

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

2018/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.18/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

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

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2018/3

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.

Oktober/octobre/ottobre 2018

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission ¹
	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	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

¹ 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.

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

¹ 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.

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza ¹
	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	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

¹ 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	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
3.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Spitalplanung Akutsomatik 2017 des Kantons St. Gallen: Ablehnung Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen	497
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
1.	Beratung Änderung Aktionärsstruktur	505
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1.	Supermédia	508
2.	Währungswchselkurse: Zwischenverfügung vom 17. November 2018 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG	590
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	AXA SA/XL Group Ltd.	597
2.	Vontobel Holding AG/Notenstein La Roche Privatbank AG	599
3.	Lenovo Group Limited/Fujitsu Limited/Fujitsu Client Computing Limited	601
4.	Carl Zeiss AG/Deutsche Telekom AG	605
5.	Continental Automotive/Alstom/EasyMile	608
6.	Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG	616
7.	Kontrollübernahme von Mövenpick Hotels & Resorts Management AG, MP Invest AG und MP Hotel Invest AG durch Accor S.A.	678
8.	Partners Group AG/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited	684
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
1.	Urteil vom 3. Mai 2018 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen Wettbewerbskommission – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket	687
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Arrêt du 18 mai 2018 – Recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 décembre 2015 – Cartels, sanction, articles de sport	699
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	712
	Index (deutsch, français e italiano)	714

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	3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 1.3	1. Spitalplanung Akutsomatik 2017 des Kantons St. Gallen: Ablehnung Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen

A **Sachverhalt**

A.1 **Anzeige**

A.1.1 **Anträge**

1. Die Gesuchstellerinnen stellen folgende Rechtsbehörden:

1. Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen (handelnd durch das Gesundheitsdepartement, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen) sei anzuweisen, die Klinik Stephanshorn AG vorsorglich für die Dauer einer Untersuchung (Art. 27 Kartellgesetz [KG]) vor der WEKO auf die Spitalliste Akutsomatik 2017 aufzunehmen für die SPLG- Leistungsgruppen GEF2/ANG2 und GEF3/ANG3 sowie KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3.
2. Eventualiter: Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen (handelnd durch das Gesundheitsdepartement, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen) sei anzuweisen, die Klinik Stephanshorn AG vorsorglich für die Dauer einer Untersuchung (Art. 27 KG) vor der WEKO auf die Spitalliste Akutsomatik 2017 aufzunehmen für die SPLG- Leistungsgruppen GEF2/ANG2 und GEF3 / ANG3 sowie KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3) für Leistungen, welche die Klinik Stephanshorn AG zu Gunsten halbprivat- und privat-zusatzversicherter Patienten erbringt.
3. Die Anträge 1 und 2 seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen und ohne Anhörung der Gegenpartei anzuordnen.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen gemäss den Anträgen 1-3 sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
5. Gegen den Kanton St. Gallen (handelnd durch den Regierungsrat und das Gesundheitsdepartement, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen) sei im

Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung (Art. 27 KG) zu eröffnen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) im Rahmen der kantonalen Spitalplanung Akutsomatik 2017.

6. *Es sei festzustellen, dass der Kanton St. Gallen (handelnd durch den Regierungsrat und das Gesundheitsdepartement, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen) seine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, indem er neue Leistungsaufträge in der Spitalplanung Akutsomatik 2017 (insbesondere in den SPLG-Leistungsgruppen GEF2/ANG2 und GEF3/ANG3; KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3; GYN1.1, GYN1.2) ausschliesslich dem Kantonsspital St. Gallen zuwies und damit die Klinik Stephanshorn nicht nur auf dem Markt für obligatorisch versicherte, sondern insbesondere auf dem Markt für zusatzversicherte, stationäre akutsomatische Leistungen behinderte.*
7. *Die Hirslanden AG und die Klinik Stephanshorn AG seien als Parteien mit vollen Parteirechten (Art. 43 Abs. 1 KG; Art. 6 Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]) an einer Untersuchung (Art. 27 KG) zu beteiligen.*

A.1.2 **Begründung**

2. Die Gesuchstellerinnen bringen vor, dass der Regierungsrat des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Regierungsrat) mit der Spitalplanung Akutsomatik 2017 gegen Art. 7 KG verstosse, da damit gezielt der Wettbewerb im Kanton St. Gallen auf dem Markt für die Erbringung stationärer Leistungen zu Lasten der Zusatzversicherung (nachfolgend: ZV) beeinträchtigt werde.

3. Im Einzelnen rügt die Gesuchstellerin die folgenden Vorgehensweisen des Regierungsrates:

- Über die Spitalplanung 2017 errichte der Regierungsrat zu Gunsten des Kantonsspitals St. Gallen (nachfolgend: KSSG), dessen Eigener der Kan-

ton St. Gallen sei, in diversen Leistungsbereichen ein Versorgungsmonopol.

- Der Regierungsrat missachte die krankensversicherungsrechtliche Vorgabe, wonach Privatspitäler in die kantonale Spitalplanung angemessen einzubeziehen seien (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG)
- Die Klinik Stephanshorn werde bei der Erteilung von Leistungsaufträgen vom Regierungsrat diskriminiert, was der Klinik Stephanshorn verunmögliche, obligatorisch versicherte stationäre Leistungen im Bereich dieser Leistungsgruppen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (nachfolgend: OKP) und des Kantons gemäss Art. 49a KVG zu erbringen bzw. ihr Leistungsangebot weiter auszubauen.
- Aufgrund der Vorgehensweise des Regierungsrates würden sogenannte «spill-over» Effekte in den ZV-Bereich entstehen, da die Klinik Stephanshorn mangels Platz auf der Spitalliste auch weniger Zusatzversicherte Patienten anziehen werde, weil die Kosten der Grundversicherung (Sockelbeitrag) nicht vom Kanton übernommen würden. Die Klinik Stephanshorn werde folglich daran gehindert, im Kanton St. Gallen in Konkurrenz zum KSSG stationäre Leistungen zu Lasten der ZV zu erbringen.

A.2 Verfahrensgeschichte

4. Die Anzeige der Klinik Stephanshorn ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 20. September 2017 ein. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2017 teilte das Sekretariat den Gesuchstellerinnen mit, dass angesichts der Beschwerde der Klinik Stephanshorn beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) die Anzeige aus verfahrensökonomischen Gründen gegenwärtig nicht bearbeitet werde. Die Gesuchstellerinnen reichten am 5. Oktober und am 20. Oktober 2017 weitere Informationen zum Verfahren vor BVGer ein.

5. Am 20. Februar 2018 reichte die Klinik Stephanshorn ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen und Eröffnung einer Untersuchung ein. Es wurde beantragt, die vorsorglichen Massnahmen seien ohne Anhörung des Regierungsrats St. Gallen zu erlassen (Ziffer 3 Ihrer Rechtsbegehren) – d.h. sie seien superprovisorisch zu treffen –, worauf das Sekretariat mit Schreiben vom 5. März 2018 reagierte. Das Sekretariat teilte darin mit, dass keine superprovisorischen Massnahmen verfügt würden, da die notwendige qualifizierte Dringlichkeit für den Erlass superprovisorischer Massnahmen nicht vorliege. Zudem stellte das Sekretariat sachverhaltsklärende Fragen, welche von der Klinik Stephanshorn mit Schreiben vom 13. März 2018 beantwortet wurden.

6. Das BVGer hat am 5. März 2018 den Spitalplanungsentscheid Akutsomatik 2017 für die Leistungsgruppen GEF2/ANG2, GEF3/ANG3, KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR 1.3, GYN1.1 und GYN1.2 aus formellen Gründen (Verletzung von Verfahrensrechten) aufgehoben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Für die Dauer des Verfahrens hatte das BVGer von den beantragten vorsorglichen Massnahmen diejenigen für die Leistungsgruppen GYN1.1 und GYN1.2 bewilligt und

die übrigen (für die Gefässchirurgie und Kardiologie) abgewiesen.

7. Am 28. März 2018 wurde die Anzeige der Klinik Stephanshorn dem Regierungsrat zugestellt. Daraufhin hat das Sekretariat am 5. April 2018 ein technisches Gespräch mit Vertretern des Gesundheitsdepartements St. Gallen geführt. Ziel des Gesprächs waren einerseits die Informationsgewinnung, andererseits legte das Sekretariat die möglichen wettbewerbsrechtlichen Probleme in der Spitalplanung Akutsomatik 2017 dar. Sodann wurde dem Regierungsrat mit Schreiben vom 10. April 2018 eine Frist zur Stellungnahme bis 24. April 2018 gesetzt. Zudem wurde am 12. April 2018 ein Auskunftsbegehren zwecks weiterer Informationsgewinnung an den Regierungsrat gestellt und dieser nahm am 24. April 2018 zur Anzeige Stellung und beantwortete das Auskunftsbegehren am 4. Mai 2018.

A.3 Stellungnahme des Regierungsrats

8. Der Regierungsrat beantragt in seiner Stellungnahme vom 24. April 2018, dass vor Eröffnung einer allfälligen Untersuchung das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) und die Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und –direktoren (GDK) zur Stellungnahme einzuladen. Sollte eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet werden, beantragt der Regierungsrat den Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung zur Klärung der Frage, ob einem Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden nicht vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG entgegenstehen. Des Weiteren beantragt der Regierungsrat die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen der Klinik Stephanshorn.

9. Der Regierungsrat bringt vor, dass Art. 39 KVG und Art. 58 KVV vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 KG darstellen und verweist auf das Gutachten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) vom 19. April 2010 in Sachen Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich.¹

10. Des Weiteren macht der Regierungsrat geltend, dass der Kanton vorliegend hoheitlich handle und somit kein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 1 KG) darstelle, womit das Kartellgesetz nicht anwendbar sei. Der Kanton als Planer frage keine Leistungen nach, sondern stelle unter Berücksichtigung der bundesrechtlichen Vorgaben eine adäquate medizinische Versorgung sicher.

11. Der Regierungsrat legt dar, dass das KSSG und der Kanton keine wirtschaftliche Einheit bildeten und sie kein gemeinsames Unternehmen darstellten, mangels Konzernstruktur und der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des KSSG.

12. Bezüglich der vorsorglichen Massnahmen bringt der Regierungsrat vor, dass diese abzulehnen seien, da die Hauptsachenprognose höchst unklar sei, kein leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe, es an der Verhältnismässigkeit fehle und keine geforderte Dringlichkeit bestehe.

¹ Vgl. RPW 2010/2, 424, *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*.

13. Sodann legt der Regierungsrat das Spannungsfeld zwischen Planung und Wettbewerb im stationären Gesundheitswesen dar und zeigt Gründe auf, warum für Leistungsgruppen der regionalen Endversorgung eine möglichst zentrale Organisation – d.h. eine Konzentration auf einen Anbieter – Sinn mache und bei den anderen Leistungsgruppen eine dezentrale Organisation angestrebt werde.

B Rechtliche Würdigung

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Verfahrensstadium

14. Nach Praxis der WEKO sind provisorische Anordnungen in kartellrechtlichen Verfahren grundsätzlich möglich.² Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO.³

15. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.⁴ Vor Eröffnung einer Untersuchung können Dritte, die eine Wettbewerbsbehinderung geltend machen, keine Parteirechte ausüben. Soweit sie den Antrag auf Durchführung einer Vorabklärung bzw. die Eröffnung einer Untersuchung stellen und in diesem Rahmen bestimmte Massnahmen beantragen, kommt ihnen die Stellung von Anzeigern zu.

16. Über vorsorgliche Massnahmen ist grundsätzlich in Form einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG⁵ zu entscheiden. Dies gilt jedoch nur, wenn der Entscheid im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG gefällt wird. Wird ein Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen hingegen vor Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt, stellt dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG dar⁶, weshalb das Sekretariat zuständig ist.

B.1.2 Geltungsbereich und Vorbehaltene Vorschriften

17. Für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf einen Sachverhalt müssen einerseits die zur Diskussion stehenden Wirtschaftssubjekte Unternehmen gemäss Art. 2 KG (Geltungsbereich, dazu nachstehend) darstellen, andererseits dürfen keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 KG (vorbehaltene Vorschriften, B.1.2.2) bestehen.

B.1.2.1 Geltungsbereich

18. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Entsprechend können auch öffentlich-rechtliche Körperschaften als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden, sofern sie in Konkurrenz mit Privaten unternehmerisch am Markt auftreten.

19. Den Kantonen kommt im Bereich der Spitalplanung eine problematische Mehrfachrolle zu. Sie sind nicht nur zuständig für die Planung im Hinblick auf eine bedarfsgerechte Versorgung mit stationären Spitaldienstleistungen

(vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG i.V.m. Art. 117 BV), sondern treten daneben als Betreiber von Spitälern auf.⁷ Wie in der Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern festgehalten wurde, ist es grundsätzlich möglich, dass auch der Kanton je nach Sachlage als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren und folglich diesem unterstellt ist.⁸

20. Im Gutachten zur Spitalplanung 2012 des Kantons Zürich wurden Anhaltspunkte dafür erwogen, dass der Kanton beim Verfahren für die Festlegung der Spitallisten als Unternehmen zu qualifizieren ist. Bei der Spitalplanung kann zwischen der Bedarfsplanung und der Bedarfssicherung unterschieden werden.⁹ Bei der Bedarfsplanung evaluiert der Kanton die Bedürfnisse seiner Wohnbevölkerung nach stationären Spitaldienstleistungen, die notwendig sind, um die Grundversorgung sicherzustellen. Dabei handelt der Kanton hoheitlich und nicht unternehmerisch. Bei der Bedarfssicherung wählt der Kanton zwischen verschiedenen Anbietern von stationären Spitaldienstleistungen aus und setzt diese für die verschiedenen Leistungsgruppen auf die Spitalliste. Die entsprechende Auswahl sollte im Rahmen einer Ausschreibung ähnlichen Verfahrens erfolgen.¹⁰ Diese Phase der Bedarfssicherung ist vorliegend relevant. Gemäss Art. 49a Abs. 2 KVG hat der Kanton sodann mindestens 55 Prozent der Tarife für von Listenspitälern erbrachte stationäre Leistungen zu übernehmen und finanziert diese damit zu einem überwiegenden Teil. Damit ist der Kanton als Nachfrager von akutsomatischen stationären Spitaldienstleistungen in den Wirtschaftsprozess involviert und er kommt bei der Bedarfssicherung der kartellrechtlichen Definition eines Unternehmens sehr nahe.¹¹ Daran ändert auch nichts, dass bei der Spitalplanung die Phasen der hoheitlichen „Bedarfsplanung“ und der „Bedarfssicherung“ ineinandergreifen und beim Listenentscheid Kriterien wie die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringer zu berücksichtigen sind.¹²

² Vgl. RPW 1999/2, 209 Rz 14, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*; vgl. Auch STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstutz/Reinert (Hrsg.), 2010 (nachfolgend: BSK-KG), Art. 39 N 104.

³ RPW 2014/2, 388 Rz 9, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁴ RPW 2014/2, 388, Rz 8 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁶ Vgl. BGE 130 II 521, 523 ff. E. 2.

⁷ RPW 2010/2, 424, Rz 20, *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*.

⁸ RPW 2008/4, 544, Rz 27 m.w.H., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

⁹ Vgl. RPW 2010/2, 424, Rz 21 ff., *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*.

¹⁰ RPW 2010/2, 424, Rz 38, 40, *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*.

¹¹ Vgl. RPW 2010/2, 427, Rz 24 und Fn 40, *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*. Der Umstand, dass ein Spital (nicht mehr) dem Kanton gehört, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, da er als Nachfrager und nicht als Anbieter von stationären Leistungen via Kantonsspital tätig ist.

¹² Zu den verschiedenen Überlegungen in diesem Zusammenhang und der in der Rechtsprechung gestützt auf das frühere KVG entwickelten Ansicht, dass der Kanton nicht im klassischen Sinne selbst Produkte oder Dienstleistungen nachfragt, sondern die notwendigen Gesundheitsdienstleistungen zugunsten seiner Kantonsbevölkerung mittels Planung sicherstellt und somit hoheitlich handelt, vgl. RPW 2010/2, 424, Rz 23 ff., *Gutachten betreffend Spitalplanung 2012*.

21. Da die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen, wie in Rz 25 ff. dargelegt wird, an den materiellen Voraussetzungen (keine günstige Entscheidprognose und kein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil) scheitert, kann die Frage nach der Unternehmensstellung des Kantons St. Gallen in diesem Zusammenhang offengelassen werden.

