administratif fédéral a dès lors conclu qu'il n'existait aucun service ou produit substituable au raccordement au télé-réseau. Celui-ci constituait donc, sur le plan matériel, un marché de produits à lui seul, à tout le moins durant la période sous enquête.

**8.3.2.** La recourante réfute le raisonnement du Tribunal administratif fédéral qui, selon elle, violerait gravement le

droit fédéral, dans la mesure où il s'inscrirait en porte-à-faux complet avec la méthode de définition des marchés communément admise en droit de la concurrence, laquelle est fondée sur la substituabilité des produits et des services. D'après elle, en application de cette méthode, l'autorité précédente aurait dû admettre l'existence d'un seul et même marché regroupant tous les types de raccordement filaire, voire satellitaire, permettant d'équiper les logements d'un accès à des services de télécommunication. Elle se prévaut du fait que le Tribunal administratif fédéral aurait lui-même retenu que, du point de vue des consommateurs, les services du télé-réseau étaient parfaitement substituables avec ceux fournis par le réseau DSL de O.\_\_\_\_\_, utilisant la technologie Internet Protocol Television (IPTV), et par le réseau Fiber-to-the-Home (FTTH), dit de fibre optique.

**8.3.3.** La Cour de céans constate que les parties à la procédure ne contestent pas que la recourante propose un service consistant à raccorder des bâtiments au télé-réseau et que, lors d'un tel raccordement, les partenaires potentiels de l'échange sont, du côté de la demande, les propriétaires fonciers - lesquels désirent raccorder leurs immeubles au réseau câblé - et, du côté de l'offre, les propriétaires dudit réseau. Les avis divergent uniquement quant au point de savoir si la proposition de connecter un bâtiment au télé-réseau constitue un marché à lui seul du point de vue du droit de la concurrence ou s'il peut se voir substituer un autre type de services, comme un raccordement au réseau DSL de O.\_\_\_\_\_ ou au réseau FTTH, comme la recourante le prétend, mais l'a nié le Tribunal administratif fédéral.

**8.3.4.** En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), que, durant la période sous enquête, il existait plusieurs manières d'accéder à des services de télécommunication - en particulier de télévision, de téléphonie et d'Internet - depuis un logement. Il était tout d'abord envisageable de consommer des services de télévision dans chaque logement par le biais de la technologie dite de *Télévision Numérique Terrestre* (TNT) - permettant de recevoir la télévision numérique par une antenne "râteau" - voire par le biais d'un satellite individuel. A cette époque, il était par ailleurs déjà possible d'accéder à des services de téléphonie, de même qu'à Internet, par le réseau mobile. De telles solutions, même considérées globalement, ne permettaient cependant pas d'avoir accès à des services de téléphonie et/ou d'Internet à haut débit. Il en découlait que les propriétaires d'immeubles faisaient généralement en sorte que leurs unités d'habitation soient dotées d'une infrastructure permettant d'accéder à des services de télécommunication par l'entremise d'un ou de plusieurs réseaux filaires. Ils équipaient à cette fin les logements d'une ou de plusieurs installations dites "de distribution d'immeubles" (ci-après: la ou les IDI), elles-mêmes reliées à un réseau filaire collectif. Or, comme l'explique le Tribunal administratif fédéral, ces IDI se déclinent en trois types, à savoir l'IDI "coaxiale", l'IDI "cuivre" et l'IDI "fibre optique", et chacune d'elles ne peut être raccordée - pour des exigences techniques - qu'à un seul type bien précis d'infrastructure collective. L'IDI coaxiale est ainsi destinée au télé-réseau, l'IDI cuivre au réseau DSL de O.\_\_\_\_\_ et l'IDI fibre optique au réseau FTTH. Cela

étant dit, l'IDI coaxiale - qui se trouve au centre du présente litige - peut servir à d'autres fins qu'à un raccordement au réseau câblé. D'après l'arrêt attaqué, cette infrastructure d'immeuble peut notamment être utilisée pour la distribution de services de télécommunication captés par une parabole collective installée en toiture d'immeuble. Durant la période sous enquête à tout le moins, de tels équipement parabolique et connexion satellite ne permettaient toutefois que la diffusion de services radiophoniques et audiovisuels. Il ne pouvait en particulier pas servir à distribuer des services dits " *triple play* " ou " *dual play* ", incluant la télévision numérique interactive, qui en était à ses débuts, ainsi que la téléphonie fixe et/ou Internet haut ou très haut débit.

**8.3.5.** D'après l'arrêt attaqué, le raccordement d'une IDI à son réseau collectif correspondant - et en particulier celui de l'IDI coaxiale au télé-réseau - se fait en principe à un point d'entrée dans l'immeuble, situé au sous-sol de celui-ci, et suppose la conclusion d'une convention entre, d'une part, le propriétaire de l'immeuble et, d'autre part, celui du réseau filaire. Le Tribunal administratif fédéral a constaté que cette convention était généralement passée à titre gratuit, étant précisé que le propriétaire qui choisit de raccorder son bâtiment à un réseau filaire donné ne le fait pas dans le but de consommer directement des services de télécommunication, sauf, bien sûr, s'il vit lui-même dans l'immeuble en question. Il se contente de mettre à disposition des entreprises de télécommunication et des résidents de son immeuble l'infrastructure nécessaire pour, respectivement, diffuser et consommer de tels services. Il en découle que les propriétaires d'immeubles ne jouent, en quelque sorte, qu'un rôle d'intermédiaires ou de facilitateurs sur le marché des services de télécommunication. Comme cela a été constaté dans l'arrêt attaqué, il appartient aux consommateurs de choisir le (s) prestataire (s) de services de télécommunication avec le (s) quel (s) ils entendent entrer en relation commerciale en fonction des infrastructures verticales disponibles dans leur logement. Relevons qu'il n'en va pas autrement dans les cas où le propriétaire de l'immeuble a conclu un contrat de raccordement collectif avec un prestataire de services utilisant le télé-réseau, en vue d'offrir des services de télécommunication relevant d'une offre de base à l'ensemble des logements de son immeuble. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que, dans une telle situation, chaque unité d'habitation conserve la possibilité de renoncer aux prestations offertes et de demander ainsi sa déconnexion individuelle au réseau ou le plombage de sa prise à l'IDI coaxiale. Le propriétaire doit alors déduire le coût correspondant à cette offre de base du décompte de charges du locataire concerné.

**8.3.6.** Dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral a enfin constaté que, durant la période couverte par l'enquête de la COMCO, soit entre 2008 et 2016 approximativement, il existait une concurrence vive sur le marché des services de télécommunication prestés par le biais du réseau câblé (télé-réseau), du réseau DSL de O. \_\_\_\_\_ et, dans une moindre mesure, du réseau FTTH. Ce constat valait en particulier pour les offres à valeur ajoutée (*dual* ou *triple play*). En l'occurrence, à cette époque, en Suisse, 37 à 46 % de ces offres passaient par les différents télé-réseaux existant dans le

pays et 50 à 56 % par le réseau DSL de O. \_\_\_\_\_. La N. \_\_\_\_\_ disposait quant à elle d'une part de marché sur le plan national en croissance de 3 à 6% en lien avec de tels services. Le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs constaté que cette forte concurrence avait conduit à un recul du taux de raccordement de la recourante en Ville de Genève. Ce taux - qui incluait non seulement les offres à valeur ajoutée prestées en partenariat avec UPC, mais aussi les contrats de raccordement portant sur une offre de base sans valeur ajoutée - était passé de 77 % en 2011 à 69 % en 2015, ce qui correspond respectivement à 80 371 et 73 889 unités d'habitation. Il n'en demeure pas moins que l'intéressée demeurait à cette époque l'un des principaux acteurs du secteur des services de télécommunication en Ville de Genève, d'autant plus qu'elle prestait, en partenariat avec UPC, près de 99 % des offres de base dites " *triple pla*", c'est-à-dire des abonnements de télévision, téléphonie et Internet pour un prix avantageux se situant entre 22 fr. 50 et 25 fr. 50 francs, O. \_\_\_\_\_ n'ayant commencé à proposer de tels produits qu'à partir de 2014.

**8.3.7.** La Cour de céans remarque que la situation qui vient d'être décrite - à savoir l'importance de la recourante dans le domaine de la diffusion de services de télécommunication de base - n'avait rien d'extraordinaire en comparaison nationale. Il est notoire qu'il y a une quinzaine d'années encore, l'immense majorité des ménages suisses recevait les programmes de télévision par le biais des entreprises de réseaux câblés (cf. notamment Surveillance des prix, Les tarifs du télé-réseau en Suisse, septembre 2010, ch. 2.1; aussi arrêt 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 4.2.2). Au début des années 2000, la jurisprudence fédérale retenait ainsi - en accord avec la doctrine - que le raccordement au télé-réseau faisait partie des installations qu'un locataire pouvait s'attendre à trouver dans son logement. D'un point de vue juridique, l'impossibilité de recevoir la télévision par câble constituait donc un écart par rapport au standard de confort usuel des logements dont la location était offerte sur le marché (cf. arrêt 4C.265/2000 du 16 janvier 2001 consid. 4b/ee et les auteurs cités). Ce n'est que dans un arrêt du 16 mai 2013 que le Tribunal fédéral a laissé indécise la question de savoir si le développement technologique permettait de relativiser l'importance d'un raccordement au télé-réseau (cf. arrêt 4A\_58/2013 du 16 mai 2013 consid. 4.3), comme certains auteurs semblent aujourd'hui l'admettre (cf. HIGI/WILDISEN, in Zürcher Kommentar, Die Miete, 5e éd. 2022, no 117 art. 269a CO; BEAT ROHRER, in Das schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 4e éd. 2018, no 16 ad art. 269a CO). Il n'en reste pas moins que la question de l'existence ou non d'un raccordement au télé-réseau représente en pratique encore un critère important pour jauger la qualité d'un appartement et le comparer à d'autres (cf. notamment arrêt 4A\_215/2021 du 22 octobre 2021 consid. 7.2.1 et 7.2.4; aussi DAVID LACHAT ET AL., Le bail à loyer, 2019, p. 579).