B.1.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

23. Art. 39 Abs. 2 KVG statuiert, dass die Kantone die Spitalplanung koordinieren. Im Gutachten zur Spitalplanung 2012 des Kantons Zürich wurde festgehalten, dass das Kartellgesetz wegen vorbehaltenen Vorschriften nicht auf die Spitalplanung anwendbar ist. Aufgrund der Rechtsprechung des BVGer zur Anwendung des seit 2009 in Kraft stehenden Art. 39 KVG erscheint seit Herausgabe des WEKO-Gutachtens eine Neubeurteilung dieser Fragestellung in Bezug auf das Vorgehen der Kantone bei der Bedarfssicherung angezeigt.

24. Da indes vorliegend die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben sind (vgl. nachstehend), kann in diesem Zusammenhang offengelassen werden, ob vorbehaltene Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG bestehen.

B.2 Materielle Voraussetzungen

B.2.1 Allgemeines

25. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.¹³

26. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind kumulativ (1) eine günstige Entscheidprognose, (2) ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil, (3) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (4) die Verhältnismässigkeit der Anordnung. Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden.¹⁴

27. Da die genannten Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ erfüllt sein müssen, erübrigt sich die Prüfung aller vier Voraussetzungen, wenn sich erweist, dass bereits eine nicht erfüllt ist.¹⁵ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, fehlt es am Erfordernis einer günstigen Entscheidprognose wie auch dem nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil, weshalb das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzulehnen ist. Damit wird auch die gegenwärtige Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 26 oder 27 KG obsolet.

B.2.2 Entscheidprognose

28. Die Prüfung der Entscheidprognose hat zum Gegenstand, wie ein späterer Hauptentscheid voraussichtlich ausfallen würde. Vorliegend ist somit zu prüfen, ob es glaubhaft ist, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

29. Die Klinik Stephanshorn macht geltend, der Kanton St. Gallen (handelnd durch den Regierungsrat) verhalte sich unzulässig i.S.v. Art. 7 KG, indem er seine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Spitalplanung dahingehend missbrauche, dass er die Klinik Stephanshorn bei der Vergabe von Listenaufträgen im Rahmen der Spitalplanung Akutsomatik 2017 diskriminiere.

B.2.2.1 Marktbeherrschende Stellung

30. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob der Kanton St. Gallen sich in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

31. Wie schon in Rz 20 festgehalten wurde, ist vorliegend die Bedarfssicherung relevant, bei welcher der Kanton zwischen Anbietern von stationären Spitaldienstleistungen auswählt und die ausgewählten Anbieter dann in Form einer Spitalliste konkretisiert. Die Marktgegenseite des Kantons sind folglich die Spitäler, welche die stationäre Behandlung akuter Krankheiten oder die stationäre Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation anbieten. Dabei kann weiter zwischen dem Bereich akutstationärer Spitaldienstleistungen zulasten der Grundversicherung und demjenigen zulasten der Zusatzversicherung unterschieden werden.¹⁶ Die Bedarfssicherung bezieht sich auf den Grundversicherungsbereich, bei welchem der Kanton als eine Art Gatekeeper den Zugang zum Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich bestimmt.

32. Anhand der vorgenommenen prima facie Würdigung ist es glaubhaft, dass dem Kanton St. Gallen im Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Grundversicherungsbereich eine marktbeherrschende Stellung auf der Nachfrageseite zukommen könnte.

¹³ RPW 2014/2, 388, Rz 14 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

¹⁴ RPW 2014/2, 388, Rz 15 m.w.H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

¹⁵ Vgl. BGE 130 II 149, 160 E. 3.5 (= RPW 2004/2, 649 E. 3.5), *Sellita/ETA*.

¹⁶ Stellungnahme der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 18. September 2017 betreffend Universitätsspital Basel/Kantonsspital Basel-Land, Rz 94 (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html>).

B.2.2.2 Missbrauch

33. Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Art. 7 Abs. 2 KG zählt exemplarisch solche Verhaltensweisen auf. Im vorliegenden Fall werden Art. 7 Abs. 2 Bst. a (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) und Bst. b (Diskriminierung von Handelspartnern) KG von den Gesuchstellerinnen geltend gemacht.

34. Im Einzelnen bringen die Gesuchstellerinnen vor, dass der Kanton St. Gallen seine beherrschende Stellung im Bereich der Spitalplanung gezielt einsetze, um die Klinik Stephanshorn vom Markt für die Erbringung obligatorisch versicherter, akutsomatischer Leistungen fernzuhalten. [...] Entsprechend – und als direkte Folge dieses Verhaltens – behindere er die Klinik Stephanshorn gezielt, in diesen Leistungsbereichen akutsomatische Leistungen zu Lasten der ZV zu erbringen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG).¹⁷ Zudem diskriminiere der Kanton St. Gallen die Klinik Stephanshorn in der Spitalplanung 2017, insbesondere bei der Umsetzung der Endversorgerstrategie, im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.¹⁸

35. Was den ZV-Bereich betrifft, ist zuerst festzuhalten, dass die Leistungen der ZV zur Grundversicherung komplementär sind. Wie von den Gesuchstellerinnen zutreffend festgehalten wurde, hat der OKP-Bereich Auswirkungen auf den ZV-Bereich (sog. spill overs). Diese sind grundsätzlich systemimmanent. Die entsprechenden zu erbringenden Leistungen im ZV-Bereich sind ausserdem nicht operationsspezifisch oder spezifisch für bestimmte Leistungsgruppen, sondern es sind allgemeine Dienstleistungen, welche grundsätzlich unabhängig von den konkret erteilten Leistungsaufträgen erbracht werden können. Da keine Indizien vorliegen, wonach die Klinik Stephanshorn in ihrer Tätigkeit im ZV-Bereich generell eingeschränkt oder aber gezielt benachteiligt würde, erscheint ein Missbrauch im Bereich der ZV als nicht glaubhaft. Die Nichterteilung einer Leistungsgruppe im Grundversicherungsbereich kann folglich vorliegend nicht als Missbrauch im Zusatzversicherungsbereich geltend gemacht werden, sondern nur als logische Folge eines allfälligen Missbrauches bei der Wahl des Anbieters bei der Erteilung einer Leistungsgruppe im Grundversicherungsbereich.

36. Da die Gesuchstellerinnen die Vergabe der Leistungsaufträge – die Bedarfssicherung der Spitalplanung – beanstanden, machen Sie den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch im Bereich der OKP geltend, da sich die Spitalplanung auf den OKP-Bereich bezieht und sich primär dort auswirkt. Deswegen wird folgend ebenfalls auf das Verhalten des Kantons bei der Spitalplanung und konkret der Bedarfssicherung im Bereich der OKP eingegangen.

37. Bevor Äusserungen zu einem allfälligen Missbrauch gemacht werden können, ist festzuhalten, dass seitens der Wettbewerbsbehörden die Anwendung des Kartellgesetzes nur im Rahmen der vom KVG festgelegten Grundsätze im Spitalbereich bzw. in der Spitalplanung erfolgen kann. Gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG müssen die privaten Trägerschaften angemessen in die Spi-

talplanung einbezogen werden. Weiter werden insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Kosteneindämmung, Abbau von Überkapazitäten, optimale Ressourcennutzung und bedarfsgerechte Spitalversorgung anerkannt.

38. Von den Kantonen wurden im Bereich der Spitalplanung in Anwendung der Vorschriften des KVG die in Rz 37 erwähnten Grundsätze konkretisiert (z.B. Angebotskonzentration, Mindestfallzahlen) und vom BVGer bestätigt¹⁹. Vorliegend werden nicht die genannten Kriterien und deren Konkretisierung in Frage gestellt, sondern die Anwendung dieser auf einen möglichen Missbrauch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht überprüft. Geprüft wird folglich, ob und inwiefern es glaubhaft ist, dass der Kanton bei der Bedarfssicherung im Rahmen der Spitalplanung 2017 und damit auch der Anwendung und Konkretisierung der KVG-Grundsätze missbräuchlich gehandelt hat.

39. Was die angemessene Berücksichtigung der privaten Trägerschaften betrifft, ist festzustellen, dass der Regierungsrat an diverse Spitäler, darunter auch private, Leistungsaufträge erteilt hat und dies anscheinend ohne, dass sich jene beschwert hätten. Grundsätzlich hat der Regierungsrat demnach private Trägerschaften berücksichtigt.

40. Die Klinik Stephanshorn erhielt im Jahr 2018 konkret 51 Leistungsaufträge vom Regierungsrat zugesprochen, weswegen eine Mitberücksichtigung auch der Klinik Stephanshorn prima facie stattgefunden hat. Auch die wirtschaftliche Entwicklung der Klinik Stephanshorn in den letzten Jahren spricht für die Mitberücksichtigung der Klinik Stephanshorn bei der Spitalplanung. Dazu wurden die Spitalunternehmen mit Schreiben vom 16. September 2016 zum Bewerbungsverfahren für die Spitalliste Akutsomatik 2017 eingeladen. Zu diesem Zeitpunkt galten u.a. bereits die Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der regionalen Endversorgung, so dass die Vergabekriterien grundsätzlich für alle Spitalunternehmen von Beginn weg hätten ersichtlich sein können.

41. Vorsorgliche Massnahmen wurden bei der WEKO ausschliesslich betreffend die Leistungsgruppen GEF2/ANG2, GEF3/ANG3 und KAR1.1, KAR1.1.1, KAR1.2, KAR1.3 beantragt. Die Leistungsaufträge für diese Leistungsgruppen wurden von der Klinik Stephanshorn neu beantragt (es handelt sich somit um einen Ausbau der angebotenen Leistungen) und vom Regierungsrat abgewiesen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Regierungsrat bei der Ablehnung der Bewerbung für diese neu beantragten Leistungsgruppen missbräuchlich vorgegangen ist.

42. Die Gesuchstellerinnen bringen vor, dass der Regierungsrat eine unzulässige Monopolisierungsstrategie verfolge, indem er dem KSSG unter ihr nicht nachvollziehbaren Gründen diese Leistungsgruppen zuspricht und nicht der Klinik Stephanshorn.

¹⁷ Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vom 20. Februar 2018, S. 25 f.

¹⁸ Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vom 20. Februar 2018, S. 25 f.

¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016.

I. Konzentration der Gefässchirurgie

43. Der Klinik Stephanshorn wurden bei der Spitalplanung im Jahr 2014 im Bereich der Gefässchirurgie keine Leistungsaufträge erteilt, da sie gemäss dem Regierungsrat die nötigen Fallzahlen nicht erreicht hatte.²⁰ In der Absicht, den Leistungsauftrag bei genügend hohen Fallzahlen zu erhalten, baute die Klinik Stephanshorn ihr Zentrum für Gefässchirurgie in Zusammenhang mit dem Bewerbungsverfahren für die Spitalliste 2017 aus. Von den erneut beantragten Leistungsaufträgen im Bereich der Gefässchirurgie (GEF1, GEF2 und GEF3) erhielt sie aber nur einen (GEF1/ANG1), obwohl sie laut eigener Aussage die Kriterien für alle drei erfüllen würde. Eine Folge des Missbrauchs sieht die Klinik Stephanshorn auch darin, dass kein weiterer Anbieter versuchen werde, in diesen Leistungsgruppen mit dem KSSG zu konkurrieren²¹, wenn selbst bei einer wirtschaftlicheren Arbeitsweise eines weiteren Anbieters trotzdem das KSSG die Aufträge erhalten werde.

44. Der Regierungsrat begründet sein Vorgehen allgemein in Bezug auf die Konzentration von bestimmten Leistungsgruppen in einem Zentrum damit, dass bei den entsprechenden Leistungsgruppen die regionale Endversorgung, die Anforderungen an die medizinische Interdisziplinarität, die Notfallbereitschaft, die optimale Ressourcennutzung und die Seltenheit der Leistungen dies bedingen würden. Betrachtet man die entsprechenden Leistungsgruppen, bei welchen er sich auf eine regionale Endversorgungsstrategie beruft, so zeigt sich, dass der Regierungsrat diese konsequent im KSSG resp. im Ostschweizer Kinderspital konzentriert hat.²² In diesem Zusammenhang fehlen folglich Indizien für eine inkonsistente Vorgehensweise und damit einen möglichen Missbrauch.

45. Darüber hinaus scheint der Regierungsrat keine neuen Zuteilungskriterien bei den einzelnen Leistungsgruppen der Gefässchirurgie eingeführt zu haben. Diese entsprechen prima vista grundsätzlich denjenigen gemäss Entscheid des BVGer vom 26. April 2016.²³ Das BVGer hat damals die Spitalplanung des Regierungsrates und die dabei angewandten Kriterien (Wirtschaftlichkeitsprüfung, Kosteneindämmung, Abbau von Überkapazitäten etc.) geschützt und die Nichtaufnahme der Klinik Stephanshorn in die Spitalliste im Bereich Gefässchirurgie vom BVGer als zulässig erachtet. Das BVGer führte aus, dass „mit der kantonalen Spitalplanung nicht nur die bedarfsgerechte Spitalversorgung der Bevölkerung gewährleistet werden [soll], sondern auch eine Kosteneindämmung und namentlich der Abbau von Überkapazitäten [bzw. das Verhindern des Ausbaus von Kapazitäten] angestrebt werden. [...] Zur Leistungserbringung zulasten der OKP sind daher – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – grundsätzlich nur so viele Spitäler zuzulassen (bzw. Leistungsaufträge zu erteilen) als für die Deckung des Bedarfs erforderlich sind. Ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste besteht nicht.“²⁴ Es hat weiter festgestellt, dass in Bezug auf die Kosteneindämmung der Kanton im Rahmen der optimalen Ressourcennutzung eine Konzentration des Angebots vornehmen und gewisse Leistungsgruppen in einem Zentrum anbieten kann. Zudem dient gemäss BVGer die Vorgabe von Mindestfallzahlen einerseits der

Qualitätssicherung und andererseits der Förderung der Effizienz und Wirtschaftlichkeit.²⁵

46. Das bedeutet, dass den Gesuchstellerinnen die „Spielregeln“ für die Vergabe dieser Leistungsgruppe bekannt waren oder zumindest hätten sein können und sich diese seit dem Entscheid des BVGer vom 26. April 2016 nicht verändert haben. Ergo wurden die Gesuchstellerinnen nicht damit überrascht, dass die „Spielregeln“ unerwartet oder unvermittelt geändert wurden und diese sind an sich KVG-konform. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchstellerinnen indirekt zu Recht eine auf die missverständliche Argumentation des Regierungsrates in Zusammenhang mit den Mindestfallzahlen verweisen. Wird eine Dienstleistung erst ab einer bestimmten Mindestfallzahl als effizient erachtet, so würde eine Leistungserbringung durch einen weiteren Anbieter erst bei einer doppelt so grossen Nachfrage Sinn machen. Dass dies je höher die Zahl desto eher via Mengenausweitung erreicht würde, ist eine nachvollziehbare Argumentation. Ebenso erwecken aber tiefere Mindestfallzahlen als eines von mehreren Zuteilungskriterien verwendet den Anschein, bei deren Erreichen grundsätzlich eine Chance auf Zulassung nach den Kriterien der Wirtschaftlichkeit zu haben.

47. Gestützt darauf ist prima facie nicht ersichtlich, dass ein missbräuchliches Verhalten von Seiten des Kantons betreffend das Ziel, das Angebot im Bereich der Gefässchirurgie zu konzentrieren, vorliegt.

II. Konzentration der Kardiologie

48. Die Gesuchstellerinnen bringen vor, dass der Regierungsrat im Bereich Kardiologie ebenfalls eine unzulässige Monopolisierungsstrategie verfolge. Die Klinik Stephanshorn verfüge über die nötigen Voraussetzungen, um Listenaufträge im Bereich Kardiologie wahrnehmen zu können. Der Regierungsrat versuche durch die alleinige Vergabe der Leistungsaufträge an das KSSG, mögliche Wettbewerber aus dem Markt zu drängen.

49. Betreffend Kardiologie brachte der Regierungsrat St. Gallen im Bericht zur Spitalplanung Akutsomatik 2017 vom 20. Juni 2017 zum Ausdruck, warum der Leistungsauftrag Kardiologie der Klinik Stephanshorn nicht erteilt wurde (S. 95 ff.). Der Regierungsrat rechtfertigte sein Handeln dadurch, dass bei einer zu grossen Streuung der Listenaufträge massiv höhere Kosten entstehen würden, was mit dem Kostendämpfungsziel nicht vereinbar sei. Auch bringt der Regierungsrat Qualitätsgründe vor, welche für eine Ablehnung des Gesuchs der Klinik Stephanshorn sprächen.

²⁰ Vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016, E.5.4.5.

²¹ Vgl. Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vom 20. Februar 2018, S. 8.

²² Ausgenommen ist der Bereich der Herzchirurgie, welcher an das Universitätsspital Zürich und die Hirslanden Klinik Zürich vergeben wurde.

²³ Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016.

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016, E.5.4.2.

²⁵ Vgl. Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016, E. 5.4.3.

50. Was die Kriterien für die Wahl der Leistungserbringer für die Kardiologie betrifft, kann grundsätzlich auf die Ausführungen und die Schlussfolgerungen zur Gefässchirurgie verwiesen werden.²⁶ Eine missbräuchliche Verhaltensweise durch den Kanton betreffend das Ziel, das Angebot in der Leistungsgruppe der Kardiologie zu konzentrieren, ist deshalb prima facie nicht vorliegend.

III. Konzentration beim KSSG

51. In Ziffer I (siehe Rz 43 ff.) sowie in Ziffer II (siehe Rz 48 f.) wurde dargelegt, weshalb eine Konzentration für die um vorsorgliche Massnahmen ersuchten Leistungsgruppen nicht missbräuchlich scheint. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht indes fraglich ist, inwiefern die Konzentration stets beim KSSG und nicht bei einem anderen Anbieter i.c. der Gesuchstellerin zu erfolgen hat.²⁷ Auch das BVGer hat in Zusammenhang mit der Frage der Konzentration in bestimmten Leistungsgruppen weder festgehalten, dass dies zwingend nur die Berücksichtigung eines Anbieters oder eines Endversorgerspiitals bedeute.²⁸

52. Auch scheint das Vorgehen des Regierungsrats, insbesondere bei der Begründung der Vergabe der strittigen Leistungsgruppen, nicht immer konsistent zu sein. Leistungsgruppen nicht an neue Bewerber zu vergeben mit der Begründung der fehlenden Interdisziplinarität derselben, überzeugt nicht. Denn sollte zwischen zwei oder mehreren Leistungsgruppen eine so enge Verbindung bestehen, kann die Frage aufgeworfen werden, weshalb diese dann nicht als eine Leistungsgruppe vergeben werden resp. die Interdisziplinarität nicht als Zuteilungskriterium bei der Vergabe kommuniziert wird. Sollen Interdisziplinarität, ärztliche Aus- und Weiterbildung etc. als Zuteilungskriterien gelten, so wie es im Bericht zur Spitalplanung Akutsomatik 2017 vom Regierungsrat bzgl. der Gefässchirurgie den Anschein macht²⁹, müssen diese von Beginn weg als solche kommuniziert und sollten im Rahmen einer formellen und binnenmarktrechtskonformen Ausschreibung definiert werden. Des Weiteren wird im Bericht Spitalplanung Akutsomatik 2017 nicht ausgeführt, welche Kriterien die Klinik Stephanshorn nun erfüllt und welche nicht. Das BVGer hatte sich im Entscheid von 2016 dazu geäussert, dass eine Konzentration gegebenenfalls KVG-konform sein kann, hat aber nicht statuiert, dass diese per se beim KSSG zu erfolgen habe. Dass der Kanton von einer entsprechenden Annahme auszugehen scheint, zeigt sich exemplarisch auch an folgendem Umstand: Das KSSG baute im Jahr 2013 ein drittes Herzkatheterlabor auf, um die anscheinend erhöhte Nachfrage zu befriedigen, ohne dass der Regierungsrat einen entsprechenden Leistungsauftrag im Bereich Kardiologie ausgeschrieben und damit grundsätzlich einen anderen Anbieter erwogen hätte.

53. Eine Konzentration u.a. infolge regionaler Endversorgung muss wie erwähnt weder zwingend die Berücksichtigung nur eines Anbieters noch eines Endversorgerspiitals und damit des KSSG bedeuten. Gleichwohl scheint nach einer prima facie Würdigung und vor dem Hintergrund der Argumentation des Regierungsrates zurzeit das KSSG – im Vergleich zur Klinik Stephanshorn – in Zusammenhang mit der Konzentration der strittigen Leistungsaufträge einen Wettbewerbsvorteil

aufgrund des etablierten Anbietens im Bereich GEF und KAR aufzuweisen. Dies insbesondere wegen der schon bestehenden medizinischen Interdisziplinarität und der Notfallbereitschaft für die Leistungsgruppen GEF sowie der effizienten, qualitativ hochstehenden und flächendeckenden Notfallversorgung für die Leistungsgruppe KAR. Gestützt darauf wäre bei einer hypothetischen konsistenten Ausschreibung die Wahl des Kantons wohl die gleiche gewesen.

54. Ein missbräuchliches Verhalten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kann daraus jedenfalls nicht glaubhaft abgeleitet werden.

IV. Zwischenergebnis

55. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens durch den Kanton betreffend Klinik Stephanshorn bei der Erteilung der in Frage stehenden Leistungsgruppen nicht glaubhaft und dadurch die Entscheidprognose nicht genügend eindeutig ist, weswegen an die restlichen Kriterien hohe Anforderungen zu stellen sind.

B.2.3 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

56. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob es glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. Gemäss Lehre genügt es, wenn ein „schwerer Nachteil“ für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht. Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.³⁰

57. Besonders streng sind die Anforderungen an das Kriterium der Wiedergutmachung des Nachteils bei Leistungs- bzw. Gestaltunsmassnahmen, wie sie vorliegend beantragt sind. Das Kriterium ist erfüllt, wenn der Nachteil der Gesuchstellerinnen zu einem späteren Zeitpunkt voraussichtlich nicht mehr ermittelt oder ersetzt werden kann. Dies ist dann als gegeben zu erachten, wenn eine irreversible Strukturveränderung des Marktes droht, sich die Gesuchstellerinnen in einer existenzbedrohenden Lage befinden oder die Gefahr besteht, dass sie Kunden unwiederbringlich verlieren. Ein Kundenverlust bedeutet aber noch nicht ohne Weiteres einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Vielmehr müssen die Verluste so gross sein, dass dem Wettbewerb ein irreversibler Schaden droht bzw. die Gesuchstellerinnen während der Dauer des Hauptverfahrens in ihrer Existenz akut bedroht wären.³¹

²⁶ Vgl. Rz 44 ff.

²⁷ Vgl. auch Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016, Sachverhalt E.

²⁸ Urteil des BVGer C-4232/2014 vom 26. April 2016, E. 5.4.4.

²⁹ Vgl. Bericht zur Spitalplanung Akutsomatik 2017 des Kantons St. Gallen, S. 92.

³⁰ RPW 2014/2, 389, Rz 18, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

³¹ Vgl. RPW 2014/2, 389, Rz 19, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

58. Die Klinik Stephanshorn macht geltend, dass sie ohne Anordnung der vorsorglichen Massnahmen ihr Gefässzentrum innert kurzer Zeit schliessen müsste. Grund dafür sei der beträchtliche finanzielle Aufwand, da [...]. Mit dem fehlenden Leistungsauftrag einher gingen zudem sinkende Fallzahlen sowie die [...]. Ein abschlägiger Entscheid hätte ausserdem Signalwirkung für die übrigen Spitäler, welche sodann darauf verzichten würden, überhaupt in Wettbewerb zu treten, womit jeglicher potentielle Wettbewerb abgeschnitten werde.

59. Demgegenüber äussert sich der Regierungsrat, dass der Zuwachs der stationären Patientinnen und Patienten von 34.5 % zwischen 2012 und 2016 sowie von zehn neuen Leistungsaufträgen seit dem Jahr 2012 zeigen, dass eine wirtschaftliche Entwicklung der Klinik Stephanshorn auch ohne Leistungsauftrag für Kardiologie möglich sei.

60. Die Klinik Stephanshorn hat gewisse Anstrengungen unternommen, um als Nicht-Leistungsträgerin in Konkurrenz mit dem KSSG zu treten. Erstens ist festzustellen, dass die Klinik Stephanshorn die Leistungsaufträge KAR1 und GEF/ANG1 erhalten hat, weswegen sie weiterhin in diesen Bereichen tätig sein und darin Erträge erzielen kann. Zweitens sind die strittigen Leistungsaufträge nicht entzogen, sondern von der Klinik Stephanshorn neu beantragt worden. Es handelt sich i.c. um eine versuchte Ausweitung des Leistungsangebots, wodurch eine Verhinderung dessen nicht per se einem Nachteil gleichkommt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Klinik Stephanshorn [...], wenn es sich um einen Leistungsausbau handelt, da schon 51 Leistungsaufträge an die Klinik Stephanshorn erteilt worden sind und die Klinik ohne Weiteres Leistungen im ZV-Bereich anbieten kann. Zudem gilt zu berücksichtigen, dass die Klinik Stephanshorn zur Privatklinikgruppe Hirslanden zugehörig ist und als eine 100%-Tochtergesellschaft [...] ³². Hinzu kommt, einerseits, dass die Hirslanden Klinik Zürich gemäss Kantonsbericht schon St. Galler Patientinnen behandelt und andererseits, dass es sich bei einem der zwei umstrittenen Fachbereiche um einen Bereich mit sehr tiefen Fallzahlen handelt, wodurch der damit verbundene Umsatz begrenzt ist.

61. Schliesslich ist bei der Erwägung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils zu berücksichtigen, dass das BVGer für die Leistungsgruppen GEF2/ANG2, GE3/ANG3 und KAR1.1, KAR 1.1.1, KAR1.2, KAR1.3 den Beschluss des Regierungsrates aufgehoben und zur Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückgewiesen hat. Der Klinik Stephanshorn steht es offen, gegen den noch zu treffenden Beschluss des Regierungsrats Beschwerde vor BVGer zu führen.

62. Insgesamt erscheint es als nicht glaubhaft, dass die Klinik Stephanshorn [...] noch, dass irreversible Strukturveränderungen im Markt drohen oder sie Kunden unwiederbringlich verlieren würde.

63. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Klinik Stephanshorn und damit dem wirksamen Wettbewerb ohne Anordnung der vorsorglichen Massnahmen folglich kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen dürfte.

C Fazit

64. Mangels eindeutiger Entscheidprognose sowie einem fehlenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil kann auf die Prüfung der weiteren Kriterien zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen verzichtet werden. Folglich sind vorliegend keine verwaltungsrechtlichen vorsorglichen Massnahmen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs zu erlassen.

65. Da keine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens glaubhaft ist, verzichtet das Sekretariat auf die Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 26 ff. KG.

³² Vgl. https://www.hirslanden.ch/content/dam/corporate/downloads/de/about-us/annual-reports/Gesch%C3%A4ftsbericht%202016_17.pdf, Seite 52 (besucht am 28. Mai 2018).

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenza
B 1.4	1. 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).

I. Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage planen die [A] und die [B] eine Änderung in der Aktionärsstruktur der von ihnen gemeinsam kontrollierten [GU].

2. [...]

3. [Nach der Transaktion] werde [B] [> 50 %] der Aktien und Stimmrechte der [GU] halten, während die restlichen [< 50 %] durch [A] gehalten würden. Die Parteien hätten am [...] ein Memorandum of Understanding unterschrieben, welches gewisse Änderungen im Aktionärsbindungsvertrag zwischen [A] und [B] vorsehe (nachfolgend: ABV Term Sheet). [...].

4. Die Parteien seien gewillt auch nach der Änderung in der Aktionärsstruktur und des Aktionärsbindungsvertrages die gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des Schweizer Wettbewerbsrechts aufrechtzuerhalten. Infolgedessen würden die Parteien die Transaktion nicht als eine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG ansehen. [...]

5. Nach der Transaktion werde der Verwaltungsrat der [GU] aus fünf Mitgliedern bestehen, wobei drei Mitglieder durch [B] und zwei Mitglieder durch [A] bezeichnet würden. [...] Die Beschlussfassung des Verwaltungsrates erfolge durch einfache Mehrheit. Jedoch erforderten gewisse strategische Entscheidungen, sogenannte wichtige Angelegenheiten des Verwaltungsrates, die Zustimmung von mindestens je zwei durch [B] und [A] bezeichneten Verwaltungsratsmitgliedern. Dies seien insbesondere folgende Angelegenheiten:

- Jährliche Genehmigung der „Overall Strategy“ des Gemeinschaftsunternehmens und diesbezüglich bedeutsame Änderungen;
- Genehmigung des Jahresbudgets, des Geschäftsplans und des Finanzplans, sowie diesbezüglich bedeutsame Änderungen;
- Investitionen, Kapitalaufwand oder andere vertragliche Verpflichtung die [...] übersteigen (egal ob durch ein einziges oder mehrere zusammenhängende Vorhaben), ausser externe Wachstums- oder Restrukturierungsprojekte; und
- Wesentliche Vorhaben oder Vereinbarungen, die nicht „at arm's length“ und/oder im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs erfolgen.

6. Die „Overall Strategy“ beinhalte dabei alle bestimmenden Faktoren für die strategische Entwicklung und das Geschäftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens. Zudem würden die Parteien im überarbeiteten Aktionärsbindungsvertrag den Grundsatz vereinbaren, dass der Geschäftsplan, das Jahresbudget und der Finanzplan des Gemeinschaftsunternehmens in Übereinstimmung mit der „Overall Strategy“ zu sein hätten.

7. Für den Fall, dass sich der Verwaltungsrat bei den wichtigen Angelegenheiten (einschliesslich Overall Strategy) nicht einigen könne, sei ein spezifischer Entscheidungsprozess und ein detailliertes Eskalationsverfahren vorgesehen. Der Entscheidungsprozess zu strategischen Entscheidungen über die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens und die Möglichkeit des Minderheitsaktionärs, diese Entscheidungen zu beeinflussen, stellten die gemeinsame Kontrolle von [B] und [A] über [GU] sicher.

8. Der Entscheidungsprozess und das Eskalationsverfahren für die wichtigen Angelegenheiten sei folgendermassen ausgestaltet:

- (1) Erste Sitzung des Verwaltungsrates: [...]
- (2) Zweite Sitzung des Verwaltungsrates: [...]
- (3) Überweisung an den Management Ausschuss: [...]

9. Falls der Management Ausschuss während der „Cooling-off Periode“ zu keiner Einigung gelange, könnten gewisse Angelegenheiten einseitig durch [B] entschieden werden. Dazu gehöre unter anderem:

- Genehmigung des Jahresbudgets, des Geschäftsplans und des Finanzplans, sowie diesbezüglich bedeutsame Änderungen; und
- Genehmigung von Investitionen, Kapitalaufwand oder anderer vertraglicher Verpflichtungen zwischen [...]

10. Andere Angelegenheiten, bei welchen der Management Ausschuss während der „Cooling-off Periode“ zu keiner Einigung gelange, führten zu einer „Deadlock Situation“. Dies betreffe unter anderem folgende Angelegenheiten:

- Jährliche Genehmigung der „Overall Strategy“ und diesbezüglich bedeutsame Änderungen;
- Wesentliche Vorhaben oder Vereinbarungen, die nicht „at arm's length“ und/oder im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs erfolgen.

11. In einer „Deadlock Situation“ komme ein zusätzliches Eskalationsverfahren zur Anwendung (nachfolgend: Deadlock Verfahren). [...]

12. Falls sie Parteien keine einvernehmliche Lösung erringen könnten, würden sie in die zweite Phase des Deadlock Verfahrens, das offizielle Verkaufsverfahren, schreiten. [...] Aufgrund dieser für die Parteien endgültigen und bindenden Bewertung werde [B] den gesamten Anteil der [A] erwerben. Aufgrund der derzeitigen Bewertung der [GU], würde dies bedeuten, dass [B] verpflichtet wäre, ca. [...] zu bezahlen. Dies würde einen erheblichen finanziellen Nachteil für [B] darstellen.

13. [...]

II. Fragestellung

14. Mit der Beratungsanfrage wird das Sekretariat um Bestätigung ersucht, dass die Änderung der Aktionärsstruktur der [GU] keine Kontrolländerung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

III. Beurteilung

15. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, das heisst Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.

16. Die EU-Kommission führt dazu aus, dass im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelner Gesellschafter die strategischen Entscheidungen des Unternehmens bestimmen kann, bei einer gemeinsamen Kontrolle Pattsituationen entstehen können, weil zwei oder mehr der Muttergesellschaften die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren. Diese Gesellschafter müssen folglich die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festlegen und zusammenarbeiten.

17. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Ka-

pitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.¹

18. Selbst ohne eigentliches Vetorecht kann von gemeinsamer Kontrolle ausgegangen werden, wenn die Stimmenmehrheit des einen Mutterunternehmens in der Praxis von begrenzter Bedeutung und Wirkung ist. Dies kann der Fall sein, wenn die ausschlaggebende Stimme nur nach einer Reihe von Schlichtungs- und Einigungsversuchen oder nur in einem sehr begrenzten Bereich eingesetzt werden darf oder wenn der Gebrauch dieser Stimme an eine Verkaufsoption geknüpft ist, die einen erheblichen finanziellen Nachteil bedeuten würde, oder wenn die gegenseitige Abhängigkeit der Mutterunternehmen einen Einsatz der ausschlaggebenden Stimme unwahrscheinlich erscheinen lässt.²

19. Vorliegend werden inskünftig ungleiche Beteiligungsverhältnisse bei [GU] vorherrschen. Dies führt dazu, dass [B] gemäss künftigem Aktionärsbindungsvertrag bei gewissen Angelegenheiten letztlich alleine entscheiden kann, auch wenn dies erst nach einem mehrstufigen Verfahren zur Erzielung einer einvernehmlichen Lösung erfolgen kann. Ob dieses Schlichtungsverfahren bereits ausreicht, um gemeinsame Kontrolle im Sinne des soeben Ausgeführten zu begründen, kann offen bleiben. Wie sich nachfolgend zeigt, ist zumindest die an den Entscheid über die „Overall Strategy“ geknüpfte Verkaufsoption in ihrer Wirkung einem eigentlichen Veto hinsichtlich einer Entscheidung, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich ist, gleichzusetzen.