**8.3.8.** Il découle des éléments de fait qui précèdent que les propriétaires immobiliers qui entendent permettre l'accès à des services de télécommunication de qualité à l'intérieur de leurs logements doivent raccorder leurs bâtiments à au moins l'un des réseaux filaires disponibles à proximité de leurs parcelles, après avoir installé

à leurs frais le ou les IDI correspondants dans leurs immeubles. Ce faisant, ils ne procèdent généralement pas à de tels équipements directement pour eux-mêmes, en ce sens qu'ils ne seront la plupart du temps pas appelés à consommer eux-mêmes les services de télécommunication susceptibles d'être accessibles grâce à de tels raccordements, sauf s'ils habitent leur maison, ce qui constitue la minorité des cas en Ville de Genève. Autrement dit, ces équipements et raccordements tendent la plupart du temps simplement à assurer un certain confort aux locataires actuels et futurs des bâtiments, qui pourront entrer en relation avec les prestataires de services de télécommunication de leur choix, en fonction des raccordements mis à leur disposition. Il s'ensuit que, pour déterminer si le raccordement des bâtiments au télé-réseau constitue un marché spécifique ou s'il fait partie d'un marché plus large composé d'autres types de raccordement filaire, il est peu pertinent que certains propriétaires puissent estimer qu'un genre de raccordement filaire en vaut un autre d'un point de vue purement technique, en considérant que chacun d'eux permet en fin de compte d'avoir accès à des services de télécommunication de qualité. En effet, dans les faits, comme on vient de le dire sur la base des constats du Tribunal administratif fédéral, les propriétaires d'immeubles - sous réserve des propriétaires qui y habitent - ne raccordent pas leurs unités d'habitation en fonction de leurs propres préférences en tant que consommateur de services de télécommunication. Désireux de valoriser au mieux leurs biens, ils prennent avant tout en considération les préférences et besoins des occupants actuels ou futurs de leurs logements, préférences et besoins sur lesquels ils convient donc de se fonder pour délimiter le marché de produits pertinent en l'espèce, en suivant le point de vue de la demande dite dérivée (cf. *supra* consid. 8.2.2).

**8.3.9.** Or, sur le vu des faits évoqués plus haut, notoires ou constatés dans l'arrêt attaqué, on voit mal comment, entre 2008 et 2016, un propriétaire aurait pu partir du principe que les locataires n'attachaient aucune importance au fait que leur logement soit raccordé ou non au télé-réseau. Tout indique au contraire qu'ils devaient partir de la prémisse inverse, c'est-à-dire postuler qu'une grande partie de la population désirait pouvoir choisir le plus librement possible ses prestataires de services de télécommunication, comme en attestait d'ailleurs la rude concurrence régnant sur ce marché, et que, dans ce cadre, les habitants s'attendaient à ce que leurs logements soient à tout le moins raccordés au télé-réseau, sachant que seul ce type de raccordement filaire permettait à cette époque d'accéder, en particulier en Ville de Genève, à une large palette de services de télécommunication à bas prix. De ce point de vue, l'accès au télé-réseau représentait un service accessoire quasiment incontournable pour de nombreux locataires concluant un contrat de bail. C'est d'ailleurs cette importance du télé-réseau qui a conduit au développement du système "Supermédia" de l'intimé, dont l'intérêt est de permettre une diffusion du signal provenant d'un satellite collectif par le biais de l'IDI coaxiale, ce sans remettre en question l'accès au réseau câblé passant par cette installation (cf. *supra* consid. A.c). Le poids particulier du télé-réseau dans le paysage économique suisse a enfin longtemps transparu dans la jurisprudence fédérale en ma-

tière de bail - à tout le moins durant la période sous enquête - considérant l'absence de raccordement au télé-réseau comme une possible moins-value de la chose louée. Le grand nombre de contrats collectifs conclus en Ville de Genève est aussi révélateur de l'importance du télé-réseau (cf. *supra* consid. 8.2.3).

**8.3.10.** Compte tenu de la place centrale occupée par le raccordement au télé-réseau il y a une dizaine d'années encore, lequel apparaissait presque comme un équipement de base, à tout le moins pour une partie de la population, la Cour de céans ne voit pas en quoi le Tribunal administratif fédéral aurait violé le droit fédéral - et l'art. 4 al. 2 LCart en particulier - en considérant que ce service n'était pas substituable à d'autres types de raccordement, qu'il soit filaire ou satellitaire, et qu'il représentait dès lors un marché de produits à lui seul, à tout le moins entre 2008 et 2016. S'il est indéniable que les nouvelles technologies avaient commencé à bouleverser le marché des télécommunications à cette époque déjà, rien ne permet de dire que les propriétaires estimaient alors qu'un raccordement de leurs immeubles au télé-réseau était interchangeable avec un raccordement à un autre réseau filaire ou avec l'installation d'une antenne parabolique. Le fait est qu'une grande portion des locataires accédaient encore à la télévision par le biais de ce réseau câblé uniquement, tant par habitude que pour des raisons financières, comme en témoigne d'ailleurs la place centrale occupée par la recourante sur le marché des services de télécommunication durant la période sous enquête.

**8.3.11.** La recourante soutient qu'il n'était pas possible d'aboutir au constat qui précède sans diligenter d'enquête spéciale visant à déterminer la véritable substituable des différents raccordements filaires du point de vue des propriétaires. Elle se plaint en particulier de l'absence de test dit SSNIP (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*) au dossier, soit d'un test économétrique fondé sur la théorie de "l'élasticité croisée des prix" (cf. *supra* consid. 8.2.3). La Cour de céans discerne toutefois mal ce qu'une telle enquête aurait apporté dans le cas d'espèce, sachant que le raccordement aux différents réseaux filaires avait généralement lieu à titre gratuit. De même la recourante se prévaut-elle en vain du fait qu'entre 2008 et 2016, de nombreux locataires considéraient déjà les différents types de raccordements filaires comme parfaitement substituables, ce qui expliquerait la perte de parts de marché de la recourante sur le marché des services de télécommunication durant la période sous enquête. Le caractère interchangeable des services de télécommunication fournis par les différents réseaux filaires, de même que la forte pression subie par la recourante sur ce marché ne s'opposent en effet pas à la reconnaissance d'un marché de produits situé en amont portant sur le raccordement des immeubles au télé-réseau. Rappelons que l'existence d'un tel marché durant la période sous enquête ne s'examine pas directement à l'aune des consommateurs sensibles aux nouvelles technologiques, mais du point de vue des consommateurs finaux moyens ainsi que des propriétaires immobiliers, qui ne pouvaient faire abstraction du fait qu'une grande partie de la population était encore fortement attachée au télé-réseau et qui n'ont dès lors, d'après l'arrêt attaqué, ja-

mais cessé de raccorder leurs immeubles à ce réseau câblé, à tout le moins entre 2008 et 2016. Relevons néanmoins qu'une autre délimitation du marché pourrait s'imposer s'agissant d'une période postérieure à l'enquête de la COMCO, s'il devait exister une tendance constante des consommateurs finaux à délaisser les services fournis par télé-réseau, laquelle pourrait en effet conduire les propriétaires à considérer qu'un raccordement au réseau câblé est parfaitement interchangeable avec un autre type de raccordement.

**8.3.12.** Le Tribunal administratif fédéral a ainsi respecté le droit fédéral en définissant le marché des produits pertinents en la cause comme celui du raccordement des immeubles au télé-réseau durant la période déterminante.

### **b) Délimitation du marché pertinent du point de vue géographique**

**8.4.** Il ne reste plus qu'à examiner les limites géographiques de ce marché, sur lequel il est reproché à la recourante d'avoir abusé d'une position dominante. La recourante conteste en l'occurrence que ces limites correspondent au territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, soit à la Ville de Genève approximativement, comme le Tribunal administratif fédéral l'a retenu. Elle prétend que ce marché s'étend à l'ensemble du territoire suisse.

**8.4.1.** Ainsi qu'on l'a dit (cf. *supra* consid. 8.1), la question des limites géographiques du marché matériel pertinent est réglée par l'art. 11 al. 3 let. b OCCE. Cette disposition prévoit en l'occurrence que 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 matériellement déterminant (art. 11 al. 3 let. b OCCE). Selon la jurisprudence, il s'agit essentiellement de circonscrire le territoire sur lequel les personnes ou entreprises qui subissent le comportement d'une entreprise abusant potentiellement de sa position dominante peuvent trouver d'autres partenaires commerciaux alternatifs, afin de contourner l'entreprise en cause et d'éviter de devoir entretenir des liens commerciaux avec elle (ATF 139 II 316 consid. 5.1).

**8.4.2.** En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a établi dans l'arrêt attaqué qu'il était difficile - voire impossible - pour une entreprise de télé-réseau d'étendre rapidement son activité sur d'autres territoires que celui sur lequel elle était déjà active. Il s'ensuit que, durant la période sous enquête, soit entre 2008 et 2016 approximativement, les propriétaires immobiliers ne pouvaient en principe s'adresser qu'aux seules entreprises gérant déjà un télé-réseau sur leur territoire s'ils entendaient raccorder l'un de leurs bâtiments à ce type d'infrastructure. Un tel constat valait en particulier en Ville de Genève où les propriétaires devaient nécessairement conclure une convention de raccordement d'immeuble avec la recourante s'ils souhaitaient voir leurs logements disposer d'un accès au télé-réseau, dès lors que cette dernière constituait la seule entreprise propriétaire d'un réseau câblé de ce type sur ce territoire. Le Tribunal administratif fédéral a donc parfaitement respecté le droit fédéral en retenant que le marché du raccordement au télé-ré-

seau - sur lequel il était reproché à la recourante d'avoir détenu une position dominante - correspondait, d'un point de vue géographique, au territoire d'activité de l'intéressée, soit *grosso modo* à la Ville de Genève, représentée par les codes postaux 1201 à 1209. Rien ne justifie de retenir un marché géographique plus grand, quoi qu'en dise la recourante, qui soutient de manière étonnante que le marché devrait être fixé au niveau suisse. Comme on vient de le dire, un propriétaire d'immeubles situé à Genève ne peut pas se tourner vers n'importe quelle entreprise du pays disposant d'un réseau câblé pour obtenir un raccordement de ses logements au télé-réseau.

**8.5.** Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer l'arrêt attaqué en tant qu'il définit le marché pertinent comme étant le marché du raccordement des immeubles au télé-réseau sur le territoire de la Ville de Genève, représenté en l'espèce par les codes postaux suisses 1201 à 1209.

### **V. Existence d'une position dominante sur le marché déterminant**

#### **9.**

La recourante ne peut être sanctionnée pour un éventuel abus de position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau en Ville de Genève que si elle a réellement joui d'une telle position sur ce marché, ce que la principale intéressée conteste et qu'il convient dès lors de vérifier.