20. Für gewisse Angelegenheiten ist im Eskalationsfall der vollständige Verkauf der Beteiligung von [A] an [B] vorgesehen. Dies betrifft insbesondere die „Overall Strategy“. Diese ist als sehr weitreichend zu qualifizieren. Sie umfasst insbesondere [...]

21. Zudem müssen der Geschäftsplan, das Jahresbudget und der Finanzplan von [GU] in Einklang mit der „Overall Strategy“ gebracht werden.

22. Der Beschluss über die „Overall Strategy“ ist damit insgesamt als Entscheidung, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich ist, zu qualifizieren.

23. Wie erwähnt ist der Beschluss über die „Overall Strategy“ an die Bedingung geknüpft, dass bei Uneinigkeit zwischen [B] und [A] (nach einer Reihe von Schlichtungs- und Einigungsversuchen) [B] alle Anteile von [A] zu aktuellem Verkehrswert erwerben muss. Dies würde einen erheblichen finanziellen Nachteil für [B] bedeuten. Zudem würde der Verkauf allenfalls auch der Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz und anderen Jurisdiktionen unterliegen. All dies lässt die Durchsetzung der Stimmenmehrheit von [B] beim Gemeinschaftsunternehmen als unwahrscheinlich erscheinen.

¹ Vgl. zum Ganzen: RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; [...].

² Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.2.2009, Rz 82.

24. Damit ist nach wie vor von gemeinsamer Kontrolle von [A] und [B] über [GU] auszugehen.

IV. Fazit

25. Die mit der Beratungsanfrage unterbreitete die Änderung der Aktionärsstruktur der [GU] ist unter den darge-

legten Umständen nicht als Kontrolländerung bzw. Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren. Das Vorhaben unterliegt daher nicht der Meldepflicht.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	2. Supermédia

Remarque:

Cette décision n'est pas en force de chose jugée
(état juillet 2018)

Décision du 11 décembre 2017 en l'affaire enquête relative à l'art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels [LCart]; RS 251) concernant Supermédia relative à des pratiques illicites selon l'art. 7 LCart

Table des matières

A	Etat de fait	511	A.2.2.1.3	La configuration en série ou en étoile des IDI coaxiales	517
A.1	Objet de l'enquête et parties au sens large	511	A.2.2.2	Le cuivre torsadé	517
A.1.1	Objet de l'enquête	511	A.2.2.3	La fibre optique	518
A.1.2	Parties au sens large	513	A.2.2.4	Le satellite	518
A.1.2.1	Naxoo	513	A.2.2.4.1	Réception par parabole individuelle	518
A.1.2.2	Gératronic	513	A.2.2.4.2	Réception par parabole collective	519
A.2	Définitions	513	A.2.2.4.3	Le « SPAUN »	520
A.2.1	Définitions générales	513	A.2.2.5	La TNT	520
A.2.1.1	Le CATV et l'IPTV	513	A.3	Procédure	520
A.2.1.2	Le canal retour	513	A.3.1	Dénonciation	520
A.2.1.3	Le système Supermédia	513	A.3.2	Observation de marché	521
A.2.1.4	La MoCA	514	A.3.3	Enquête préalable	526
A.2.1.5	La technologie LoRa	514	A.3.4	Enquête	527
A.2.1.6	L'offre dite « triple play »	515	A.4	Etablissement des faits	535
A.2.1.7	La notion de « propriétaires d'immeubles »	515	A.4.1	Remarques théoriques	535
A.2.2	Définitions spécifiques aux infrastructures de télécommunication et radiodiffusion	515	A.4.1.1	En ce qui concerne la preuve en général	535
A.2.2.1	Le télé-réseau et le Réseau Naxoo	516	A.4.1.2	En ce qui concerne les expertises privées	536
A.2.2.1.1	L'infrastructure horizontale du télé-réseau	516	A.4.2	Naxoo	536
A.2.2.1.2	L'infrastructure verticale du télé-réseau (l'IDI coaxiale)	516	A.4.2.1	Remarques générales	536
			A.4.2.1.1	Les liens entre Naxoo et UPC	536
			A.4.2.1.2	L'offre de base et les offres (ou services) à valeur ajoutée de Naxoo	536
			A.4.2.1.3	Statistiques concernant les contrats Naxoo	537
			A.4.2.2	Les conventions et contrats de Naxoo	538
			A.4.2.2.1	La CRI	538
			A.4.2.2.2	Le Contrat de raccordement individuel ou collectif	539
			A.4.2.2.3	Les Conditions générales	539
			A.4.2.2.4	Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales	539

A.4.2.2.5	Les Recommandations techniques des IDI coaxiales	540	A.4.4.2.3	Analyse de l'immeuble situé Boulevard des tranchées à Genève	551
A.4.2.3	Les conditions commerciales problématiques	540	A.4.4.2.4	Analyse de l'immeuble situé Route de Malagnou à Genève	551
A.4.2.3.1	Dans la CRI	540	A.4.4.2.5	Complément d'expertise privée du 17 novembre 2017	551
A.4.2.3.2	Dans les Contrats de raccordement individuel ou collectif	541	A.4.4.2.6	Appréciation de l'expertise privée	551
A.4.2.3.3	Dans les Conditions générales	541	A.4.4.3	Les immeubles raccordés par UPC et les systèmes tiers	553
A.4.2.3.4	Dans les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales)	541	A.4.4.3.1	Remarques générales d'UPC	553
A.4.2.3.5	Dans les Recommandations techniques des IDI coaxiales	542	A.4.4.3.2	Les immeubles en particulier	553
A.4.2.3.6	Conclusion intermédiaire en ce qui concerne les conditions commerciales problématiques	542	A.4.4.4	Naxoo a démontré qu'une cohabitation est possible	554
A.4.2.4	La stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques	543	A.4.4.5	Conclusions concernant la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers	555
A.4.2.4.1	La crainte que le télé-réseau soit coupé	543	A.4.5	Les autres fournisseurs de services multi-médias	555
A.4.2.4.2	Le refus d'entretenir des relations commerciales	543	A.4.5.1	Swisscom	555
A.4.2.4.3	Le refus de valider des schémas d'installations	544	A.4.5.2	Sunrise	556
A.4.2.4.4	Les tentatives d'intimidation	544	A.4.5.3	M-Budget (par Wingo)	556
A.4.2.4.5	La condamnation pour concurrence déloyale	545	A.4.5.4	VTX	557
A.4.2.4.6	Résumé des chantiers sur lesquels Naxoo a posé des difficultés	545	A.4.5.5	Green.ch	557
A.4.2.5	Recommandations du Secrétariat dépourvues d'effet	546	A.4.5.6	Synthèse des offres triple play	557
A.4.2.6	Conclusions intermédiaires	547	B	Considéran	559
A.4.3	Gératronic	548	B.1	Champ d'application de la LCart et prescriptions réservées	559
A.4.3.1	Remarques générales	548	B.1.1	Champ d'application personnel	559
A.4.3.2	L'anticipation de l'évolution technique par Gératronic	548	B.1.2	Champ d'application matériel	559
A.4.3.3	La question du coût d'une deuxième IDI coaxiale	548	B.1.3	Champ d'application territorial	559
A.4.4	Examen de la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers	549	B.2	Destinataire de la décision	560
A.4.4.1	Les différentes déclarations jusqu'à la proposition du Secrétariat	549	B.3	Lien avec d'autres dispositions légales	560
A.4.4.1.1	Déclarations de Gératronic	549	B.4	Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante	560
A.4.4.1.2	Déclarations de Naxoo	549	B.4.1	Le marché pertinent	561
A.4.4.1.3	Déclarations d'UPC	549	B.4.1.1	Le marché de produits pertinent	561
A.4.4.1.4	Déclarations de tiers	549	B.4.1.2	Le marché géographique pertinent	563
A.4.4.2	L'expertise privée déposée par Naxoo	549	B.4.1.3	Prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché pertinent	563
A.4.4.2.1	Remarques générales tirées de l'expertise privée	550	B.4.1.4	Conclusion intermédiaire	565
A.4.4.2.2	Analyse de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort à Genève	550	B.4.2	Position dominante de Naxoo sur le marché pertinent	565
			B.4.2.1	Concurrence actuelle	566
			B.4.2.2	Concurrence potentielle	567
			B.4.2.3	Comportement de la demande	567
			B.4.2.4	Influence des marchés en aval	567

B.4.2.5	Prise de position de Naxoo sur la question de sa position dominante sur le marché pertinent	568	C.2.1.2	Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart	582
B.4.2.6	Conclusion intermédiaire	570	C.2.2	Imputabilité	583
B.4.3	Pratiques illicites	570	C.2.3	Calcul de la sanction	583
B.4.3.1	Remarques préliminaires	570	C.2.3.1	Calcul concret de la sanction	583
B.4.3.1.1	En ce qui concerne les relations contractuelles	570	C.2.3.1.1	Montant de base	584
B.4.3.1.2	En ce qui concerne le marché sur lequel les abus sont commis	570	C.2.3.1.2	Durée de l'infraction	585
B.4.3.2	Les pratiques illicites de Naxoo en détail	571	C.2.3.1.3	Circonstances aggravantes et atténuantes	586
B.4.3.3	Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart)	571	C.2.3.2	Sanction maximale	587
B.4.3.3.1	Refus d'entretenir des relations commerciales	571	C.2.3.3	Examen de la proportionnalité	588
B.4.3.3.2	Conclusion intermédiaire	572	C.2.4	Résultat	588
B.4.3.4	Imposition de conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart)	572	D	Frais	588
B.4.3.4.1	Remarques théoriques	572	E	Résultat	588
B.4.3.4.2	Prix ou autres conditions commerciales	572	F	Dispositif	589
B.4.3.4.3	Imposition	573	Table des abréviations		
B.4.3.4.4	Caractère inéquitable des conditions commerciales	574	A	acte(s) au dossier	
B.4.3.4.5	Absence de considérations commerciales légitimes	575	ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line	
B.4.3.4.6	La question de l'entrave à la concurrence	578	AGH SA	Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich SA	
B.4.3.4.7	Casuistique pertinente pour le cas d'espèce	579	al.	alinéa(s)	
B.4.3.4.8	Conclusion intermédiaire	580	APGCI	Association professionnelle des gérants et courtiers en immeubles de Genève	
B.4.3.5	Limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart)	580	art.	article(s)	
B.4.3.5.1	Remarques théoriques	580	ATAF	arrêt du Tribunal administratif fédéral	
B.4.3.5.2	Limitation artificielle de l'accès au marché	580	ATF	arrêt du Tribunal fédéral	
B.4.3.5.3	Atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents	581	CATV	Community Antenna Television	
B.4.3.5.4	Absence de considérations commerciales légitimes	581	CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	
B.4.3.5.5	Conclusion intermédiaire	582	CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)	
B.4.4	Résultat	582	cf.	conferre (se référer à)	
C	Mesures	582	ch.	chiffre(s)	
C.1	Injonction portant sur des mesures	582	CHF	franc(s) suisse(s)	
C.2	Sanction	582	CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	
C.2.1	Éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart	582	CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations; RS 220)	
C.2.1.1	L'entreprise	582	COMCO	Commission de la concurrence	
			consid.	considérant(s)	
			CoRe	Commission de recours pour les questions de concurrence, remplacée par le TAF à partir du 1 ^{er} janvier 2007	
			CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)	

CRI	Convention de raccordement immobilier	OFCOM	Office fédéral de la communication
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (RS 101)	OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart; RS 251.5)
DTV	Digital Television	OTO	prise de télécommunication optique (Optical Telecommunications Outlet)
DVB-C	Digital Video Broadcasting – Cable	p.	page
DVB-IPTV	Digital Video Broadcasting – Internet Protocol Television	PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
DVB-S	Digital Video Broadcasting – Satellite	pp.	pages
éd.	éditeur(s)	RCI	Règlement cantonal genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses (RS L 5 05.01)
et al.	et alii (et autres)	s.	et suivant(e)
etc.	et caetera	SIG	Services industriels de Genève
ex.	exemple(s)	ss	et suivant(e)s
FRC	Fédération romande des consommateurs	TAF	Tribunal administratif fédéral
FTTB	Fiber To The Building	TF	Tribunal fédéral
FTTH	Fiber To The Home	TNT	Télévision Numérique Terrestre
FTTS	Fiber To The Street	TPI	Tribunal de première instance
Gératronic	entreprise individuelle Gératronic, Pascal Emery	TTC	toutes taxes comprises
HFC	Hybrid Fiber Coax	TV	télévision
HT	hors taxes	UH	unité(s) d'habitation
IDI	Installation de Distribution d'Immeuble	UPC	UPC Suisse Sàrl
in	dans	USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier
IP	Internet Protocol		
IPTV	Internet Protocol Television		
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels (RS 251)		
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)		
LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10)		
Message 1995	Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472		
Message 2001	Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911		
MoCA	Multimedia over Coax Alliance		
N	numéro(s) de paragraphe dans la décision		
Naxoo	Naxoo SA		
OCCE	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4)		
OEmol-LCart	Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (RS 251.2)		

A Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête et parties au sens large

A.1.1 Objet de l'enquête

1. Le 8 avril 2013, l'entreprise individuelle Gératronic, Pascal Emery (ci-après: Gératronic) a déposé auprès du Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) une dénonciation à l'encontre de la société Naxoo SA (ci-après: Naxoo). En substance, Gératronic reprochait à Naxoo des entraves à la concurrence, et plus spécifiquement une violation de l'art. 7 LCart¹. Selon Gératronic, Naxoo disposerait d'un monopole pour l'exploitation du télé-réseau en Ville de Genève et refuserait de raccorder les immeubles équipés du système Supermédia, développé par Gératronic, lequel permet le mixage au niveau de la prise de chaque abonné de signaux provenant du télé-réseau et du satellite. Ce comportement excluait *de facto* Gératronic et son système Supermédia du marché en Ville de Genève.

2. Le 30 mars 2016 et d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO), le Secrétariat a ouvert une enquête à l'encontre de Naxoo.

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

3. Premièrement, l'enquête vise à déterminer si Naxoo occupe 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 Naxoo est en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles.

4. Deuxièmement, l'enquête vise à déterminer si Naxoo abuse de cette position dominante en imposant des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles et à des sociétés tierces fournissant également des services de télécommunication – notamment satellitaires –, sans qu'il n'y ait de nécessités commerciales ou techniques. L'enquête examine également si et dans quelle mesure Naxoo intimide directement ou indirectement les propriétaires d'immeubles avec des conséquences négatives ou à connotations négatives s'ils devaient accepter, sur leurs Installations de Distribution d'Immeuble (ci-après: IDI) coaxiales, l'installation par des tiers de services de télécommunication supplémentaires ou différents. Finalement, le comportement de Naxoo aurait pour conséquence d'entraver l'accès de ces sociétés tierces au marché. En résumé, les pratiques suivantes font l'objet d'un examen dans le cadre de l'enquête:

- refus d'entretenir des relations commerciales: Naxoo refuserait de raccorder un immeuble au té-

léréseau si le propriétaire de l'immeuble refuse de signer sa Convention de raccordement, laquelle permettrait à Naxoo d'écarter un éventuel tiers de l'IDI coaxiale alors qu'il n'existerait aucune impossibilité technique constituant une considération commerciale légitimant un tel refus;

- imposition de conditions commerciales inéquitables: Naxoo imposerait au moyen de différents contrats et conditions commerciales des conditions inéquitables aux propriétaires d'immeubles. Elle s'arrogerait de ce fait l'usage exclusif des IDI coaxiales, ce qui lui permettrait d'écarter tout utilisateur tiers potentiel de ces IDI coaxiales;
- limitation des débouchés ou du développement technologique: le comportement de Naxoo limiterait les débouchés de tiers et le développement technologique de services tiers, alors qu'il n'existerait aucune impossibilité technique constituant une considération commerciale légitime.

5. Les IDI cuivre et fibre optique utilisées par des acteurs comme Swisscom ou encore Sunrise ne sont pas concernées par la présente enquête (Tableau 1 ci-dessous). Les différents marchés liés aux consommateurs finaux ne font pas non plus l'objet de la présente enquête, vu que la problématique examinée en l'espèce se situe en amont de ces marchés.