**9.1.** Selon l'art. 4 al. 2 LCart, par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Autrement dit, une entreprise jouit d'une position dominante si elle dispose de la possibilité de se comporter de manière indépendante sur un marché donné, en fixant à son gré certains paramètres décisifs et importants sur le plan de la concurrence, sans tenir compte de ses éventuels concurrents ou clients, qui n'ont d'autre choix raisonnable que d'entretenir des relations commerciales avec elle (cf. ATF 139 I 72 consid. 9.3.1; 129 II 497 consid. 6.3.1; arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.5.1). Aussi l'existence d'une position dominante ne se déduit-elle pas simplement d'une part de marché élevée, même si une part de marché de 50 % constitue assurément un indice important - créant pratiquement une présomption - de position dominante ("seuil critique" ou "*kritische Schwelle*"; ATF 139 I 72 consid. 9.3.3.2; arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.5.2). De manière générale, une position dominante ne peut être reconnue qu'au cas par cas, en tenant compte des conditions et des caractéristiques concrètes du marché concerné, sans se fonder sur des critères fixes (ATF 139 I 72 consid. 9.3.1; aussi arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.5.1). C'est d'ailleurs ce qu'a voulu exprimer le législateur en 2003 en précisant à l'art. 4 al. 2 LCart que l'existence d'une position dominante s'appréciait en rapport avec les "concurrents, fournisseurs ou acheteurs" de l'entreprise concernée. Il a souligné de cette manière que l'examen de position dominante ne pouvait pas se fonder uniquement sur des données rela-

tives à la structure du marché concerné, mais qu'il fallait également apprécier les rapports de dépendance concrets des acteurs économiques opérant sur celui-ci (cf. Message concernant la modification de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2002, p. 1911 ss, spéc. 1933; aussi ATF 139 I 72 consid. 9.3.1, arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.5.1 et les références citées). En somme, déterminer si une entreprise possède une position dominante sur un marché consiste en une évaluation de tous les aspects pertinents qui, dans le cas d'espèce, tendent à attester que l'intéressée peut adopter un comportement essentiellement indépendant (arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 5.5.1). Une entreprise occupe par exemple une position dominante lorsqu'elle détient la totalité du marché déterminant et que des circonstances de fait ou de droit rendent improbable l'irruption d'une autre entreprise sur ce marché. Tel peut être par exemple le cas lorsqu'une entreprise dispose de droits exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable et qu'il n'existe pas de substitut réel ou potentiel sur le marché (ATF 139 II 316 consid. 6.1).

**9.2.** En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que la recourante se trouve en situation de monopole sur le marché du raccordement des bâtiments au télé-réseau en Ville de Genève. Elle y est en effet la seule entreprise exploitant un tel réseau filaire, réseau qu'elle a en l'occurrence commencé à construire en 1986. D'après l'arrêt attaqué, aucune autre entreprise n'a jamais tenté de développer de réseau parallèle reposant sur la même technologie CATV. Comme l'a relevé le Tribunal administratif fédéral, l'implantation d'un nouveau télé-réseau nécessiterait en effet l'installation de câbles entre les différents immeubles, rues et quartiers genevois, c'est-à-dire des investissements et travaux importants, soumis le cas échéant à autorisations, sans assurance de retour sur investissement.

**9.3.** Sur le vu de ce qui précède, la Cour de céans ne voit pas que le Tribunal administratif fédéral aurait violé l'art. 4 al. 2 LCart en retenant que la recourante détenait une position dominante sur le marché genevois du raccordement d'immeubles au télé-réseau. La part de marché monopolistique de la recourante, qui dépasse par essence le "seuil critique" de 50 % esquissé par la jurisprudence (cf. *supra* consid. 9.1), laisse supposer l'existence d'une position dominante. Quant à l'arrêt attaqué, il ne fait état d'aucun élément propre à renverser ou à ébranler un tel présupposé. Il en ressort au contraire que la recourante n'a jamais eu à craindre l'arrivée d'un quelconque concurrent sur le marché du raccordement au télé-réseau. A l'instar de l'autorité précédente, il faut également convenir que les propriétaires immobiliers n'ont jamais été en position d'exercer une quelconque pression sur la recourante propre à réduire sa capacité à agir de manière essentiellement indépendante. Ces partenaires contractuels ne disposent pas de véritable pouvoir de négociation au moment d'envisager le raccordement de leurs immeubles, car ils n'ont d'autre choix que de s'adresser à la recourante. Or ce lien de dépendance n'est pas réciproque. La recourante ne dépend de son côté pas de chaque propriétaire, dont le ou les bâtiments, pris individuellement, ne représentent qu'une fraction minime des gains qu'elle peut espérer obtenir

grâce à l'utilisation de son réseau. Elle peut donc renoncer sans difficulté à raccorder certains immeubles, ce qu'elle a d'ailleurs parfois fait durant la période sous enquête selon l'arrêt attaqué.

Il faut ainsi admettre que, compte tenu de sa position monopolistique, de l'absence de toute concurrence potentielle et de véritable contre-pouvoir des propriétaires à son égard, la recourante était à même de se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché du raccordement au télé-réseau entre 2008 et 2016, de sorte que considérer qu'elle y occupait une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart n'est pas contraire à cette disposition.

**9.4.** La recourante ne conteste au demeurant pas foncièrement le raisonnement du Tribunal administratif fédéral, tel qu'il a été présenté et confirmé ci-dessus. Reconnaissant qu'il repose sur un fondement théorique valable, elle lui reproche essentiellement de partir du postulat, d'après elle intolérable, selon lequel il aurait existé un marché du raccordement au télé-réseau, marché sur lequel elle se serait forcément trouvée en position monopolistique en Ville de Genève. Ce faisant, elle tente de remettre en cause la délimitation du marché pertinent opérée par les autorités précédentes, laquelle respecte toutefois pleinement la LCart, comme on l'a vu (cf. *supra* consid. 8). Dans la même logique, elle se prévaut en vain de la concurrence vive ayant toujours existé sur le marché des services de télécommunication, de même que de la baisse de ses parts de marché sur celui-ci. Elle perd à nouveau de vue qu'en la cause, il ne lui est pas reproché d'avoir détenu une position dominante sur les marchés des services de télécommunication, mais bien/ sur celui - situé en amont - du raccordement des immeubles au télé-réseau. Or, on ne voit pas en quoi la concurrence régnant sur le premier marché, où elle conservait une position forte, aurait concrètement affaibli sa position sur le second. Elle-même ne l'explique pas dans ses écritures. La recourante tente enfin en vain de tirer partie du fait que la grande majorité des propriétaires genevois seraient représentés par un petit nombre de régies immobilières. Rien n'indique que ces acteurs du marché de l'immobilier constitueraient des interlocuteurs commerciaux susceptibles de limiter sa capacité de se comporter de manière essentiellement indépendante sur le marché du raccordement des immeubles au télé-réseau. Il ressort au contraire de l'arrêt attaqué - d'une manière qui lie la Cour de céans - que les régies ne font en pratique rien d'autre que suivre les directives des propriétaires, lesquels ont, à titre individuel, tout intérêt à voir leurs immeubles raccordés au télé-réseau.

**9.5.** Il suit de là que, quoi que prétende la recourante, l'arrêt attaqué respecte le droit fédéral et, en particulier, l'art. 4 al. 2 LCart en tant qu'il retient qu'entre 2008 et 2016, l'intéressée disposait d'une position dominante sur le marché du raccordement des immeubles au télé-réseau en Ville de Genève.

## **VI. Existence d'un abus de position dominante**

### **10.**

L'existence d'une position dominante de la recourante sur le marché du raccordement des immeubles au télé-réseau en Ville de Genève n'implique pas nécessaire-



ment la commission d'un abus sur ce marché, punissable au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. Pour qu'une sanction se justifie à l'aune de ces dispositions, il faut encore que l'on puisse reprocher à la recourante, comme l'ont fait les autorités précédentes, d'avoir profité de sa position pour porter atteinte à la concurrence, alors qu'aucun motif commercial objectif ne le justifiait, et d'avoir ainsi "abusé" de sa position au sens de l'art. 7 LCart. La recourante le réfute en l'occurrence. Avant d'examiner ses griefs et la conformité de l'arrêt attaqué à l'art. 7 LCart, il convient de rappeler la portée de cette disposition et en quoi consiste exactement le reproche d'abus de position dominante que l'autorité précédente a adressé à la recourante.

### a) Cadre légal général et position de l'autorité précédente

**10.1.** Aux termes de l'art. 7 al. 1 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

**10.1.1.** Ainsi, la LCart n'interdit pas en soi les positions dominantes sur un marché (ATF 139 I 72 consid. 10.1.1; 137 II 199 consid. 4.3.4). Elle n'empêche pas non plus les entreprises de faire en sorte d'acquérir et de conserver par elles-mêmes une telle position et d'en tirer profit, ni n'interdit, par principe, aux entreprises dominantes tout acte ou comportement pouvant entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou à son exercice (cf. ATF 146 II 217 consid. 4.1; 139 I 72 consid. 10.1.1; 129 II 497 consid. 6.5.1). La loi tend uniquement à empêcher certaines pratiques commerciales problématiques adoptées par des entreprises dominantes qui limiteraient de façon abusive la liberté d'action des concurrents ou d'autres entreprises (ATF 139 I 72 consid. 10.1.2; 129 II 497 consid. 6.5.1). Elle confère par là même aux entreprises dominantes sur un marché donné une responsabilité particulière quant à leur comportement (ATF 146 II 217 consid. 4.1; 139 I 72 consid. 10.1.1).

**10.1.2.** L'art. 7 al. 1 LCart distingue à cet égard deux formes de comportements abusifs et, partant, illicites. Une entreprise dominante peut tout d'abord empêcher d'autres entreprises (en général des concurrents actuels ou potentiels) à accéder à la concurrence ou à exercer celle-ci. On parle alors de *pratiques d'entrave* ou *d'éviction de la concurrence* (*Behinderungsmisbrauch*; ATF 146 II 217 consid. 4.1; 139 I 72 consid. 10.1.1). Cela étant, une entreprise dominante peut aussi abuser de sa position en désavantageant ses partenaires commerciaux et en cherchant à obtenir des avantages économiques à leur détriment et/ou au détriment des consommateurs. Il s'agit dans ce cas de *pratiques d'exploitation de position dominante* (*Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch*; ATF 146 II 217 consid. 4.1; 139 I 72 consid. 10.1.1). Cette distinction ne revêt toutefois pas réellement d'importance. Il importe uniquement d'établir l'existence d'une atteinte à la concurrence découlant d'un comportement abusif adopté par une entreprise dominante, sur la base d'une analyse au cas par cas (ATF 146 II 217 consid. 4.1; 139 I 72 consid. 10.1.1).

A cet égard, il convient notamment de se demander, quand bien même cette exigence ne ressort pas expressément du texte légal, si le comportement de l'entreprise dominante ne poursuit pas des motifs économiques objectifs admissibles ("*legitimate business reasons*"), lesquels enlèvent, par la force des choses, tout caractère abusif audit comportement et, partant, toute illicéité sous l'angle de l'art. 7 LCart (ATF 146 II 217 consid. 4.2; 139 I 72 consid. 10.1.2; aussi JACQUELINE SIEVERS, *Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG*, 2014, p. 27).

**10.1.3.** Les pratiques d'entrave ou d'éviction de la concurrence ainsi que celles d'exploitation de position dominante selon l'art. 7 al. 1 LCart sont illustrées par une liste d'exemples figurant à l'art. 7 al. 2 LCart. Est ainsi réputé abusif et, partant, illicite le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart), de même que la limitation de la production, des débouchés et du développement technique (art. 7 al. 2 let. e LCart). Il est toutefois important de garder à l'esprit que le caractère illicite de tels comportements ne découle pas directement de l'art. 7 al. 2 LCart, mais de l'art. 7 al. 1 LCart, à l'aune duquel ils doivent toujours être évalués (ATF 146 II 217 consid. 4.2). En d'autres termes, il convient d'examiner au cas par cas si, en adoptant l'un des comportements énumérés à l'art. 7 al. 2 LCart, une entreprise a réellement abusé de sa position dominante et véritablement entravé la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 LCart (cf. ATF 139 I 72 consid. 10.1.2; 129 II 497 consid. 6.5.1), ce qui implique en pratique de procéder à un examen juridique en deux temps. Il s'agit tout d'abord d'identifier les distorsions de concurrence concrètement opérées par l'entreprise dominante, c'est-à-dire les pratiques d'entrave, respectivement d'éviction de concurrence ou d'exploitation de position dominante adoptées par celle-ci, avant d'examiner la question de l'existence d'éventuels motifs justificatifs objectifs à ces distorsions. Ainsi, une entreprise peut concéder avoir adopté un comportement entravant la concurrence au sens de l'art. 7 al. 2 LCart, tout en soutenant n'avoir rien fait d'autres qu'appliquer des principes commerciaux légitimes (cf. ATF 146 II 217 consid. 4.2; 139 I 72 consid. 10.1.2; aussi arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 6.12).

**10.2.** En l'occurrence, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, durant la période sous enquête, la recourante avait profité du fait que ses services étaient indispensables aux yeux des propriétaires d'immeubles genevois pour leur imposer des conditions contractuelles de raccordement propres à les empêcher d'utiliser les IDI coaxiales de leurs bâtiments à d'autres fins qu'une connexion au téléseuil. Il a plus précisément constaté que, lors de la conclusion de nouveaux contrats de raccordement, l'intéressée se réservait le droit non seulement de contrôler l'utilisation desdites IDI, mais aussi de résilier le raccordement à son téléseuil si ces installations étaient utilisées par un système tiers. D'après le Tribunal administratif fédéral, la recourante a de cette manière mis en place un système dissuasif lui garantissant un droit d'utilisation exclusive des IDI coaxiales des bâtiments, alors même que ces installations, internes aux immeubles, ne lui appartenaient pas. Les juges pré-

cédents y ont vu une imposition, non justifiée, de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c LCart. Ils ont également retenu qu'en agissant de la sorte, la recourante avait limité l'accès au marché et le développement d'entreprises tierces souhaitant aussi utiliser l'IDI coaxiale des bâtiments genevois, de même que l'expansion d'autres technologies de distribution de services de télécommunication, telles que le système multimédia développé par l'intimé, sans que cela ne résulte d'une évolution normale du marché ni ne réponde à des motifs commerciaux objectifs, ce qui constituait un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. e LCart. Ce second reproche avait ceci de particulier que, contrairement au premier, il valait également pour les contrats de modernisation que la recourante avait proposés gratuitement aux propriétaires durant la période sous enquête en vue de la mise à niveau technique de leurs IDI coaxiales et qui contenaient une clause expresse d'exclusivité en faveur de l'intéressée.

**b) Existence d'une limitation des débouchés et du développement technologique au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart**

**10.3.** La Cour de céans examinera en premier lieu si le Tribunal administratif fédéral a retenu à bon droit que la recourante avait limité abusivement les débouchés et le développement technique d'autres entreprises au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Ce reproche est en effet plus large que celui d'une imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, car il couvre l'ensemble des relations ou pourparlers contractuels que l'intéressée a pu développer durant la période sous enquête avec des propriétaires d'immeubles, que ce soit en vue d'un raccordement de leurs biens au télé-réseau ou de la modernisation de leurs IDI coaxiales. Il en résulte que, dans l'hypothèse où la Cour de céans devait admettre que la recourante a véritablement commis un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart, il serait inutile d'examiner si le même comportement est aussi couvert par l'art. 7 al. 2 let. c LCart (cf. *infra* consid. 10.5).

**10.3.1.** La "limitation de la production, des débouchés ou du développement technique" est réputée constituer une pratique abusive illicite d'après l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Il ressort des travaux préparatoires de la loi que cette limitation doit se révéler "artificielle" pour être abusive, en ce sens qu'elle ne doit pas résulter de l'évolution normale du marché, mais d'un comportement adopté par une entreprise dominante (cf. Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 [ci-après: Message LCart], FF 1995 I, p. 472 ss, spéc. 569). Il doit s'agir de situations dans lesquelles une entreprise dominante prend pour elle-même ou impose à d'autres entreprises des mesures limitatives sur les produits, les quantités, les régions de vente ou les acheteurs, afin de faire monter les prix ou de les maintenir à un niveau élevé (cf. *ibidem*). Il importe en revanche peu, comme pour toute entrave à la concurrence, que les effets anticoncurrentiels d'une telle pratique se concrétisent sur le marché dominé ou sur un marché situé en amont ou en aval (cf. ATF 139 I 72 consid. 10.1.1).

**10.3.2.** On admet qu'une limitation des débouchés - comme il en est ici question - peut consister dans la conclusion de clauses d'approvisionnement exclusif entre une entreprise dominante et ses clients. De telles clauses peuvent en effet empêcher les concurrents de l'entreprise dominante de trouver des partenaires commerciaux et d'écouler leurs produits (AMSTUTZ/CARRON, op. cit., no 662 ad art. 7 LCart). Une limitation des débouchés peut en outre prendre la forme de clauses contractuelles techniques ou incitatives, comme des conditions d'utilisation ou des rabais de fidélité, qui, en pratique, peuvent également avoir pour effet d'empêcher les partenaires d'une entreprise dominante d'entretenir des relations commerciales auprès d'autres entreprises (cf. STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., no s 459 et 468 ad art. 7 LCart; CLERC/KËLLEZI, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, no 247 ad art. 7 II LCart). Notons qu'en nouant des relations commerciales exclusives avec ses partenaires, une entreprise dominante limite parfois aussi le développement technique d'autres entreprises au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart (JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3e éd. 2011, no 26 ad art. 7 LCart). Hormis ce cas de figure, les limitations du développement technologique, qui résultent souvent d'une utilisation abusive du droit de la propriété immatérielle (p. ex. obtention ou maintien comme purs moyens de blocage du progrès technique d'autres entreprises; cf. Message LCart, FF 1995 I, p. 569 s.), peuvent encore résulter d'une volonté d'une entreprise dominante de conserver un droit de disposition ou d'utilisation exclusif sur certains biens indispensables à l'accès d'un marché (AMSTUTZ/CARRON, op. cit., no 667 ad art. 7 LCart; CLERC/KËLLEZI, op. cit., no 260 ad art. 7 II LCart).

**10.3.3.** Le Tribunal fédéral ne s'est pour sa part encore jamais prononcé sur l'interprétation à donner à l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Il a en revanche déjà eu l'occasion de relever qu'il était possible de tenir compte de la doctrine et de la pratique européennes relatives à l'art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au moment d'interpréter l'art. 7 LCart (cf. *supra* consid. 5.4). Si les exemples d'entraves abusives à la concurrence mentionnés dans l'un et l'autre droits sont identiques, on peut partir du principe qu'ils doivent être jugés de la même manière (cf. ATF 146 II 217 consid. 4.3; 139 I 72 consid. 8.2.3). Un tel principe vaut en particulier pour l'art. 7 al. 2 let. e LCart qui constitue une reprise du droit européen, lequel sanctionne, comme le droit suisse, "la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs" (cf. Message LCart, FF 1995 I p. 532 et 565). On peut ainsi retenir à titre d'exemple, en s'inspirant de la pratique européenne, que l'art. 7 al. 2 let. e LCart couvre les situations dans lesquelles une entreprise dominante met une infrastructure coûteuse gratuitement à disposition de ses partenaires commerciaux, à condition que ceux-ci l'utilisent exclusivement pour revendre ses produits aux consommateurs. Cette manière de procéder peut en effet inciter les revendeurs concernés à s'approvisionner uniquement auprès de cette entreprise pour le type de produits concernés, ce qui complique fortement l'entrée sur le marché ou l'expansion d'éventuels concurrents, alors même qu'il existerait une demande pour leurs produits (cf. arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes [aujourd'hui le Tribunal de

[l'Union européenne], *Van den Bergh Foods Ltd contre Commission des Communautés européennes* du 23 octobre 2003, T-65/98, nos 154 ss).

**10.3.4.** En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué qu'en Ville de Genève, le raccordement initial d'un immeuble au télésexeau supposait la conclusion d'une convention dite de raccordement immobilier (ci-après: CRI), à tout le moins durant la période sous enquête. Cette convention, qui était passée entre la recourante et le propriétaire du bâtiment, réglait la connexion de l'IDI coaxiale au réseau câblé de la recourante. D'après l'arrêt attaqué, elle n'entraînait aucune obligation financière pour le propriétaire d'immeubles. Elle ne contraignait pas non plus ce dernier à conclure avec la recourante un abonnement individuel ou collectif portant sur la distribution de services de télécommunication dans les différentes unités d'habitation de l'immeuble raccordé, même si l'intérêt d'une CRI consistait précisément à permettre la conclusion de tels contrats d'abonnement. En revanche, dès décembre 2009, et ce jusqu'en juin 2015, tout propriétaire qui signait un CRI s'engageait à faire en sorte que les installations techniques de son bâtiment affectées au raccordement au télésexeau respectent les spécifications établies par la recourante et à ne les faire modifier que par un installateur approuvé par celle-ci. Surtout, la recourante se réservait contractuellement le droit de résilier la convention de raccordement et/ou de suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection s'il s'avérait que l'IDI coaxiale n'était pas exclusivement utilisée pour accéder à des services fournis par le télésexeau. Une telle décision de la recourante avait pour conséquence d'entraîner la coupure immédiate des services fournis par elle et/ou par l'un ou l'autre de ses partenaires.