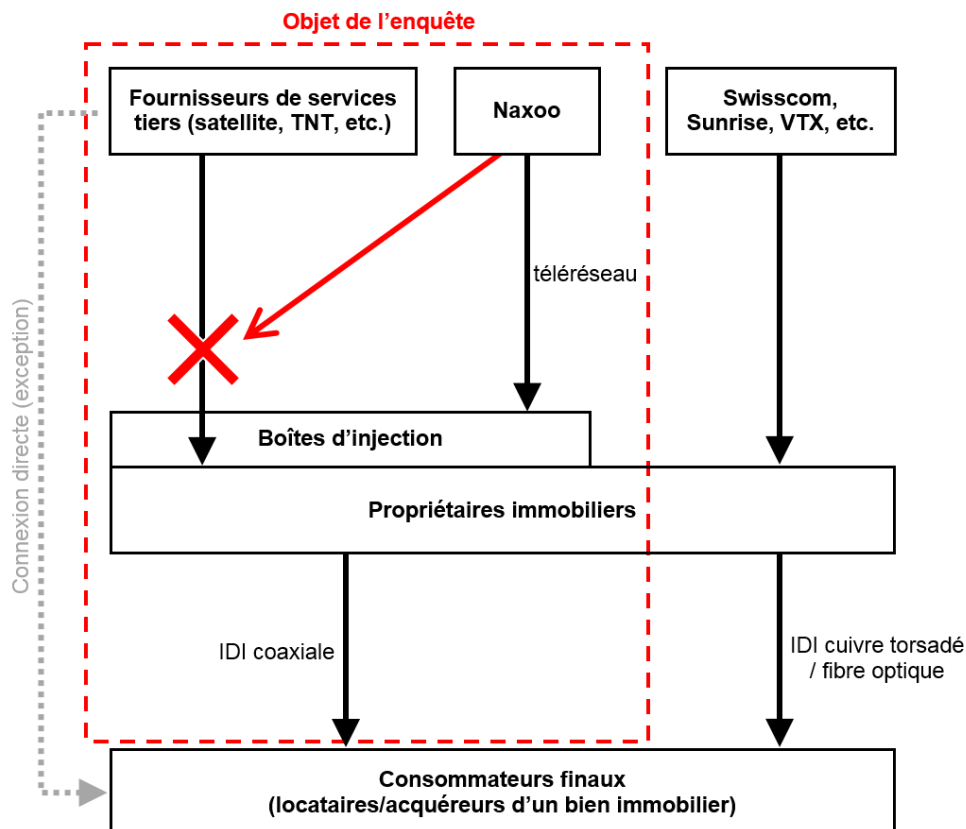


Tableau 1: Objet de l'enquête

A.1.2 Parties au sens large

A.1.2.1 Naxoo

6. Naxoo² est la société visée par l'enquête.

7. C'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.³

8. Bien que Naxoo soit enregistrée depuis le 1^{er} avril 2007 auprès de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) en tant que fournisseur de services de télécommunication,⁴ la société ne l'a vraisemblablement été que pour le service de base limité à la télévision. Naxoo précise en effet que jusqu'au mois de février 2014⁵ – date de l'arrêt définitif de la fourniture de Digital Television (ci-après: DTV) –, elle était à la fois active en qualité de fournisseur de contenu radio-TV (programmes) et en qualité de fournisseur d'accès à des services multimédias (réseau câblé). Depuis mars 2014, Naxoo n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à des services (réseau câblé), le contenu radio-TV (programmes) étant entièrement fourni par UPC Suisse Sàrl (ci-après: UPC⁶). Naxoo 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.⁷ Quant aux contrats à valeur ajoutée (Internet, téléphonie ou télévision numérique), ils sont conclus directement entre UPC et les consommateurs.⁸

9. Naxoo est dotée d'un capital-actions de [...], réparti depuis 2007 entre la Ville de Genève à hauteur de 51.2 % et la société UPC Cablecom Holdings GmbH à hauteur de 48.8 %.⁹

A.1.2.2 Gératronic

10. L'entreprise individuelle Gératronic, Pascal Emery, est la partie dénonciatrice. Dans la procédure, elle a qualité de tiers participant à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁰

11. Gératronic a son siège à Lancy et 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.¹¹ Les interlocuteurs de Gératronic sont ceux des téléreseaux ou des systèmes comparables, soit des ingénieurs, électriciens, régies immobilières, architectes, entreprises générales, de la clientèle privée ou encore des installateurs radio-TV.¹²

12. Gératronic a développé le système Supermédia (N¹³ 17 ss).

A.2 Définitions

A.2.1 Définitions générales

A.2.1.1 Le CATV et l'IPTV

13. Les consommateurs disposent à ce jour notamment de deux technologies pour la réception de la télévision numérique: d'une part l'injection numérique du signal

dans les réseaux de *Community Antenna Television* (CATV) des câblo-opérateurs (soit le système coaxial généralement utilisé par le télésexeau); d'autre part la technologie d'*Internet Protocol Television* (IPTV), qui est utilisée en premier lieu pour la transmission par le réseau téléphonique de Swisscom et les réseaux de fibre optique.

14. Alternativement, les programmes TV peuvent également être captés via une plateforme satellite ou TNT. Le signal est alors injecté soit dans l'IDI coaxiale de l'ensemble de l'immeuble (antenne ou parabole collective), soit directement sur le téléviseur du consommateur (antenne ou parabole individuelle). Un décodeur vient parfois s'intercaler avant le téléviseur.

A.2.1.2 Le canal retour

15. Le canal retour (ou canal montant) permet le retour d'informations ou l'interactivité (téléphonie, Internet, commande de vidéos à la carte, visiophonie, pilotage de fonctions, etc.). En d'autres termes, il offre une possibilité de communication entre le fournisseur et le consommateur. Un canal retour est ainsi nécessaire aux câblo-opérateurs si ceux-ci souhaitent prester des services interactifs comme ceux mentionnés ci-dessus. Il en va notamment ainsi des offres triple play (définition N 29).

16. En sens inverse, le terme de voie descendante (ou canal descendant) est employé pour les signaux diffusés depuis la tête de réseau jusqu'à l'unité d'habitation (ci-après: UH) du consommateur.

A.2.1.3 Le système Supermédia

17. Le système Supermédia a été développé par Gératronic. Il permet le mixage de signaux provenant du télésexeau et du satellite, mixage qui est alors disponible au niveau de la prise de chaque abonné. Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a indiqué que le système Supermédia peut fonctionner indépendamment du télésexeau et ne présuppose pas nécessairement la présence du télésexeau,¹⁴ ce qui est infirmé par Gératronic.¹⁵ Ce point n'est toutefois pas déterminant dans la présente enquête.

² « 022 Télégenève SA » a changé sa dénomination sociale à « naxoo SA » le 1.1.2016, acte 63 (ci-après: A 63).

³ Extrait du Registre du commerce du canton de Genève.

⁴ <www.eofcom.admin.ch/eofcom/public/searchCatalog.do> (5.7.2016).

⁵ Respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques, voir note 109.

⁶ « UPC Cablecom » s'appelle « UPC » depuis le 25.5.2016, <www.upc.ch/fr/about/qui-sommes-nous/centre-des-medias/communiqués-de-presse/media-detail/?newsid=2016.351_9589_uzm0d0> (9.11.2016).

⁷ A 115, pp. 3 et 10; voir aussi réponse 3.

⁸ A 56, réponses 1 in fine, 5 et 6.

⁹ A 56, réponse 11; A 115, réponse 7.

¹⁰ A 100.

¹¹ Extrait du Registre du commerce du canton de Genève.

¹² A 91, réponse B2.

¹³ « N » fait référence à la numérotation des paragraphes de la présente décision.

¹⁴ A 198, N 45.

¹⁵ A 208, réponses 1 et 2.

18. Selon Gérardtronic, le système est compatible avec le télé-réseau (distribué par câble coaxial 75 ohms), mais pas avec les réseaux de fibre optique en cours d'installation par les Services industriels de Genève (ci-après: les SIG) et Swisscom.¹⁶

19. Le système Supermédia nécessite l'installation d'une antenne parabolique collective en toiture d'immeuble, elle-même reliée à un tableau de mixage situé généralement au sous-sol, après le point d'injection du télé-réseau.¹⁷ Une fois le mixage effectué, les signaux sont distribués dans chaque appartement via l'IDI coaxiale sur une prise qui permet à chaque occupant de recevoir et de choisir indistinctement entre les signaux provenant du télé-réseau ou du satellite, ou les deux simultanément.

20. Selon l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES à Genève, le système Supermédia permettrait au consommateur de bénéficier de toutes les fonctionnalités du télé-réseau (télévision, téléphonie et Internet), soit le triple play (N 29 ss), tout en offrant la possibilité de profiter également d'un système satellitaire (environ 3'500 chaînes), répondant ainsi aux besoins d'une très grande frange de la population. En matière purement télévisuelle, l'offre en nombre de chaînes serait largement supérieure via le satellite par rapport aux opérateurs traditionnels.¹⁸ Le dossier contient notamment un exemple où ce système a été installé dans des immeubles destinés à des fonctionnaires internationaux, anglophones en majorité (sis Rue Cramer à Genève). La réception par satellite devait être disponible dans chaque appartement afin de permettre aux locataires d'avoir accès à leurs chaînes nationales.¹⁹ Concernant un autre immeuble sis Rue Abraham-Gevery, les installations Supermédia avaient été requises par le maître d'ouvrage, car les appartements étaient de très haut standing.²⁰ Quant à un hôtel particulier sis Rue Le-Fort, le propriétaire souhaitait, d'une part, un raccordement à une antenne parabolique pour ses besoins professionnels et, d'autre part, le télé-réseau pour les besoins familiaux.²¹

21. Tant l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES (voir ci-dessus) que Gérardtronic²² indiquent que le système Supermédia serait compatible avec le triple play, à savoir qu'il peut fonctionner en parallèle d'une offre triple play du télé-réseau sur l'IDI coaxiale. La question de savoir si le système Supermédia est effectivement compatible avec des services interactifs – ce qui présuppose l'existence d'un canal retour fonctionnel et non perturbé (N 15) – a fait l'objet d'un examen spécifique dans la présente décision (N 329 ss).

22. La prise spécifique au système Supermédia fait l'objet d'un brevet délivré le 29 janvier 2010.²³

23. Conformément aux indications de Gérardtronic,²⁴ le chiffre d'affaires réalisé avec le système Supermédia de 2011 à 2015 serait de [...] ²⁵, ce qui correspondrait à [...] du chiffre d'affaires total de Gérardtronic sur la même période ([...]). Gérardtronic précise que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia. Selon elle, cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux Conventions de raccordement immobilier (ci-après: CRI) de

Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès de la société Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.²⁶

24. Dans le cadre de l'enquête, Gérardtronic a fourni la liste des installations Supermédia réalisées par ses soins,²⁷ précisant qu'elle ne pouvait donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle s'est bornée à fournir du matériel.

A.2.1.4 La MoCA

25. La *Multimedia over Coax Alliance* (ci-après: la MoCA) est une initiative industrielle ouverte permettant de faciliter la mise en réseau d'appareils électroniques multimédias et de divertissement par le biais du câblage coaxial domestique en parallèle aux signaux Internet et TV/radio existants. La technologie MoCA permet de créer un réseau domestique entre plusieurs appareils multimédias en utilisant le câblage coaxial.²⁸

26. Naxoo a indiqué en cours d'enquête [...] ²⁹ Naxoo ajoute qu'après interrogation de l'association SUISSE-DIGITAL, il apparaîtrait que la technologie MoCA n'est pas utilisée en Suisse et qu'aucune demande en ce sens n'ait été formulée par les opérateurs ou les consommateurs. Elle ne présenterait aucun avantage pour les opérateurs de télécommunication disposant de leur propre IDI.³⁰

27. Gérardtronic a indiqué qu'elle n'avait jamais utilisé cette technologie.³¹

A.2.1.5 La technologie LoRa

28. La technologie LoRa³² porte sur la création d'un réseau complémentaire destiné à ce qui est communément appelé l'« Internet des objets ». ³³ Le réseau est conçu pour transmettre de manière indépendante du

¹⁶ A 1, p. 2, N 6; voir aussi A 219, l. 165 ss.

¹⁷ Pour une représentation schématique, voir A 1, annexe 3.

¹⁸ A 154, Rapport annexé, N 3; A 166, réponse 9; A 159, réponses 9 et 10.

¹⁹ A 154, réponse 6.

²⁰ A 139.

²¹ A 165, annexes 4, courrier du 4 novembre 2002.

²² Annexe à l'A 17, courrier du 9.11.2012; A 19, annexe 1; A 219, l. 155 ss et l. 257 ss.

²³ A 1, annexe 4.

²⁴ A 91, réponses B3 et B4.

²⁵ Ce chiffre comprend tant les réalisations effectuées par Gérardtronic comme sous-traitant des entreprises générales d'électricité, que comme fournisseur de matériel pour d'autres installations.

²⁶ A 91, réponses B3 et B4; A 165, réponse 4.

²⁷ A 210, qui constitue la liste la plus à jour reçue au cours de l'enquête.

²⁸ A 115, annexe 30, p. 23.

²⁹ A 163, réponse 2a.

³⁰ A 163, réponse 2b.

³¹ A 165, réponse 15a.

³² Elle fait l'objet d'une association regroupant des acteurs au niveau mondial, la LoRa Alliance: <www.lora-alliance.org> (19.20.2016).

³³ Ce réseau, appelé *Low Power Network* (LPN) ou *Low Power Wide Area Network* (LPWAN), constitue la base de l'Internet des objets, et donc des villes intelligentes, des bâtiments efficaces du point de vue énergétique, de l'interconnexion entre machines et des nouvelles applications numériques.

réseau électrique (objets fonctionnant donc sur batterie) de très petites quantités de données. Swisscom est membre de la LoRa Alliance depuis janvier 2015, ce qui ne semble pas être le cas d'UPC ou encore de Naxoo.³⁴ Selon Naxoo, l'IDI coaxiale pourrait être utilisée pour transporter des signaux basse fréquence dans le cadre de l'Internet des objets.³⁵

A.2.1.6 L'offre dite « triple play »

29. Dans l'industrie des télécommunications, le triple play³⁶ est une offre commerciale par laquelle un opérateur propose à ses abonnés un ensemble de trois services dans le cadre d'un contrat unique (« package »): l'accès à Internet; la téléphonie fixe; la télévision avec parfois des services supplémentaires comme la *video on demand* ou encore le *replay*.

30. Les services triple play sont en règle générale fournis au moyen d'un boîtier spécifique (on parle souvent de « box », notamment en France), appelé par exemple « TV-Box » chez Swisscom, « TV Set-Top-Box » chez Sunrise ou encore « Horizon HD Recorder » ou « HD Mediabox » chez UPC.

31. Selon Naxoo, la téléphonie ou encore des services triple play de qualité avec des prestations telles que le *replay* ou la *video on demand* ne peuvent être proposés par le télé-réseau que s'il existe un canal retour le moins perturbé possible.³⁷

32. L'enseigne SOS-Télé a indiqué au cours de l'enquête que le triple play par le satellite est actuellement déconseillé, car pour la téléphonie, le temps d'accès au satellite est d'environ une seconde, ce qui provoque des échos.³⁸ M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES indique que le triple play n'est pas accessible par le satellite.³⁹

A.2.1.7 La notion de « propriétaires d'immeubles »

33. Par propriétaires au sens utilisé dans la présente décision, on entend les propriétaires d'immeubles déjà construits ou les futurs propriétaires d'immeubles en construction. En effet, le système Supermédia peut être installé également dans des immeubles déjà construits pourvus d'une IDI coaxiale en bon état, voire rénovée, bien que les cas exposés dans la présente décision portent davantage sur des nouvelles constructions.

34. En Ville de Genève, les maisons individuelles représentaient 9.9 % de l'ensemble des bâtiments en 2016, alors que la proportion moyenne s'élevait à 68.1 % dans le reste du canton.⁴⁰ Par conséquent, le nombre de bâtiments avec plusieurs logements est bien plus important en Ville de Genève (plus de 90 %) que le nombre de maisons individuelles.