**10.3.5.** A la même époque, dès le 20 avril 2009, dans le contexte plus large de la modernisation de l'ensemble de son télésexeau initiée en 2006, la recourante a commencé à conclure avec certains propriétaires d'immeubles des contrats visant la modernisation de leurs IDI coaxiales. D'après l'arrêt attaqué, la conclusion de tels contrats de modernisation permettait aux propriétaires de bâtiments déjà raccordés au télésexeau d'obtenir une mise à niveau de leurs IDI coaxiales de la part de la recourante, sans devoir payer les travaux nécessaires à cette plus-value. Les propriétaires concernés acceptaient en revanche de céder l'usage exclusif de leurs IDI coaxiales modernisées à la recourante pour une durée de cinq ans. Les propriétaires ne pouvaient se départir d'une telle obligation qu'après deux ans et pour autant qu'ils payent une indemnité à la recourante, non définie par le contrat de modernisation, mais fixée le moment venu par l'intéressée en fonction des dépenses consenties et du temps écoulé depuis la conclusion du contrat.

**10.3.6.** Le Tribunal administratif fédéral a retenu, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF et *supra* consid. 3), que la recourante avait toujours cherché à imposer un respect strict des conventions et conditions commerciales exposées ci-dessus. Elle refusait notamment de raccorder un immeuble à son télésexeau, lorsque ledit immeuble ne disposait pas d'une IDI coaxiale exempte de tout système tiers et si cette installation servait par exemple à diffuser des programmes télévisuels obtenus par satellite. Le Tribunal administratif

fédéral a constaté que la recourante entendait ce faisant empêcher les propriétaires d'immeubles d'installer un système tiers sur l'IDI coaxiale consacrée au télésexeau, étant précisé que la construction d'une IDI coaxiale supplémentaire, dédiée à un éventuel système tiers, devait le cas échéant s'effectuer aux frais des propriétaires, ce à quoi ceux-ci renonçaient en principe. L'autorité précédente a considéré comme établi que l'objectif d'exclusivité de la recourante avait été réalisé, dans la mesure où celle-ci avait effectivement empêché toute autre utilisation des IDI coaxiales par des entreprises tierces. Il en allait ainsi de l'intimé, qui n'avait plus pu installer son système "Supermédia", permettant de diffuser des programmes captés par antenne satellitaire au sein d'un immeuble par le biais de l'IDI coaxiale, malgré la présence d'un grand nombre d'antennes satellites collectives en Ville de Genève et d'importants efforts de promotion et de démarchage de l'intéressé.

**10.3.7.** Il découle ainsi des faits constatés dans l'arrêt attaqué que, durant la période sous enquête, la recourante s'est garanti le privilège d'utiliser de manière exclusive de nombreuses IDI coaxiales à Genève. Comme on l'a vu, un droit d'utilisation exclusive était tout d'abord expressément convenu pour cinq ans dans les contrats de modernisation conclus à titre gratuit avec certains propriétaires genevois. Ces derniers auraient certes pu se délier d'une telle obligation après une période initiale de deux ans seulement. Il leur aurait toutefois fallu indemniser la recourante, à concurrence d'un montant difficile à anticiper, dans la mesure où celui-ci aurait dû être fixé par l'intéressée elle-même (cf. *supra* consid. 10.3.5). Une obligation d'affecter les IDI coaxiales de manière exclusive au télésexeau découlait ensuite de l'économie des contrats de raccordement initial passés par la recourante avec certains propriétaires. Ces contrats prévoyaient en effet la suppression du raccordement au télésexeau en cas d'utilisation de l'IDI coaxiale par un système tiers ou alors, simplement, en cas de non-respect de normes techniques fixées par la recourante (cf. *supra* consid. 10.3.4). Or, une telle menace entravait forcément les propriétaires dans leurs potentiels projets d'affecter leurs IDI coaxiales à d'autres fins qu'une connexion au télésexeau, sachant que, quoi qu'en dise la recourante, lesdits propriétaires pouvaient être réticents à prendre le risque que leurs logements ne soient plus raccordés au télésexeau, compte tenu de l'importance d'un tel équipement durant la période sous enquête. Sous cet angle, il faut admettre que certaines clauses contenues dans les contrats de modernisation et de raccordement immobilier ont limité les débouchés et le développement technologique d'autres entreprises au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Rappelons que cette disposition est précisément appelée à couvrir les situations dans lesquelles une entreprise dominante, comme la recourante, fait en sorte de s'assurer l'utilisation exclusive d'une installation essentielle à l'accès à un marché - en l'occurrence les IDI coaxiales - en exerçant une pression sur ses partenaires commerciaux (cf. *supra* consid. 10.3.2). L'art. 7 al. 2 let. e LCart vise aussi typiquement les cas dans lesquels une entreprise dominante - comme la recourante - propose gratuitement à ses partenaires une infrastructure ou un service nécessaire à la distribution de ses produits - en l'occurrence la fourniture d'une IDI coaxiale modernisée - à la condition

que lesdits partenaires ne l'utilisent qu'à cette seule fin, les poussant de cette manière à renoncer à entretenir des relations commerciales avec d'autres entreprises qui pourraient également en avoir besoin (cf. *supra* consid. 10.3.3).

**10.3.8.** La recourante ne formule aucun grief qui permette d'arriver à une autre conclusion. Elle tente notamment en vain de tirer profit du fait qu'elle n'a jamais interdit aux propriétaires genevois de construire une seconde IDI coaxiale dans leurs bâtiments et de l'affecter à autre chose qu'un raccordement au télé-réseau. Une telle argumentation, qui tend à démontrer qu'elle n'aurait jamais disposé d'un droit exclusif d'utiliser les IDI coaxiales en Ville de Genève, ne convainc en effet pas. Ce qui est en l'occurrence décisif est qu'en refusant de partager les IDI coaxiales connectées à son télé-réseau, la recourante a limité de facto les débouchés d'autres entreprises, car, comme l'a constaté le Tribunal administratif fédéral, les propriétaires étaient forcément réticents à construire plusieurs IDI coaxiales dans leurs bâtiments, étant entendu qu'un tel investissement augmenterait sensiblement les coûts de construction de leurs immeubles. C'est pour le reste en vain que la recourante tente de minimiser la portée de son comportement en affirmant n'avoir jamais attaché d'importance à son droit d'utilisation exclusive des IDI coaxiales. Un tel argument se heurte en effet aux constatations de fait contenues dans l'arrêt attaqué, qui, comme on l'a vu, retient que la recourante a fait en sorte d'imposer un strict respect de ses conditions commerciales durant la période sous enquête. Il en va de même de la critique de la recourante selon laquelle elle n'aurait pas été responsable de l'échec commercial du système "Supermédia" développé par l'intimé qui, d'après elle, découlerait du caractère obsolète de cette technologie. Le Tribunal administratif fédéral a en effet établi d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF) que l'intéressée avait bel et bien été l'une des causes de la mauvaise fortune de l'intimé. Il n'est dès lors même pas nécessaire de se demander si la recourante a adopté un comportement contraire à l'art. 7 al. 2 let. e LCart en laissant simplement croire aux propriétaires qu'ils ne pouvaient pas utiliser leurs IDI coaxiales à d'autres fins qu'un raccordement au télé-réseau, ni, partant, d'examiner si un tel comportement était par exemple propre à limiter - à tout le moins de manière potentielle - les débouchés et le développement technologique d'autres entreprises (cf. sur la suffisance d'une atteinte potentielle à la concurrence, cf. AMSTUTZ/CARRON, in Basler Kommentar - Kartellgesetz, 2e éd. 2021, nos 128 ss et 146 ad art. 7 LCart; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., nos 77 ss ad art. 7 LCart; CLERC, op. cit., no 88 ad art. 7 I LCart).

**10.3.9.** Il s'ensuit que le Tribunal administratif fédéral n'a pas violé le droit fédéral en retenant, sur la base des faits établis dans l'arrêt attaqué, que la recourante avait entravé la concurrence et, de prime abord, abusé de sa position dominante en limitant, par le biais de diverses clauses contractuelles passées avec les propriétaires d'immeuble, les débouchés et le développement technique d'autres entreprises au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart.

### c) Absence de motifs commerciaux légitimes

**10.4.** Reste à savoir si le comportement de la recourante se justifiait par des motifs objectifs, comme celle-ci le prétend dans ses écritures.

**10.4.1.** Comme on l'a vu, les pratiques d'entrave ou d'éviction, respectivement d'exploitation adoptées par une entreprise dominante ne sont pas considérées comme abusives et, partant, illicites à l'aune de l'art. 7 LCart lorsque des motifs objectifs les justifient (cf. *supra* consid. 10.1.2 s.; aussi ATF 139 II 316 consid. 8; 129 II 497 consid. 6.5.1). Une entreprise dominante est par exemple en droit de refuser d'entretenir des relations commerciales avec des partenaires peu solvables ou, plus généralement, d'adopter de nouvelles pratiques commerciales afin de s'adapter au mieux aux (nouveaux) besoins de sa clientèle ou d'entreprendre des démarches ou afin d'améliorer le rapport qualité/prix de ses prestations (cf. ATF 146 II 217 consid. 4.2; 129 II 497 consid. 6.5.4). Une pratique entravant la concurrence peut ainsi se justifier par la volonté d'économiser certains coûts ou d'opérer des simplifications administratives, ou évidemment pour des raisons techniques (cf. ATF 139 II 316 consid. 8). De manière générale, le point de savoir si le comportement d'une entreprise est légitime ou non doit être examiné sous le prisme central de la protection de la concurrence, envisagée sous son angle aussi bien institutionnel qu'individuel, c'est-à-dire la préservation d'une concurrence efficace (ATF 146 II 217 consid. 4.2; 139 I 72 consid. 10.1.2; cf. aussi ATF 129 II 497 consid. 6.4.2). Cela étant, il appartient à l'entreprise dominante de présenter de manière suffisamment détaillée les raisons dignes de protection qui l'ont poussé à adopter un comportement aux effets anticoncurrentiels. Une déclaration globale et abstraite ne suffit pas (ATF 146 II 217 consid. 4.2; 139 I 72 consid. 10.4.2).

**10.4.2.** En l'occurrence, dans son recours au Tribunal fédéral, la recourante n'allègue qu'un seul motif justificatif objectif à son comportement, contrairement à ce qu'elle a fait devant l'autorité inférieure. Elle soutient en l'occurrence avoir eu un intérêt légitime à s'assurer qu'elle seule utiliserait les IDI coaxiales raccordées à son réseau câblé, dans la mesure où il se serait agi de l'unique moyen d'être certaine que des services de télécommunication interactifs dits "triple play" ou "double play" puissent être diffusés dans les unités d'habitation connectées à son télé-réseau. Selon elle, il aurait en effet été "hautement vraisemblable" que l'installation d'un système tiers - tel que "Supermédia" - sur l'IDI coaxiale d'un bâtiment aurait eu pour effet de perturber les signaux provenant de son réseau câblé, ce à un tel point qu'elle aurait été empêchée de fournir des services à valeur ajoutée aux occupants dudit bâtiment, lesquels n'auraient alors pu avoir accès qu'à des services télévisuels ou radiophoniques ordinaires. Elle estime ainsi que le fait de l'obliger à accepter une cohabitation sur l'IDI coaxiale reviendrait à la forcer à adopter un "comportement inefficace" et à affaiblir sa situation concurrentielle, en l'empêchant de fournir aux consommateurs l'entier des services de télécommunication potentiellement accessibles par le biais de son réseau câblé.

**10.4.3.** Cette argumentation de la recourante se heurte toutefois à nouveau aux constats de fait contenus dans l'arrêt attaqué, lesquels lient la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF). Le Tribunal administratif fédéral a en effet établi qu'il était bel et bien possible de mixer le signal du satellite avec celui du télé-réseau sur une seule prise coaxiale, quand bien même cela était techniquement difficile. Il a relevé que les différents acteurs sur le marché n'avaient pas - ou peu - connaissance de problèmes particuliers de compatibilité du système Super-média avec le télé-réseau, de sorte qu'il ne pouvait pas être établi que ce système causait une perturbation ou un dysfonctionnement. Ainsi, lorsque la recourante prétend que le comportement pour lequel elle a été sanctionnée par les autorités précédentes tendait simplement à éviter un risque de perturbation de son signal sur l'IDI coaxiale, elle remet en réalité en question l'établissement des faits de manière appellatoire, ce qui est inadmissible devant le Tribunal fédéral (cf. *supra* consid. 3). La Cour de céans n'a en l'occurrence même pas à se demander si, comme semble l'avoir admis l'autorité précédente à titre subsidiaire, il pourrait être de toute manière exigé de la recourante qu'elle s'accommode de l'installation d'autres systèmes tiers sur l'IDI coaxiale, même s'il existait véritablement un risque que les logements connectés à son télé-réseau ne puissent plus bénéficier de l'entier des services de télécommunication habituellement accessibles grâce à ce réseau câblé. Il n'appartient pour le reste pas au Tribunal fédéral de se demander si d'autres motifs commerciaux objectifs pourraient éventuellement justifier le comportement de la recourante, d'autant que celle-ci n'en invoque elle-même aucun dans ses écritures et que de tels motifs n'apparaissent pas manifestes (cf. *supra* consid. 2.1 et 10.4.1).

**10.5.** En conclusion, il faut convenir avec l'autorité précédente qu'en s'assurant un droit d'utilisation exclusive des IDI coaxiales connectées à son télé-réseau grâce à la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles passées avec les propriétaires immobiliers genevois, la recourante a adopté un comportement anticoncurrentiel abusif prenant à tout le moins la forme d'une limitation des débouchés et du développement technique au sens de l'art. 7 al. 1 et al. 2 let. e LCart. Il n'est dès lors pas nécessaire de se demander si, en adoptant ce comportement, l'intéressée a également imposé des conditions commerciales inéquitables au sens l'art. 7 al. 2 let. c LCart, comme l'a retenu l'autorité précédente (cf., dans un sens similaire, arrêt 2C\_113/2017 du 12 février 2020 consid. 6.3), et si l'intimé aurait pu éviter les effets indirectes qu'ont pu avoir sur elle de telles conditions commerciales en portant plainte devant la COMCOM, ce qui est douteux (cf. *supra* consid. 7.4). Le fait est que de nombreux comportements tombant sous le coup de l'une des deux normes précitées peuvent s'avérer couverts par l'autre et vice versa (cf. notamment AMS-TUTZ/CARRON, op. cit., nos 336 et 647 ad art. 7 LCart; CLERC/KËLLEZI, op. cit., no 160 ad art. 7 LCart; aussi BORER, op. cit., no 26 ad art. 7 LCart), sans qu'il soit pertinent de les distinguer sur le plan juridique. L'essentiel est que l'entreprise ne se rende pas coupable de plusieurs comportements différents - théoriquement susceptibles d'être examinés dans le cadre de procédures indépendantes - au point où il faudrait retenir une circonstance aggravante au moment du calcul de la

sanction (cf. à cet égard TAGMANN/ZIRLICK, in Basler Kommentar - Kartellgesetz, 2e éd. 2021, no 52 ad art. 49a LCart). Tel n'est pas le cas de la recourante en l'affaire.

## VII. Prononcé et calcul de la sanction

### 11.

La recourante s'étant rendue coupable d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et al. 2 let. e LCart, il convient d'examiner s'il était justifié de la condamner à payer une sanction de 3'259'246 fr., ce qu'elle conteste.

**11.1.** Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui, ayant une position dominante, se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (1re phrase). L'abus de position dominante constitue l'élément objectif de l'infraction à la LCart, auquel vient s'ajouter un élément subjectif, quand bien même le texte de l'art. 49a al. 1 LCart ne le précise pas expressément. Une entreprise n'est en effet passible de sanction au sens de cette disposition que si l'on peut lui reprocher une faute, laquelle n'implique pas nécessairement de pouvoir attribuer la responsabilité de la violation de la LCart constatée à une personne physique déterminée, mais peut prendre la forme d'un manque de diligence de l'entreprise par rapport à ce que l'on aurait pu objectivement attendre de toute entreprise dans une situation similaire en vertu de la loi. Ainsi, lorsqu'une entreprise adopte un comportement anticoncurrentiel avéré, elle viole en règle générale simultanément son devoir de diligence objectif, car les entreprises doivent connaître et rester informées des règles de la LCart, de la pratique qui s'y rapporte et des publications pertinentes (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.4.2; 146 II 217 consid. 8.5.2; 143 II 297 consid. 9.6.2).

**11.2.** En l'occurrence, quoi qu'en dise la recourante, celle-ci a bel et bien adopté un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart durant la période sous enquête (cf. *supra* consid. 10.5). Il en résulte qu'elle a mis en place des pratiques remplissant les conditions objectives au prononcé d'une sanction financière au sens de l'art. 49a al. 1 LCart. On peut également lui opposer la commission d'une faute au sens de la jurisprudence, dès lors que, si elle avait fait preuve de la diligence que l'on peut objectivement attendre d'une entreprise dans cette situation, elle ne pouvait ignorer que son comportement était contraire à la législation fédérale, ce qu'elle ne conteste du reste pas dans ses écritures. Il s'ensuit que le prononcé d'une sanction à son encontre est admissible en tant que tel.

**11.3.** La recourante remet en cause le montant de la sanction qui lui a été infligée. Elle affirme que le Tribunal administratif fédéral l'a calculé en retenant à tort qu'elle avait adopté un comportement abusif depuis juin 2008 déjà.

**11.3.1.** La COMCO estime, dans sa réponse, que le Tribunal fédéral ne devrait pas entrer en matière sur ce grief - du reste mal fondé selon elle - dans la mesure où la recourante n'aurait pas pris de conclusion chiffrée en réduction de la sanction. Elle se réfère en particulier à

l'ATF 144 II 246, qui, selon elle, exigerait de chiffrer toute conclusion en réduction de la sanction. Elle se méprend toutefois sur la portée de cet arrêt. Dans cette affaire, l'autorité fédérale compétente avait recouru au Tribunal fédéral pour obtenir la condamnation d'une entreprise à une sanction au sens de l'art. 49a LCart. Il apparaissait ainsi conforme aux art. 42 al. 1 et 107 al. 2 LTF d'exiger d'elle qu'elle prenne des conclusions chiffrées devant le Tribunal fédéral ou, à tout le moins, qu'elle satisfasse implicitement à cette exigence en demandant la confirmation de la décision de la COMCO qui venait d'être annulée par le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêts 2C\_101/2016 du 18 mai 2018 consid. 16.2, non publié in ATF 144 II 246; aussi 2C\_149/2018 du 4 février 2021 consid. 8.1). La situation à la base de l'ATF 144 II 246 n'est ainsi pas comparable à celle d'espèce où la partie recourante, condamnée à payer une sanction, recourt au Tribunal fédéral en concluant principalement à l'annulation de celle-ci, tout en demandant subsidiairement qu'elle n'ait à supporter qu'une sanction réduite. Dans ce genre de cas, l'obligation de chiffrer le recours déduite de l'art. 107 al. 2 LTF n'implique pas de déterminer la mesure exacte de la diminution de la sanction souhaitée, à l'image d'un prévenu condamné à une peine pénale qui demanderait la levée de celle-ci ou, du moins, sa réduction (cf. p. ex. arrêt 6B\_279/2019 du 14 mai 2019 consid. 1). Il convient dès lors d'entrer en matière sur la conclusion en réduction de la sanction de la recourante (cf. *supra* consid. 1.3) et, partant, d'examiner si le Tribunal administratif fédéral a correctement calculé son montant.

**11.3.2.** D'après l'art. 49a LCart, le montant de la sanction infligée pour abus de position dominante, qui peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (1<sup>re</sup> phrase), est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites (3<sup>e</sup> phrase). Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (4<sup>e</sup> phrase). Les différents critères et modalités de calcul sont pour le reste précisés par l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5), d'après laquelle la sanction à prononcer est en principe fixée en trois étapes. Il s'agit en l'occurrence de déterminer dans un premier temps un montant de base, qui représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise à sanctionner sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart; cf. ATF 147 II 72 consid. 8.5.1; 146 II 217 consid. 9.1; 144 II 194 consid. 6.2). Le montant de base ainsi déterminé doit être adapté dans un deuxième temps à la durée de l'infraction. Si la pratique anticoncurrentielle a duré entre un à cinq ans, le montant de base est susceptible d'être majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 % et, si la pratique en cause a duré plus de cinq ans, le montant de base peut être majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (art. 4 OS LCart). Enfin, dans un troisième temps, avant d'aboutir au montant final de la sanction, il y a encore lieu de se demander si le montant ainsi calculé doit être augmenté ou diminué en fonction d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes (cf. art. 5 et 6 OS LCart), et s'il respecte le

plafond fixé à l'art. 49a al. 1 LCart, ainsi que, plus généralement, le principe de proportionnalité, ce que rappelle expressément l'art. 2 OS LCart.