35. Cette situation est confirmée par la justice genevoise, qui a retenu en 2014 qu'« *il est notoire qu'en ville de Genève et dans certaines communes où le réseau est détenu par des sociétés mixtes (notamment à Carouge, Onex, Grand-Saconnex), l'habitat est majoritairement composé d'immeubles locatifs, tandis que des zones résidentielles de villas composent principalement les communes où les sociétés privées détiennent le réseau (communes périphériques situées dans la campagne genevoise)* ». ⁴¹

36. Cela a notamment pour conséquence qu'en Ville de Genève, les propriétaires qui résident dans leurs propres bâtiments ne sont en règle générale pas les seuls résidents et y cohabitent avec un, voire de nombreux autres consommateurs. Ce fait a une influence déterminante au moment du choix des différentes infrastructures IDI et des différents fournisseurs de services de télécommunications; les propriétaires tiendront compte dans leurs décisions de l'intérêt commun actuel et futur des autres consommateurs.

37. En outre, les propriétaires ou futurs propriétaires d'un bien immobilier pourraient parfaitement se trouver dans un autre canton ou à l'étranger et avoir délégué certains droits à des promoteurs ou des gérances. C'est la raison pour laquelle, dans la présente enquête, des questionnaires ont notamment été transmis à des agences et autres régies ou gérances immobilières (N 151) plutôt qu'aux propriétaires légaux directement, vu que ces derniers ne connaissent pas forcément l'aménagement exact de leurs immeubles s'ils n'y résident pas. Cela concerne par exemple les entreprises ou assurances qui sont propriétaires d'immeubles et dont la construction ou la gestion ont été déléguées.

A.2.2 Définitions spécifiques aux infrastructures de télécommunication et radiodiffusion

38. Ce titre expose quelques notions techniques nécessaires à la compréhension des développements subséquents.

39. Selon Naxoo,⁴² en plus du télé-réseau, il existe les infrastructures de télécommunication et de radiodiffusion suivantes permettant d'accéder à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie, Internet et services connexes): le cuivre torsadé, la fibre optique, le satellite et la Télévision Numérique Terrestre (ci-après: la TNT). La coexistence de ces infrastructures peut être schématisée de façon générale au moyen du Tableau 2 ci-après.

³⁴ <www.lora-alliance.org/The-Alliance/Member-List> (19.10.2016).

³⁵ A 115, p. 7.

³⁶ Néologisme provenant de l'anglais.

³⁷ A 115, réponse 46; A 198, N 86.

³⁸ A 120, réponse 9.

³⁹ A 154, réponse 9.

⁴⁰ Voir les statistiques cantonales officielles du canton de Genève pour l'année 2016: <www.ge.ch/statistique/tel/domaines/09/09_02/T_09_02_1_2_01.xls> (8.5.2017).

⁴¹ A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. R p. 14.

⁴² A 115, pp. 4 ss.

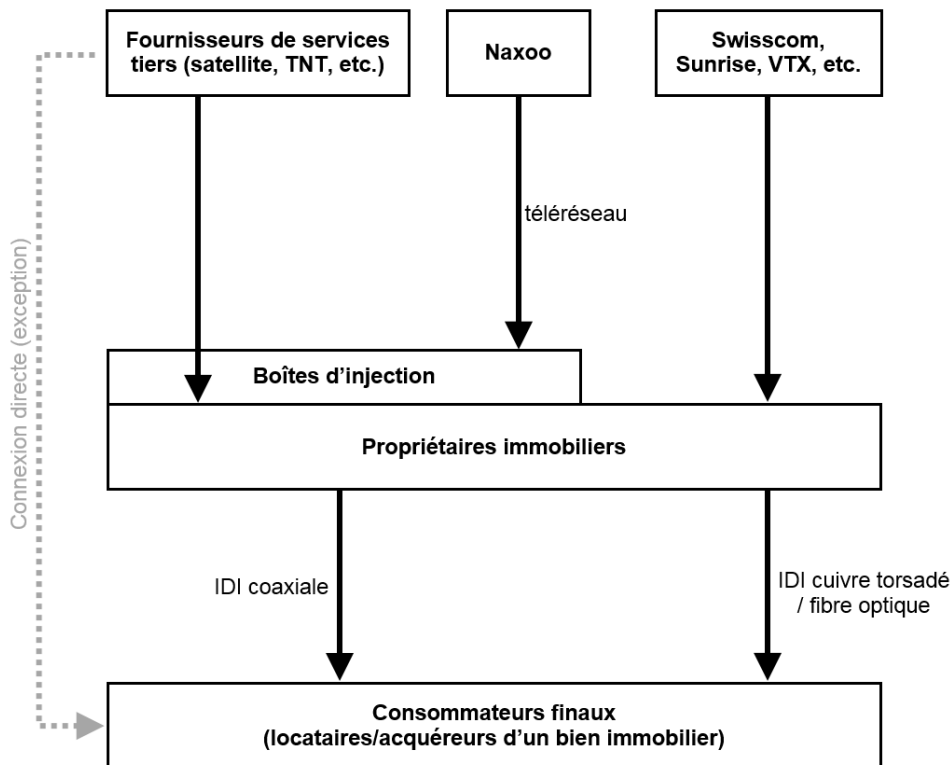


Tableau 2: Les infrastructures de télécommunication

A.2.2.1 Le télé-réseau et le Réseau Naxoo

40. Le télé-réseau se rapporte à la télévision et la radio par câble, qui est un mode de distribution de programmes de télévision et de radio par l'intermédiaire d'un réseau câblé, communément appelé réseau CATV (soit le système coaxial généralement utilisé par le télé-réseau, N 13). A l'heure actuelle toutefois, le télé-réseau n'est plus limité à la télévision et à la radio vu qu'il permet d'offrir des services triple play complets en numérique (N 29). Le télé-réseau est matérialisé principalement par des câbles coaxiaux en cuivre à deux conducteurs.

41. Le Réseau Naxoo désigne le réseau câblé exploité par Naxoo en Ville de Genève. Naxoo a construit dès 1986 un réseau câblé desservant les immeubles en vue de leur distribuer initialement des signaux de télévision et de radio. Les infrastructures se concentrent essentiellement sur les codes postaux 1201 à 1209, soit la Ville de Genève, mais la totalité des immeubles n'est pas encore reliée au télé-réseau.⁴³ Naxoo précise de plus que certaines adresses périphériques, faisant anciennement partie de la Ville de Genève, sont également raccordées au Réseau Naxoo, à savoir certaines adresses relevant à l'heure actuelle des codes postaux 1223 (Cologny), 1227 (Carouge) et 1231 (Conches). Quelque [...] UH localisées dans ces zones périphériques sont raccordées au Réseau Naxoo.⁴⁴ Naxoo a inclus les chiffres y relatifs dans les données fournies dans ses réponses, ce dont il sera tenu compte lors du traitement des données.

42. [...].⁴⁵

A.2.2.1.1 L'infrastructure horizontale du télé-réseau

43. Le télé-réseau se divise en trois infrastructures. Les deux premières infrastructures peuvent être qualifiées d'« horizontales ». Il s'agit des infrastructures de transport collectives (colonne vertébrale du réseau), lesquelles sont composées de fibre optique, ainsi que des infrastructures de proximité qui relient les infrastructures de transport collectives aux immeubles, à savoir jusqu'aux points d'injection du télé-réseau généralement situés au sous-sol des immeubles. Ces deux infrastructures sont de la propriété de Naxoo.

A.2.2.1.2 L'infrastructure verticale du télé-réseau (l'IDI coaxiale)

44. L'IDI coaxiale constitue la troisième infrastructure, laquelle peut être qualifiée de « verticale ». Elle comprend les câbles coaxiaux reliant le point d'injection aux prises des consommateurs. L'IDI coaxiale d'un immeuble permet ainsi d'acheminer les signaux du point d'injection jusqu'aux UH individuelles sises dans l'immeuble concerné. Par conséquent, le média qu'est l'IDI coaxiale est le dernier maillon du réseau, celui qui s'arrête à la prise du consommateur.

⁴³ A 198, N 97.

⁴⁴ A 115, p. 3, note 2.

⁴⁵ A 163, réponse 9e.

45. L'IDI coaxiale est en règle générale installée lors de la construction de l'immeuble par des prestataires de services disposant d'une formation d'électricien (comme Egg-Telsa SA⁴⁶ ou Teleste Network Services SA⁴⁷). Le propriétaire de l'immeuble est également propriétaire de l'IDI coaxiale.⁴⁸

46. La construction d'une colonne montante ainsi que d'une liaison jusqu'au logement coûterait en moyenne environ CHF [...] par UH.⁴⁹ Selon Naxoo, ce montant devrait être revu à la baisse s'agissant d'une installation nouvelle.⁵⁰ Naxoo a de plus ajouté lors de son audition que le coût d'une IDI coaxiale varie entre CHF [...] et CHF [...] pour un immeuble, sans que la taille de l'immeuble ne soit précisée.⁵¹

A.2.2.1.3 La configuration en série ou en étoile des IDI coaxiales

47. Il existe deux configurations possibles des IDI coaxiales: la configuration dite « en série » (ou en arborescence), et la configuration dite « en étoile ».

48. Naxoo indique que les bâtiments anciens seraient le plus souvent configurés en série. Dans cette configuration, les différentes UH sont dépendantes les unes des autres. Modifier une telle configuration serait susceptible d'entraîner des coûts substantiels selon la construction de l'immeuble.⁵²

49. La configuration en étoile⁵³ permet selon Naxoo de connecter ou déconnecter une UH de manière indépendante, sans influencer les autres UH. Une telle configuration faciliterait les interventions techniques (recherche de pannes ou perturbations, absence d'interruption de service pour les UH non concernées). Elle permettrait également de déconnecter une UH du télésexe sans intervenir dans l'UH elle-même.⁵⁴ Les nouveaux immeubles sont généralement configurés en étoile. Lors de la modernisation d'IDI coaxiales, la configuration en étoile serait privilégiée lorsqu'une telle configuration est raisonnablement envisageable, sans quoi la configuration existante serait maintenue.⁵⁵ Gératronic indique que la configuration en série est obsolète.⁵⁶

50. En cas de raccordement individuel (N 238), Naxoo fait valoir une différence entre une IDI coaxiale configurée en série et une IDI coaxiale configurée en étoile: le consommateur dispose de la liberté de conclure un abonnement avec Naxoo ou non en cas de raccordement individuel (*opt in*). Il lui est ainsi loisible, indépendamment du choix des autres habitants d'un immeuble, de ne pas bénéficier de l'offre de Naxoo et de choisir un autre mode de réception de programmes de télévision. Dans ce cas, il suffit de supprimer la dérivation en cas de raccordement en étoile alors qu'en cas de raccordement en série, la prise se trouvant dans l'habitation du consommateur concerné doit être plombée. Le signal sera maintenu dans le reste des habitations de l'immeuble dans les deux cas.⁵⁷

51. Au cours de l'enquête, Gératronic a indiqué que l'association Swissdigital recommandait de construire en étoile depuis 2005 en tout cas.⁵⁸ Selon les retours qui seraient parvenus à Gératronic, Naxoo n'aurait respecté ces instructions que depuis deux ou trois ans environ pour les nouvelles constructions. En revanche, Naxoo « continuerait de rénover, à ses frais dans le cadre de

son service plus, les installations d'immeubles non étoilés, en les maintenant dans leur configuration initiale, ce qui restreint en même temps la possibilité d'abonnement au télésexe en mode individuel ». ⁵⁹ Quant à Naxoo, elle a expressément indiqué que lors de la modernisation d'IDI coaxiales, la configuration en étoile était privilégiée lorsqu'une telle configuration était raisonnablement envisageable, sans quoi la configuration existante était maintenue.⁶⁰ Dans sa prise de position, Naxoo indique que si l'IDI coaxiale est totalement à reconstruire, Naxoo privilégierait une configuration en étoile. Si l'IDI peut être exploitée en l'état avec un niveau qualitatif répondant aux besoins, Naxoo la maintiendrait en série pour limiter les investissements.⁶¹

52. Selon les indications de Teleste Network Services SA, laquelle modernise les IDI coaxiales pour le compte de Naxoo,⁶² la part des immeubles configurés en étoile s'élève à 50 % en Ville de Genève.⁶³ Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a indiqué que [25-40] % environ du parc actuel d'immeubles raccordés au réseau de Naxoo étaient configurés en série⁶⁴, soit [60-75] % en étoile. Quant à l'entreprise Egg-Telsa SA, elle n'a pas pu donner d'estimation.⁶⁵ Il semble ainsi que le parc immobilier genevois est actuellement majoritairement configuré en étoile plutôt qu'en série.

A.2.2.2 Le cuivre torsadé

53. L'IDI cuivre constituait autrefois le réseau par lequel transitait uniquement le téléphone. Aujourd'hui, l'IDI cuivre ne se limite plus à la téléphonie et peut fournir des services triple play (N 29).

54. La construction de l'IDI cuivre est financée par le propriétaire de l'immeuble, ce dernier en étant également le propriétaire.⁶⁶

55. Tous les opérateurs IPTV distribuent leur offre télévisuelle par l'IDI cuivre ou l'IDI fibre optique si elle existe. En Ville de Genève, il s'agit principalement des offres de Swisscom, Sunrise, M-Budget, Green.ch et VTX.

⁴⁶ A 162, réponses 2 et 3.

⁴⁷ A 155, réponses 2 et 3.

⁴⁸ A 5, réponse 2; A 56, réponses 9 et 10; A 115, p. 7; A 159, réponse 7; A 166, réponse 7; A 198, N 101.

⁴⁹ A 56, réponse 8.

⁵⁰ A 198, N 102.

⁵¹ A 222, p. 7.

⁵² A 115, réponse 48b.

⁵³ Pour une représentation schématique: A 115, annexe 30, pp. 9 et 18.

⁵⁴ A 115, réponse 48a; A 222, p. 3, réponse 1; A 222, réponse 1.

⁵⁵ A 115, réponse 48b; voir aussi A 1, annexe 7, ou encore A 60, N 5 p. 4.

⁵⁶ A 57, p. 2.

⁵⁷ A 5, p. 3.

⁵⁸ A 165, réponse 14 et annexe 17.

⁵⁹ A 165, réponse 14.

⁶⁰ A 115, réponse 48b.

⁶¹ A 198, N 107.

⁶² A 155, réponse 3b.

⁶³ A 155, réponse 9.

⁶⁴ A 198, N 109.

⁶⁵ A 162, réponses 3b et 9.

⁶⁶ A 126, réponse 2.

A.2.2.3 La fibre optique

56. Une fibre optique est un fil en verre ou en matière synthétique très fin qui a la propriété de transmettre des données haut débit codées en signaux lumineux entre deux lieux distants de plusieurs centaines, voire milliers de kilomètres. Elle s'est généralisée pour le transport à longue distance de signaux tant pour les opérateurs de téléseaux que pour Swisscom. L'infrastructure de transport collective de Naxoo (infrastructure horizontale, N 43) est composée de fibre optique.

57. Selon Naxoo, Swisscom aurait – en partenariat avec les SIG – développé le réseau de fibre optique en Ville de Genève: chaque UH serait à même de bénéficier d'une connexion à haut débit, que ce soit par le biais du cuivre seul, de la fibre optique (FTTH: fibre optique dans l'immeuble) ou d'un mélange des deux (FTTB ou FTTS:

fibre optique jusqu'à l'immeuble ou à proximité, cuivre torsadé jusqu'à l'UH).⁶⁷ Selon une estimation de Teleste Network Services SA, 65 % des immeubles en Ville de Genève disposeraient à la fois d'une IDI cuivre et d'une IDI fibre optique.⁶⁸ A l'inverse, Gérardronic a indiqué que les bâtiments reliés avec de la fibre optique jusqu'aux prises des consommateurs étaient très rares.⁶⁹ Egg-Telsa SA n'a pas pu donner d'estimation.⁷⁰

58. Il a été demandé à Swisscom d'indiquer le pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec fibre optique jusqu'à l'utilisateur final, soit fibre optique FTTH. Les informations données le 8 novembre 2017 sont les suivantes, étant précisé que selon Swisscom, les chiffres correspondent au pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec au minimum une prise OTO installée, ce qui signifie que toutes les UH du bâtiment ne sont pas forcément équipées d'une prise optique⁷¹:

2011	2012	2013	2014	2015	2015
[0-15 %]	[15-30 %]	[40-55 %]	[55-70 %]	[65-80 %]	[70-85 %]

Tableau 3: Pourcentage de bâtiments en Ville de Genève avec au minimum une prise OTO installée

59. Concernant les communes de Cologny, Carouge et Conches, les pourcentages sont beaucoup plus faibles et il peut être renvoyé à la pièce correspondante.⁷²

60. Naxoo a indiqué [...].⁷³

61. La fibre optique utilise la technologie IPTV pour transmettre les signaux. Partant, les prestataires utilisant le cuivre torsadé peuvent en règle générale également utiliser la fibre optique. En revanche, le système Super-média n'est pas compatible avec une IDI fibre optique, et a nécessairement besoin d'une IDI coaxiale pour distribuer le signal à l'intérieur du bâtiment.⁷⁴

62. Dans sa prise de position, Naxoo avance que le signal satellite peut être réceptionné et transmis par la fibre optique, car les satellites sont dotés de facultés optiques pour la transmission.⁷⁵ Naxoo omet toutefois d'indiquer que contrairement aux IDI coaxiales – présentes dans la quasi-totalité des bâtiments –, les IDI fibre optique (FTTH) sont beaucoup plus rares, en particulier sur la période visée par l'enquête,⁷⁶ ce à quoi s'ajoute que même si un bâtiment est équipé d'une IDI fibre optique, rien n'indique que toutes les UH sont équipées des prises optiques correspondantes (N 58). De plus, les IDI coaxiales sont généralement possédées et contrôlées par les propriétaires d'immeubles, alors que les IDI fibre optique le sont en règle générale par Swisscom ou les SIG, qui les louent probablement à tout tiers intéressé. Naxoo part ainsi d'une prémisse incorrecte, à savoir que les IDI coaxiales et les IDI fibre optique (FTTH) sont pleinement substituables (voir aussi N 439).