**11.3.3.** En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, conformément à la méthode de calcul fixée par l'OS LCart qui vient d'être décrite, le Tribunal administratif fédéral a dans un premier temps fixé le montant de base de la sanction à 3 % du chiffre d'affaires total obtenu par la recourante entre 2014 et 2016 sur le marché des services de télécommunication, à savoir 63'596'303 fr., en précisant que ce marché était certes situé en aval du marché du raccordement au télé-réseau sur lequel l'intéressée détenait une position dominante, mais qu'il était néanmoins directement touché par les abus commis sur celui-ci. Ce faisant, l'autorité précédente a retenu un montant de base de 1'907'889 fr. (3 % de 63'596'303 fr.), s'avérant quelque peu inférieur à celui retenu en première instance par la COMCO dans sa décision du 11 décembre 2017. Ceci résulte du fait que le Tribunal administratif fédéral ne s'est pas fondé sur une estimation du chiffre d'affaires de la recourante pour les années 2014 à 2016, comme l'avait fait la COMCO, mais sur le chiffre d'affaires total réel - légèrement moindre - avancé par pièces par l'intéressée pour ces trois années-là. Passant à la deuxième étape du calcul de la sanction, l'autorité précédente a ensuite décidé de majorer le montant de base qu'il venait de calculer de 0.8333 % pour chaque mois qu'avait duré l'infraction à la LCart reprochée à la recourante. Estimant que celle-ci avait adopté un comportement anticoncurrentiel durant une période de sept ans et un mois, à savoir durant 85 mois entre début juin 2008 à fin juin 2015 - comme cela "ressort[ait] bien de la décision attaquée" et "ce que le tribunal a[vait] lui aussi constaté"-, le Tribunal administratif fédéral a augmenté le montant de base de 70.83 %, ce qui signifie qu'il lui a additionné un montant de 1'351'357 fr. (85 x 0.8333 % de 1'907'889 fr.), pour arriver à une somme totale de 3'259'246 fr. Ce résultat obtenu, le Tribunal administratif fédéral a enfin nié l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes justifiant une modification de ce montant de base, qui correspondait donc à la sanction à prononcer.

**11.3.4.** La recourante ne remet en cause qu'une étape du calcul de la sanction opéré par le Tribunal administratif fédéral. Elle argue en l'occurrence que la durée d'infraction à la LCart retenue contre elle - et plus précisément son "point de départ" début juin 2008 - serait arbitraire. Elle affirme que les clauses contractuelles sur lesquelles l'arrêt attaqué se fonde pour retenir un comportement contraire à la LCart n'ont été introduites qu'en décembre 2009 dans ses conventions de raccordement d'immeuble. Elle ne voit dès lors pas comment sa sanction pourrait être calculée en fonction d'une période d'infraction à la LCart débutant en juin 2008. Il convient d'examiner la pertinence d'un tel grief, contesté par les autres participants à la procédure, dont la COMCO, qui estime qu'il ressortirait de l'arrêt attaqué que les conditions commerciales problématiques proposées par la recourante dès 2009 n'ont finalement fait que concrétiser un comportement déjà adopté en pratique depuis juin 2008 au moins.

**11.3.5.** En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral s'emploie à examiner en détail si les

contrats de modernisation offerts par la recourante dès le mois d'avril 2009 ainsi que les conventions de raccordement d'immeuble (CRI) proposées par l'intéressée dès le mois de décembre 2009 ont représenté des pratiques d'entrave abusive à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart. A l'issue de cet examen, il aboutit à la conclusion bien fondée - plusieurs fois répétée dans sa motivation - que la recourante s'est effectivement servie de sa position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau pour s'assurer le droit exclusif d'utiliser les IDI coaxiales connectées à son réseau et pour empêcher les propriétaires d'immeubles d'y installer un système tiers, ce grâce à "*la nature dissuasive de certaines clauses contractuelles*", contenues "*notamment dans la CRI, ses conditions commerciales et spécifications techniques, ainsi que dans les contrats de modernisation*" (cf. notamment consid. 11.3.6, 11.4.3.2, 11.4.6 et 11.6) de l'arrêt attaqué). Or, on ne voit pas comment il serait possible de retenir, sur la base des faits retenus dans l'arrêt attaqué, que la recourante aurait adopté un tel comportement avant l'élaboration de son contrat de modernisation, respectivement la révision de sa convention de raccordement d'immeuble, c'est-à-dire avant avril 2009 déjà. Il n'est en tout cas pas possible de retenir lapidairement en fin d'arrêt, comme l'a fait l'autorité précédente, que les différentes conventions de modernisation et de raccordement d'immeuble proposées par la recourante dès avril, respectivement décembre 2009 "ne f[aisaient] que concrétiser un comportement qu'elle adoptait déjà en pratique". Il faut ici souligner que l'arrêt attaqué n'expose même pas le contenu des conventions, conditions générales et normes techniques imposées par la recourante aux propriétaires immobiliers à cette époque, ni n'indique de manière claire en quoi aurait alors concrètement consisté le comportement abusif de l'intéressée.

**11.3.6.** Le Tribunal administratif fédéral évoque certes dans son arrêt le contexte de tension existant de longue date entre l'intimé et certains dirigeants de la recourante, de même que le refus de celle-ci de raccorder un immeuble équipé du système Supermédia à Cognoy en mai 2008. Ces éléments de fait ne sont toutefois pas constitutifs à eux seuls d'un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart, quand bien même ils ont pu avoir un impact sur les affaires de l'intimé. Le comportement de dénigrement que la recourante a pu développer à l'encontre de l'intimé - et pour lequel certains de ses dirigeants ont été condamnés pénalement (cf. arrêt 6B\_824/2007 du 17 avril 2008) - s'assimile en réalité à un acte de concurrence déloyale, susceptible d'être commis par n'importe quelle entreprise; il n'est nullement inhérent à sa position dominante sur le marché du raccordement au réseau câblé. Quant au refus de la recourante de raccorder l'immeuble de Cognoy au télé-réseau, la COMCO a expressément considéré dans sa décision du 11 décembre 2017 qu'il ne pouvait pas être qualifié de refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. a LCart, dès lors qu'il ne pouvait pas être exclu qu'il ait été justifié par des motifs de rentabilisation des investissements légitimes et objectifs d'un point de vue commercial (cf. nos 496 s. de la décision de la COMCO; art. 105 al. 2 LTF). On ne voit dès lors pas qu'un tel refus de raccordement puisse relever d'un comportement abusif à l'aune de l'art. 7 LCart en

général, du moins sans autres explications de la part de l'autorité précédente. En somme, les divers éléments de fait et événements précités représentent au mieux des "indices" de la volonté de la recourante de conserver l'usage exclusif des IDI coaxiales. C'est ainsi qu'ils ont du reste été qualifiés par le Tribunal administratif fédéral à plusieurs endroits de son arrêt. Cette volonté n'était toutefois pas contraire à la LCart en tant que telle, aussi longtemps qu'elle ne s'était pas vue matérialisée par un comportement concret d'entrave à la concurrence abusif que l'intéressée n'a en l'occurrence adopté, d'après les faits de l'arrêt attaqué, qu'à partir d'avril, respectivement décembre 2009 par des clauses figurant dans ses contrats de modernisation et de raccordement d'immeuble.

**11.3.7.** Sur le vu de l'état de fait constaté dans l'arrêt attaqué, rien ne permet donc de retenir qu'avant même d'élaborer son contrat de modernisation en avril 2009 et de réviser dans la foulée sa convention de raccordement d'immeuble en décembre de la même année, la recourante aurait déjà fait en sorte que les propriétaires d'immeubles raccordés à son télé-réseau ne puissent installer aucun système tiers sur leurs IDI coaxiales. Il ne peut par conséquent pas lui être reproché d'avoir imposé depuis juin 2008 déjà des conditions commerciales inéquitablement aux propriétaires ou aux entreprises tierces ou limité les débouchés de ces dernières au sens de l'art. 7 al. 2 let. c et e LCart, ni d'avoir du reste adopté un autre type de comportement abusif à l'aune de l'art. 7 al. 1 LCart. Force est ainsi de constater que le Tribunal administratif fédéral a violé le droit fédéral et, en particulier, l'art. 4 OS LCart en tant qu'il a considéré que la recourante avait abusé de sa position dominante durant 85 mois - à savoir du mois de juin 2008 au mois de juin 2015 - au moment de calculer la sanction à infliger à l'intéressée. Sur la base des faits établis par l'autorité précédente, il y a lieu de retenir que l'infraction à la LCart commise par l'intéressée n'a en réalité duré que 75 mois, dans la mesure où elle n'a commencé à abuser de sa position dominante au sens de l'art. 7 LCart qu'à partir du mois d'avril 2009, date correspondant à la conclusion du premier contrat de modernisation considéré comme problématique à l'aune de cette disposition.

**11.3.8.** Il est en l'occurrence exceptionnellement possible au Tribunal fédéral de corriger lui-même le montant de la sanction à infliger au sens de l'art. 49a LCart et de s'écarter ce faisant de la retenue qu'il s'impose généralement s'agissant du contrôle du calcul et de la fixation d'une telle sanction (cf. ATF 147 II 72 consid. 8.5.2; arrêt 2C\_33/2020 du 8 décembre 2022 consid. 12.2.3). En effet, dans le cas d'espèce, en déclarant augmenter le montant de base de la sanction de 0.8333 % par mois d'infraction à la LCart, le Tribunal administratif fédéral a clairement indiqué la manière dont il aurait tenu compte d'une durée d'infraction de 75 mois seulement (cf. *supra* consid. 11.3.3). Il n'apparaît enfin pas, sur la base d'un examen sommaire, que les autres bases de calcul de la sanction - notamment le chiffre d'affaires obtenues par la recourante sur les marchés pertinents (cf. à cet égard ATF 146 II 217 consid. 9.2.1) - aient été calculées en violation du droit fédéral, la recourante n'alléguant d'ailleurs pas le contraire. Il y a ainsi lieu de majorer de 62.50 % (75 x 0.8333 %) le montant de base de la sanction fixé par l'autorité précédente - à savoir 1'907'889 fr. -

en tenant compte du fait que celle-ci est partie, comme on vient de le dire, d'une majoration de 0.8333 % par mois, correspondant au pro rata de 10 % par année, ce qui est conforme au droit fédéral (cf. ATF 146 II 217 9.3; arrêt 2C\_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 12.3.4, publié in ATF 139 I 72). La sanction à prononcer ne s'élève donc pas à 3'259'246 fr. comme cela a été fixé dans l'arrêt attaqué, mais à 3'100'319 fr. (1'907'889 fr. + 1'192'430 fr.).

**11.4.** Le recours est donc partiellement bien fondé en tant qu'il conteste le calcul de la sanction de 3'259'246 fr. infligée à la recourante. Cette sanction doit en l'occurrence être fixée à 3'100'319 fr. en application de l'art. 49a LCart et des art. 2 ss l'OS LCart. Il convient ainsi de réformer l'arrêt attaqué en ce sens.

### **VIII. Résumé, conséquences et frais**

#### **12.**

Sur le vu de ce qui précède, l'instance inférieure a constaté à juste titre que la recourante avait adopté un comportement anticoncurrentiel prenant la forme d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart, lequel consistait notamment à limiter les débouchés et le développement technique de ses concurrents au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart, et qu'un tel comportement était passible d'une sanction conformément à l'art. 49a LCart. Le montant de la sanction de 3'259'246 fr. prononcée à l'encontre de la recourante viole en revanche l'art. 4 OS LCart, dès lors qu'il se fonde sur une durée d'infraction à la LCart trop longue. Dite sanction doit en l'occurrence être fixée à 3'100'319 fr. en partant du constat que la recourante a adopté une pratique contraire à la LCart durée 75 mois, et non pendant 85 mois comme retenu par l'autorité précédente. Le recours s'avère ainsi très partiellement fondé et, partant, doit être partiellement admis.

#### **13.**

Le recours doit ainsi être admis très partiellement et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer 3'100'319 fr. à titre de sanction. La cause sera renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure antérieure (art. 67 et 68 al. 5 LTF *a contrario*).

#### **14.**

Compte tenu de l'issue du litige, l'essentiel des frais de la présente procédure sera mis à la charge de la recourante, qui succombe très largement, et, dans une moindre mesure, à la charge de l'intimé, qui a pris des conclusions tendant au rejet complet du recours dans sa

réponse (art. 66 al. 1 LTF). La recourante doit par ailleurs verser une indemnité à cette dernière pour ses frais de représentation, indemnité dont le montant sera néanmoins légèrement réduit après compensation du montant que la recourante devrait recevoir de l'intimé à titre de dépens, puisqu'elle-même a obtenu très partiellement gain de cause (art. 68 al. 1 et 2 LCart). La COMCO, qui n'a quant à elle droit à aucuns dépens (cf. art. 68 al. 3 LTF), sera également condamnée à verser une indemnité moindre à titre de dépens à la recourante, dans la mesure où celle-ci obtient très partiellement gain de cause (art. 68 al. 1 LTF). Cette autorité intimée ne doit en revanche supporter aucuns frais de procédure, ayant agi dans l'exercice de ses attributions officielles, sans que son intérêt patrimonial n'ait été en cause (art. 66 al. 4 LTF; cf. arrêt 2C\_343/2010 du 11 avril 2011 consid. 9.3, non publié in ATF 137 II 199).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:**

#### **1.**

Le recours est partiellement admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la recourante est condamnée à payer un montant de 3'100'319 fr. en application des art. 7 et 49a LCart.

#### **2.**

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens des procédures antérieures.

#### **3.**

Les frais judiciaires sont mis à la charge de la recourante à hauteur de 19'000 fr. et à hauteur de 500 fr. à charge de l'intimé.

#### **4.**

La recourante doit verser une indemnité de 19'000 fr. à l'intimé à titre de dépens réduits.

#### **5.**

La COMCO doit verser une indemnité de 1'000 fr. à la recourante, à titre de dépens réduits.

#### **6.**

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à la COMCO, à Pascal Emery, au Tribunal administratif fédéral, Cour II, au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR, à la O. \_\_\_\_\_ (Suisse) SA et au Conseil administratif de la Ville de Genève.



**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
 BB Bundesbeschluss  
 BBI Bundesblatt  
 BG Bundesgesetz  
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
 BGer Bundesgericht  
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
 BR Bundesrat  
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
 BV Bundesverfassung  
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
 CE Communauté Européenne  
 CE Conseil des Etats  
 CF Conseil fédéral  
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
 CO Code des obligations  
 Cost. Costituzione federale  
 CPC Code (cantonal) de procédure civile  
 CPS Code pénal suisse  
 cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
 DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
 FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
 HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
 JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

|             |   |          |   |
|-------------|---|----------|---|
| OECD        | Organisation for Economic Cooperation and Development                                     | SMI      | Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)           |
| OFAP        | Office fédéral des assurances privées   | SR       | Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)                           |
| OG          | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege                                 | StGB     | Schweizerisches Strafgesetzbuch   |
| OGer        | Obergericht   | StR      | Ständerat   |
| OJ          | Loi fédérale sur l'organisation judiciaire  | SZW      | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)                 |
| OMC         | Organisation mondiale du commerce   | <b>T</b> |   |
| OMP         | Ordonnance sur les marchés publics  | TA       | Tribunal administratif  |
| OR          | Obligationenrecht   | TApp     | Tribunale d'Appello   |
| OTVA        | Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée                                       | TC       | Tribunal cantonal / Tribunale cantonale                                 |
| <b>P</b>    |   | TF       | Tribunal fédéral / Tribunale federale                                   |
| PA          | Loi fédérale sur la procédure administrative  | THG      | Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse                           |
| PCF         | Loi fédérale sur la procédure civile fédérale   | TRIPS    | Trade Related Aspects on Intellectual Property                          |
| PJA         | Pratique Juridique Actuelle (=AJP)  | <b>U</b> |   |
| Pra.        | Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts   | UE       | Union Européenne  |
| PrHG        | Produktehaftpflichtgesetz   | UFIAML   | Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro     |
| Publ.CCSPr  | Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix | URG      | Bundesgesetz über das Urheberrecht                                      |
| PüG         | Preisüberwachungsgesetz   | URP      | Umweltrecht in der Praxis (=DEP)  |
| <b>Q</b>    |   | UWG      | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb                             |
| <b>R</b>    |   | <b>V</b> |   |
| RDAF        | Revue de droit administratif et de droit fiscal   | VKKP     | Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers       |
| RDAT        | Rivista di diritto amministrativo ticinese  | VKU      | Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen         |
| RDS         | Revue de droit suisse (=ZSR)  | VoeB     | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen                       |
| REKO/WEF    | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  | VPB      | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)                            |
| Rep. Patria | Repertorio di Giurisprudenza  | VwVG     | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren                              |
| RJB         | Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)  | <b>W</b> |   |
| RO          | Recueil officiel des lois fédérales (=AS)   | WTO      | Welthandelsorganisation (World Trade Organization)                      |
| RPW         | Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)  | WuW      | Wirtschaft und Wettbewerb   |
| RR          | Regierungsrat   | <b>X</b> |   |
| RS          | Recueil systématique des lois fédérales (=SR)   | <b>Y</b> |   |
| RSDA        | Revue suisse de droit des affaires (=SZW)   | <b>Z</b> |   |
| RSJ         | Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)  | ZBGR     | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF) |
| RSPI        | Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)  | ZBJV     | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)                        |
| <b>S</b>    |   | ZBI      | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht           |
| SAV         | Schweizerischer Anwaltsverband  | ZGB      | Schweizerisches Zivilgesetzbuch   |
| SchKG       | Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs   | ZPO      | Zivilprozessordnung   |
| SHAB        | Schweizerisches Handels-amtsblatt   | ZSR      | Zeitschrift für schweizerisches Recht                                   |
| SJ          | La semaine judiciaire   |          |   |
| SJZ         | Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)  |          |   |

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 401, 405 f., 425 f., 428, 434 f., 439, 441, 443, 452 ff., 456, 463
- Abrede 285, 318, 345, 369, 372, 374, 385 f., 401 ff., 408, 410 ff., 414, 416, 425 ff., 434, 436, 439 ff., 445, 448 f., 452 ff., 467 f., 470, 521, 561
- Acquiring -
- Anhörung -
- Apotheker/innen 318, 322, 326, 328, 330, 340, 367
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 281, 423, 432, 449
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee 456
- E**
- Effizienzgründe 401, 414, 416, 458
- Effizienzprüfung 458
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 402 f., 409 ff., 414 f., 465 ff.
- Erheblichkeit 453, 457
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen 391
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 413
- Interchange Fee 456
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 295 f., 299 ff., 328 ff., 335, 340
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 267, 281, 286, 292, 317, 327, 346, 360, 363, 374
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 367
- Kreditkarten 456
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 551
- M**
- Marktaufteilung 440
- marktbeherrschende Stellung 273, 283, 286 ff., 291, 295, 313, 316, 320, 325 ff., 344, 347 f., 358, 360, 362, 364, 368 ff., 372, 376, 378, 380, 382, 386
- Marktgegenseite 273, 288, 292, 299, 302 f., 305 ff., 310 f., 313, 321 f., 329, 335, 340, 343 f., 348 ff., 365 ff., 371, 376, 428, 432, 444 ff., 461
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 331, 343, 362, 375, 433 f., 441
- Marktzutrittsschranken 300, 380, 392
- Meldepflicht 266 f., 282, 286 ff., 315, 319 f., 346 ff., 364, 370, 374, 376, 380
- Missbrauch 273, 408 f., 461, 468, 533, 551
- N**
- Netzwerk 288, 314, 355 ff.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 329, 406, 426, 435
- potenzieller Wettbewerb 340 f.
- Preisabrede 401, 403 ff., 408, 412, 416, 445, 449, 453 ff., 462 ff., 470
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 538
- R**
- Rabatte 273, 298, 337, 453 ff.
- Reduktion der Sanktion 466, 468
- S**
- Sanktionen 342, 469, 521
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 456

---

Submissionskartell -

**T**

Tarife 421, 432

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 289, 401 ff., 406 ff., 410, 412 ff., 419 f., 434  
ff., 438 f., 442 f., 445 ff., 462, 464 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 401 f., 425, 453, 458, 461

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 319, 376, 412

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X****Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte 288