A.2.2.4 Le satellite

63. La réception satellitaire est possible de deux manières: par des paraboles individuelles ou par une parabole collective installée en toiture. La société Teleste Network Services SA estime à 75 % les bâtiments en

Ville de Genève pourvus d'une antenne collective en toiture.⁷⁷ Egg-Telsa SA et Gérardronic n'ont pas pu donner d'estimation.⁷⁸

A.2.2.4.1 Réception par parabole individuelle

64. La première solution de réception satellitaire consiste à installer une parabole individuelle sur le balcon et à relier celle-ci par un câble à un téléviseur, un décodeur venant éventuellement encore s'intercaler entre la parabole et le téléviseur. Ce mode de réception est toutefois limité techniquement: la qualité de la réception dépend en particulier de l'environnement direct. Ainsi, la réception sera meilleure pour une parabole collective installée en toiture d'immeuble que pour une parabole individuelle installée aux étages inférieurs d'un immeuble entouré d'autres immeubles. En outre, l'installation de paraboles individuelles peut être réglementée par différents acteurs, comme les pouvoirs publics ou les régies immobilières. Dans le canton de Genève, le RCI⁷⁹ prévoit à son art. 59 que « *les immeubles neufs ou complètement transformés ne peuvent être équipés que d'un collecteur unique, faisant partie d'une installation radioélectrique réceptrice de radiodiffusion sonore et visuelle, avec distribution collective* ». Seule une parabole collective est ainsi autorisée pour les nouvelles constructions ou les

⁶⁷ A 115, p. 6.

⁶⁸ A 155, réponse 7.

⁶⁹ A 91, réponse B11.

⁷⁰ A 162, réponse 7.

⁷¹ A 209.

⁷² A 207.

⁷³ A 163, réponse 9b.

⁷⁴ A 165, réponse 10; A 219, I. 165 ss.

⁷⁵ A 198, N 665.

⁷⁶ A 207 et 209.

⁷⁷ A 155, réponse 8.

⁷⁸ A 162, réponse 8; A 165, réponse 6.

⁷⁹ Règlement cantonal genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses (RCI; RS L 5 05.01).

transformations d'immeubles, à l'exclusion des paraboles individuelles. A l'art. 57, le RCI prévoit en outre que les nouvelles antennes doivent être conformes à l'un des types agréés par le département du point de vue de la sécurité publique et de l'esthétique, et doivent grouper sur un seul support la réception des ondes radio, UKW⁸⁰ et télévision. Finalement, la connexion entre la parabole individuelle et le téléviseur nécessite souvent le perçage d'un trou dans la façade. Si cette opération ne présente aucune difficulté technique, les propriétaires préféreront l'éviter afin de conserver leur bien immobilier intact, cela d'autant plus s'ils ont la possibilité d'utiliser la parabole collective installée en toiture et reliée à l'IDI coaxiale.

A.2.2.4.2 Réception par parabole collective

65. La deuxième possibilité consiste à capter les signaux satellitaires via une antenne parabolique collective ins-

tallée en toiture, laquelle est reliée à l'IDI coaxiale de l'immeuble à l'aide d'une boîte de mixage généralement située au sous-sol. Au cours de l'enquête, il est apparu qu'au minimum deux systèmes différents sont principalement utilisés en région genevoise: le système Supermédia de Gérardtronic, et le système « à la carte, Démodulé & Remodulé » proposé notamment par Fréquence TV à Gland, Télévision Nicolet à Meyrin ou encore ICS Installation Câble et Satellite à Genève.⁸¹ Comme vu au titre précédent, l'installation de paraboles collectives est obligatoire dans certains cas.

66. Le Tableau 4 ci-dessous schématise l'antenne parabolique collective installée en toiture et reliée à un système tiers comme le Supermédia de Gérardtronic, système tiers qui est installé après la boîte d'injection du télé-réseau et qui mixe les signaux du satellite et du télé-réseau.

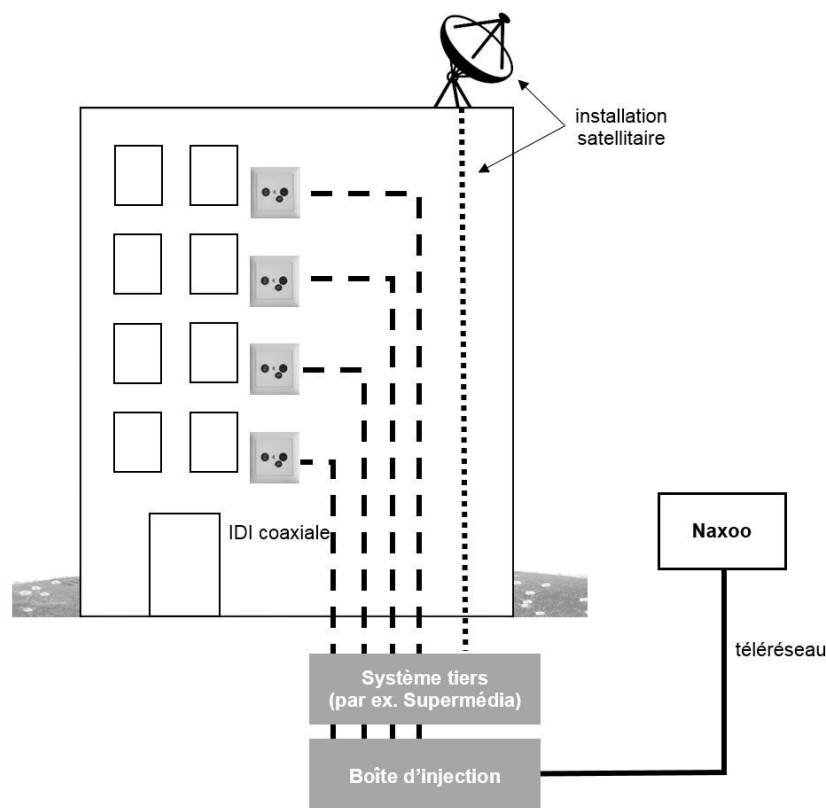


Tableau 4: Antenne parabolique collective et IDI coaxiale en étoile

a. Le système Supermédia

67. Il est renvoyé aux N 17 ss concernant le fonctionnement général du système Supermédia.

68. Le système n'est pas compatible avec les IDI fibre optique.⁸² L'utilisation de l'IDI cuivre n'est pas non plus envisageable, vu en particulier que la boîte d'injection de ce type de réseau n'est pas prévue pour accueillir un système tiers. Un système satellitaire collectif a ainsi nécessairement besoin d'une IDI coaxiale pour distribuer le signal à l'intérieur du bâtiment (N 18 et 61).

69. Le système appelé « SAT Optic » n'est pas un troisième système de réception satellitaire, mais désigne une technologie de Gérardtronic utilisant la fibre optique

pour relier la parabole collective à la boîte de mixage. Selon Gérardtronic, le système SAT Optic a été utilisé dans les dernières installations sises Rue Cramer et Rue Abraham-Gevray. Un câble optique relie l'antenne parabolique située sur le toit à un dérivateur situé avant la boîte de mixage au sous-sol de l'immeuble, mais l'IDI de l'immeuble reste en coaxial vu qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de tuner satellite disposant d'une entrée optique pour le consommateur.⁸³ Gérardtronic ajoute encore qu'il

⁸⁰ *Ultrakurzwellen*, ondes ultracourtes.

⁸¹ A 91, réponse B9; A 165, réponse 7.

⁸² A 1, p. 2, N 6; A 165, réponse 10; A 219, l. 165 ss.

⁸³ A 219, l. 165 ss.

est rarissime que des fibres optiques soient installées en attente dans les immeubles existants pour une IDI fibre optique à venir.⁸⁴ SOS-Télé à Broc indique que le système SAT Optic est surtout utile ou rentable pour de longues distances et de grandes installations collectives.⁸⁵

b. Le système « à la carte, Démodulé & Remodulé »

70. Gérardtronic indique que certains installateurs utilisent encore un système appelé « à la carte, Démodulé & Remodulé » permettant l'utilisation d'un ou de plusieurs canaux laissés libres pour la télévision dans l'IDI coaxiale pour diffuser une ou plusieurs chaînes satellitaires. Selon Gérardtronic, ce système est différent du système Supermédia et serait coûteux, peu approprié à l'évolution technique et à ses mutations constantes, et risqué dès lors que les téléreseaux évoluent avec de nouvelles chaînes dans la bande passante initiale.⁸⁶

c. Les différentes configurations techniques possibles d'un système satellitaire collectif

71. L'installation d'un système satellitaire collectif peut intervenir selon des configurations techniques différentes:

72. **Configuration A:** au niveau du local technique de l'immeuble, le signal du téléreseau, 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 téléreseau et du satellite dans son appartement. C'est la configuration qui est présentée par Gérardtronic comme étant « le système Supermédia ».⁸⁷

73. **Configuration B:** au niveau du local technique de l'immeuble avec distribution de l'IDI coaxiale en étoile, chaque câble coaxial partant dans chaque UH peut être branché alternativement soit sur le téléreseau, 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 téléreseau, soit du satellite dans son appartement, sans qu'il ne puisse lui-même switcher du téléreseau au satellite, ou vice-versa. Le switch 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.⁸⁸

74. **Configuration C:** il y a deux IDI coaxiales en parallèle dans l'immeuble. Le téléreseau 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.⁸⁹

75. **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 téléreseau, ou alors le téléreseau n'est pas actif.⁹⁰

76. **Configuration E:** sorte de mélange entre les configurations A et C, le mixage intervient dans un local

technique au niveau de chaque appartement.⁹¹ Une telle configuration semble donc pouvoir s'ajouter à une configuration C pour certains ou pour tous les appartements.

A.2.2.4.3 Le « SPAUN »

77. Le terme de « SPAUN » se réfère à une marque allemande⁹² qui fabrique des amplificateurs et des multi-commutateurs, et plus généralement du matériel équippant notamment les réseaux coaxiaux. Naxoo a fait référence à un équipement de marque SPAUN lors de son audition devant la COMCO.⁹³ Le boîtier de mélange SPAUN est le boîtier qui mixe les signaux du téléreseau et les signaux du satellite en un signal unique, avant qu'il ne soit injecté dans l'IDI coaxiale.⁹⁴ Un tel boîtier est également utilisé dans les appartements des clients afin de séparer à nouveau les signaux.⁹⁵

A.2.2.5 La TNT

78. La TNT porte sur la diffusion de signaux de télévision numérique par un réseau de réémetteurs hertziens terrestres. C'est une solution pour les personnes qui ne captent la télévision ni par satellite ni par câble, mais au moyen d'une antenne intérieure ou extérieure, et qui ne souhaitent pas recevoir le signal via des opérateurs téléphoniques afin d'éviter des coûts d'abonnement.⁹⁶

79. La TNT n'est pas une offre triple play et elle se limite à la télévision. Elle ne permet de capter que quatre chaînes de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) en Suisse romande.⁹⁷ En outre, la TNT ne permet pas de capter la radio.

80. Selon Gérardtronic, celle-ci a dû installer un système TNT à plusieurs reprises afin de pallier le refus de Naxoo de raccorder certaines constructions au téléreseau en raison de la présence du système Supermédia.⁹⁸ Gérardtronic précise que les chaînes transmises par la TNT sont généralement incluses dans l'offre de base du téléreseau, rendant de ce fait inutile la mixité d'une installation TNT avec le téléreseau.⁹⁹

A.3 Procédure

A.3.1 Dénonciation

81. Le 8 avril 2013, Gérardtronic a déposé auprès du Secrétariat une dénonciation à l'encontre de Naxoo.¹⁰⁰ En substance, Gérardtronic reproche à Naxoo des entraves à

⁸⁴ A 91, réponse B11 et annexe 16.

⁸⁵ A 120, réponse 12.

⁸⁶ A 91, réponse B9; A 165, réponse 7.

⁸⁷ A 208, réponses A.1 et A.2.

⁸⁸ A 208, réponse A.2.

⁸⁹ A 208, réponse A.2.

⁹⁰ A 208, réponse A.2.

⁹¹ A 208, réponses A.1 et A.2.

⁹² <www.spaun.de> (18.12.2017).

⁹³ A 222, réponse 5, pp. 6 à 8.

⁹⁴ A 1, annexe 3; A 218, annexe 3; A 199, annexe 4 et ses annexes 1 et 2 ainsi que les photographies 19 ss; A 222, réponse 5, pp. 6 à 8.

⁹⁵ A 1, annexe 3.

⁹⁶ A 154, Rapport annexé, N 1.2.

⁹⁷ <www.broadcast.ch/fr/television/antenne-tnt> (13.2.2017); <<http://22.22.ch/tnt/tnt-suisse.html>> (13.2.2017).

⁹⁸ A 165, réponses 1a et 1d; A 154, réponse 3a.

⁹⁹ A 165, réponse 8.

¹⁰⁰ A 1.

la concurrence, et plus spécifiquement une violation de l'art. 7 al. 2 let. a LCart. Selon Gérardtronic, « *une installation est essentielle lorsque son utilisation est une condition indispensable à l'entreprise requérante pour avoir accès à un marché voisin de celui duquel l'entreprise est dominante et qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à cette installation* ». En l'espèce selon Gérardtronic, Naxoo disposerait d'un monopole pour l'exploitation du télésexeu en Ville de Genève et refuserait de raccorder les immeubles équipés du système Supermédiá, excluant de facto Gérardtronic du marché en Ville de Genève. Gérardtronic ajoute que le refus de Naxoo ne serait fondé sur aucune raison commerciale (le réseau intérieur de distribution des immeubles serait construit et financé par le propriétaire) ni technique (le système Supermédiá ne créerait pas de perturbations). Gérardtronic sollicite l'ouverture d'une enquête au sens des art. 27 ss LCart, à laquelle elle sollicite de pouvoir participer conformément à l'art. 43 al. 1 let. a LCart.

82. Dans un courrier du 23 mai 2005 d'UPC transmis par Gérardtronic,¹⁰¹ UPC s'est notamment prononcée comme suit sur le système Supermédiá, après l'avoir fait examiner par son département qualité à Zurich:

- «- *Votre projet Supermédiá a été étudié par notre département qualité à Zurich et il en est ressorti que votre concept pourrait être adjoint à des raccordements télésexeu et ce sur les réseaux propriété de Cablecom, à savoir Chêne-Bougeries, Bernex, Bellevue, Plan-les-Ouates, Confignon, Versoix, Puplinge, Troinex, Chêne-Bourg, Vernier et Thônex.*
- *Toute perturbation ou problème constaté lors d'interventions de notre part qui serait provoqué par l'adjonction du satellite entraînerait immédiatement, avec l'accord du client, la suppression du système pour n'y laisser que le télésexeu.*
 - *Toute réparation ou échange de matériel [...] ne correspondant pas au standard de Cablecom ne se fera en aucun cas par nos services et ne sera pas pris en charge par Cablecom.*
 - *Il est de votre ressort d'aviser clairement les régies, propriétaires et locataires que toute modification de votre concept pour mélanger le satellite avec le télésexeu et ses produits multimédias ne se fera en aucun cas aux frais de Cablecom, ni par Cablecom.*
 - *Tous les schémas que vous nous ferez parvenir pour des installations utilisant ce concept devront porter une indication claire nous indiquant le style d'installation que vous comptez réaliser et nous ne dessinerons que la partie télésexeu. Nous avons par ailleurs retenu de notre entretien que vous engagez votre responsabilité en cas de perturbations dues à l'adjonction de ce système [...].*
 - *Comme pour les installations conventionnelles, toutes les mises en route d'installations présentant des problèmes et ne permettant pas le bon fonctionnement du télésexeu seront annulées et reportées à une date ultérieure [...].*

83. D'un autre courrier du 25 février 2013 (daté par erreur de 2012) et transmis en annexe à la dénonciation,¹⁰² il ressort que Naxoo se serait opposée à l'installation du système Supermédiá dans les immeubles sis Rue Cramer à Genève, en indiquant notamment que « [L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du télésexeu dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédiá », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ».

A.3.2 Observation de marché

84. Par courrier du 31 mai 2013, le Secrétariat a informé Naxoo qu'il procédait à une observation du marché concernant l'accès de Gérardtronic à l'IDI coaxiale.¹⁰³ Le Secrétariat a en outre transmis un questionnaire à Naxoo. Le Secrétariat a également informé UPC de l'observation du marché, et lui a transmis un questionnaire.¹⁰⁴

85. D'un courrier [...] du 21 mai 2013 envoyé à Naxoo et transmis par Gérardtronic au Secrétariat (N 90),¹⁰⁵ il ressort les éléments suivants: « *Nous accusons réception de votre courrier du 16 mai 2013 qui a retenu toute notre attention. Néanmoins nous tenons à vous signaler que nous sommes dans l'obligation de maintenir notre position et donc de rester sur les conventions de raccordement signées par le Maître d'ouvrage et nous même transmises à [Naxoo] le 8 avril 2013. En effet, seuls les termes de ce courrier et donc des conventions de raccordement annexées nous permettent de respecter notre contrat avec notre client le Maître d'ouvrage. Par conséquent, nous vous demandons une dernière fois une réponse claire et ferme à la question suivante: Est-ce que [Naxoo] accepte de raccorder les immeubles [...] rue Cramer Genève, sachant que le réseau intérieur de distribution assure la diffusion simultanée du télésexeu et du satellite (immeuble Supermédiá) ?* ».

86. Naxoo a donné la réponse suivante à [...] le 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 ».* Ces dispositions sont conformes à nos procédures de travail qui nous permettent d'apporter à nos clients un haut niveau de qualité dans la diffusion des services proposés. Nous restons bien entendu très intéressés à travailler ensemble sur ce projet et nous respectons les décisions du propriétaire quant au choix du futur prestataire de services ».¹⁰⁶

¹⁰¹ A 1, annexe 5.

¹⁰² A 1, annexe 7.

¹⁰³ A 2.

¹⁰⁴ A 3.

¹⁰⁵ A 6, annexes 10.

¹⁰⁶ A 6, annexes 10.

87. Le 21 juin 2013,¹⁰⁷ UPC a indiqué en substance qu'en 2007, la société Cablecom Sàrl d'alors a informé que rien ne s'opposait à l'installation de prises Supermédià, sous réserve du respect par Gérardtronic des normes en vigueur ainsi que d'une exécution dans les règles de l'art. UPC indique encore que les IDI qui contiennent des prises Supermédià n'ont pas fait l'objet de problèmes techniques jusqu'à ce jour. Plus loin, elle décrit le système Supermédià comme un produit additionnel au télé-réseau. Finalement, UPC indique que dans le futur, le système Supermédià et le télé-réseau pourraient être confrontés à un conflit de cohabitation en raison de l'évolution de la gamme des fréquences utilisées. Gérardtronic en aurait déjà été informé par le passé. C'est au propriétaire d'immeubles qu'il reviendrait alors de choisir entre les services du télé-réseau ou ceux d'un système satellitaire.

88. Le 24 juin 2013,¹⁰⁸ Naxoo a notamment indiqué qu'« [elle] n'est pas propriétaire des réseaux Inhouse. C'est le propriétaire de l'immeuble qui est propriétaire de cette partie du réseau [...]. En cas d'utilisation d'un câblage unique comme vecteur de transmission des signaux de Naxoo et satellite, deux catégories de questions sont susceptibles de se poser: 1. Problèmes liés aux abonnements individuels des usagers; 2. Problèmes de maintenance technique [...]. L'insertion du système Supermédià au-delà de la prise ne pose pas de problèmes particuliers sous un angle technique, dans la mesure où les techniciens de [Naxoo] pourront procéder à leurs tests diagnostiques en amont du mélange des deux signaux. En revanche, l'insertion du système Supermédià entre le point d'injection et la prise poserait des problèmes diagnostics aux équipes techniques de [Naxoo], à tout le moins sur deux points. D'une part, les techniciens de [Naxoo] ne sont pas en mesure de détecter l'origine d'un éventuel problème à partir du point d'insertion du système Supermédià, les instruments de mesure dont ils disposent n'étant en effet pas adaptés aux fréquences utilisées par le système Supermédià. D'autre part, ils ne disposent pas des connaissances permettant de résoudre les problèmes éventuels liés au système Supermédià [...]. Une telle situation créerait de grands problèmes à [Naxoo], aussi bien en termes d'attribution des responsabilités qu'en termes d'image et de service à la clientèle [...]. Dès lors, la seule possibilité pour [Naxoo] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système Gérardtronic au-delà du point de mélange, privant ainsi par la même occasion ses abonnés du service auquel ils sont en droit de s'attendre [...] ». Plus loin, Naxoo indique que « nous n'avons pas connaissance de tels cas [problèmes techniques causés par l'installation de Supermédià], nos équipes techniques n'ayant jamais dû intervenir pour un problème technique causé par la technologie Supermédià à nos clients ».

89. Sur la question de savoir si la technologie Supermédià peut être considérée comme un produit concurrent aux produits TV de Naxoo ou plutôt un produit supplémentaire, Naxoo a répondu que « cette offre de service peut être considérée comme une offre concurrente de l'offre proposée par [Naxoo] en matière d'offre de programmes de télévision, puisqu'elle permet la réception de programmes de télévision par voie satellitaire. Elle

représente donc une alternative supplémentaire offerte aux usagers, ces derniers disposant ainsi d'un large choix de produits, allant de la réception de programmes de télévision par câble coaxial, par fibre optique, par voie hertzienne (TNT ou satellite) ou par Internet. La réponse donnée ci-dessus repose sur une appréciation fondée sur les possibilités en théorie offertes par cette technologie et sur l'hypothèse que la qualité des services proposés par le biais de la technologie Supermédià sont similaires ou proches de ceux offerts par [Naxoo] ». ¹⁰⁹

90. Par courrier du 26 juin 2013, Gérardtronic a transmis diverses correspondances.¹¹⁰ Elle mentionne en particulier ce qui suit: « [...] a écrit à plusieurs reprises à [Naxoo] pour lui demander si elle acceptait de raccorder les immeubles en sachant que le réseau intérieur de distribution des immeubles assurait la diffusion simultanée des réseaux et du satellite. Par correspondance du 6 juin 2013, Naxoo a confirmé à [...] qu'elle ne pouvait prendre en compte les modifications apportées à la convention de raccordement, précisant ensuite, dans une correspondance de pure forme, que sa position n'avait rien à voir avec l'existence de Supermédià ».

91. Le 6 août 2013, le Secrétariat a imparti à Naxoo un délai afin de négocier une solution pour qu'il soit possible d'exploiter la technologie Supermédià en parallèle aux services qu'elle fournit à ses clients.¹¹¹ Le Secrétariat estimait en effet que les problèmes décrits par Naxoo le 24 juin 2013 pouvaient être résolus.¹¹²

92. Par courrier du 3 septembre 2013 et en substance, Naxoo a indiqué au Secrétariat qu'« afin de poursuivre la réflexion et d'être à même d'évaluer d'éventuelles propositions qui lui seraient faites », elle souhaite pouvoir analyser l'ensemble des caractéristiques techniques du matériel Supermédià et étudier les accords existants entre Gérardtronic et UPC. Elle demande en outre au Secrétariat de lui faire parvenir un certain nombre de documents (informations et descriptions techniques liées au matériel Supermédià; copie de l'accord existant entre Gérardtronic et UPC; processus de correction de pannes lors de la présence du matériel Supermédià sur le réseau) « afin de lui permettre de se prononcer sur la proposition du Secrétariat du 6 août 2013 en toute connaissance de cause ». ¹¹³

¹⁰⁷ A 4.

¹⁰⁸ A 5.

¹⁰⁹ A 5, réponse 5; A 17, réponse 2; la réponse de Naxoo doit en outre être précisée dans le sens où, bien qu'elle soit enregistrée depuis le 1.4.2007 auprès de l'OFCOM en tant que fournisseur de services de télécommunication, la société ne l'a vraisemblablement été que pour le service de base limité à la télévision. Naxoo précise en effet que jusqu'au mois de février 2014 (respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques) – date de l'arrêt définitif de la fourniture de DTV –, elle fournissait directement le contenu télévisuel sur son réseau. Depuis cette date, le contenu télévisuel est fourni par UPC. Naxoo n'a en outre jamais fourni de services dans le domaine de l'Internet ou de la téléphonie aux consommateurs, ces services étant toujours proposés par UPC. Pour les contrats à valeur ajoutée (Internet ou téléphone ou télévision numérique), les contrats sont conclus directement entre UPC et les consommateurs (A 115, p. 3; A 56, réponses 1 in fine, 5 et 6).

¹¹⁰ A 6.

¹¹¹ A 7 et 8.

¹¹² A 5.

¹¹³ A 9.

93. Le 27 septembre 2013, le Secrétariat a notamment indiqué à Naxoo que depuis 2007, UPC « *accepte la modification de la prise pour le signal du réseau câble avec la prise Supermédia (brevet d'invention CH 699 157 B1), si les composants techniques répondent aux exigences CENELEC EN 50053. [UPC] nous a informés que jusqu'à présent il n'existait pas de problèmes techniques. En conséquence, nous partons toujours du principe qu'il est sans autre possible d'opérer les deux technologies en parallèle. Pour les informations et descriptions techniques liées au matériel dit « Supermédia », nous vous prions de vous adresser à Gérardtronic, qui sera davantage à même de vous fournir ces données relatives aux détails techniques [...]* ». Le Secrétariat a en outre requis de Naxoo que celle-ci l'informe sur les démarches entreprises jusqu'alors dans le but de trouver un accord avec Gérardtronic.¹¹⁴

94. Le 17 octobre 2013, Naxoo a indiqué en substance que dans un contexte de plusieurs procédures judiciaires en cours, elle ne pouvait raisonnablement envisager une coopération commerciale avec la société Gérardtronic, qui ne prévoit pas une claire répartition des responsabilités de chacun.¹¹⁵

95. Naxoo mentionne alors que la coexistence avec Gérardtronic, loin de favoriser le choix des consommateurs, réduirait l'offre disponible en raison de l'impossibilité pour Naxoo, ou d'autres câblo-opérateurs, de développer les prestations offertes à la clientèle. De plus, elle entraverait les câblo-opérateurs dans leur capacité à concurrencer les nouvelles offres disponibles sur le marché, notamment les offres d'acteurs majeurs comme Swisscom (cuivre et fibre optique) et les services industriels (fibre optique). Enfin, elle affecterait, dès aujourd'hui, la qualité de transmission des données (perturbations entre signaux, voie de retour, maintenance).

96. Naxoo ajoute que le risque de perturbations lié à la coexistence des deux systèmes sur un même support pose la question cruciale de la maintenance (service après-vente) et de la répartition des responsabilités entre les opérateurs de ces systèmes. Cette problématique serait essentielle pour la fiabilité des services, mais également pour l'attribution de la prise en charge des coûts y relatifs. La seule solution permettant, dans l'immédiat, à moyen et long terme, de préserver la qualité des services ainsi que les capacités d'évolution de ses prestations est d'effectuer une claire répartition des responsabilités entre les opérateurs.

97. Naxoo termine en indiquant qu'elle n'a pour l'heure entrepris aucune démarche en vue de trouver un quelconque accord avec Gérardtronic.¹¹⁶

98. Les 7 et 27 novembre 2013, Gérardtronic a interpellé le Secrétariat sur l'état de l'avancement de la procédure.¹¹⁷ Le 11 décembre 2013, le Secrétariat a répondu à Gérardtronic que la procédure suivait son cours.¹¹⁸

99. Le 13 décembre 2013, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Naxoo relatif à sa position sur le marché ainsi que ses rapports avec Gérardtronic.¹¹⁹ Naxoo a répondu le 28 janvier 2014,¹²⁰ en déposant en outre un nombre important d'annexes, en particulier concernant les diverses procédures judiciaires ouvertes entre Naxoo et Gérardtronic.

100. Le 21 février 2014, Gérardtronic a à nouveau interpellé le Secrétariat sur l'état de l'avancement de la procédure, en précisant que « *le préjudice subi par Monsieur Emery du fait des actes de [Naxoo] se poursuit* ». ¹²¹

101. Le 3 mars 2014, Gérardtronic a indiqué au Secrétariat que « *[Naxoo] persiste dans ses pratiques contraires à l'art. 7 LCart* ». ¹²² A titre d'exemples non exhaustifs, elle décrit un certain nombre de faits datant de 2012 et 2013 en lien avec l'installation intérieure du téléseuil dans plusieurs immeubles sis Rue Abraham-Gevray à Genève. Gérardtronic dépose en outre plusieurs documents.

102. Par courrier du 6 mars 2014 et pour donner suite aux courriers de Gérardtronic des 21 février et 3 mars 2014, le Secrétariat a résumé la situation et la position des parties depuis la dénonciation de Gérardtronic du 8 avril 2013,¹²³ avec copie à Gérardtronic.¹²⁴ Il a en particulier indiqué, en s'adressant à Naxoo, que « *nous vous prions de bien vouloir informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représente pas un cas d'application de l'art. 9.4 (i) de la Convention de Raccordement Immobilier pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par Naxoo* ». Le Secrétariat a ajouté que pour autant qu'une telle confirmation soit donnée aux propriétaires d'immeubles qui veulent utiliser le système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, il ne considère pas qu'une action immédiate soit indiquée dans ce cas. Le Secrétariat a encore ajouté qu'il allait continuer à observer l'évolution de la situation sur le marché afin de prendre d'éventuelles mesures dans le cadre de ses activités de surveillance.

103. Le 10 mars 2014, Gérardtronic a remis au Secrétariat un courrier que lui a adressé Naxoo lui annonçant la suspension de la mise en service d'un immeuble Rue Abraham-Gevray, ainsi que la lettre que M. Emery a alors adressée à Naxoo.¹²⁵

104. Le 18 mars 2014 et en réponse au courrier du Secrétariat du 6 mars 2014, Naxoo a en substance confirmé au Secrétariat qu'elle intégrera ses recommandations visant à informer les propriétaires d'immeubles intéressés à l'installation d'un système tiers de l'absence d'application automatique de l'art. 9.4 (i) de sa CRI en cas de coexistence de son signal avec celui lié d'un système parallèle sur le même support.¹²⁶ Naxoo a ajouté qu'elle était en train d'analyser la prise de position du Secrétariat du 6 mars 2014 et qu'elle se réservait la possibilité de s'adresser au Secrétariat afin de clarifier certains points ou de valider sa compréhension de la prise de position.

¹¹⁴ A 10 et 11.

¹¹⁵ A 12.

¹¹⁶ A 7.

¹¹⁷ A 13 et 14.

¹¹⁸ A 15.

¹¹⁹ A 16.

¹²⁰ A 17.

¹²¹ A 18.

¹²² A 19.

¹²³ A 21.

¹²⁴ A 20 et 24.

¹²⁵ A 23.

¹²⁶ A 25.

105. Par courrier du 24 mars 2014, Naxoo a transmis au Secrétariat une liste d'exigences pour pouvoir accepter l'installation et le fonctionnement d'un système tiers en parallèle sur le même réseau câblé.¹²⁷ Naxoo mentionne notamment que le schéma de raccordement devra être approuvé par ses services, et qu'elle est d'accord avec le fait que la coexistence de son signal avec celui d'un système parallèle sur les installations intérieures de l'immeuble ne constituera pas *en soi* [mise en évidence par la COMCO] un motif de résiliation de la CRI au sens de l'art. 9.4 (i). Naxoo ajoute qu'elle est en droit d'obtenir du propriétaire d'immeubles un schéma de raccordement qui reflète l'intégration du système tiers et comporte l'ensemble des détails techniques relatifs à ce système tiers, et que le schéma de raccordement proposé doit être conforme aux exigences techniques usuelles de Naxoo. Naxoo souhaite également être informée de toute modification apportée au schéma technique validé par elle, doit pouvoir exiger qu'un schéma de raccordement non conforme soit mis en conformité avec ses exigences techniques usuelles et, le cas échéant, en cas de persistance d'une situation non conforme, doit pouvoir soit faire procéder à une mise en conformité aux frais du propriétaire d'immeubles, soit pouvoir résilier la CRI. Dans la suite de son courrier, Naxoo pose encore un certain nombre d'autres exigences afin de pouvoir accepter la coexistence de plusieurs signaux parallèles exploitant le même support et, en particulier, la mise en place d'une allocation claire des responsabilités de chacun en cas de perturbations techniques liées à la présence d'un système tiers sur le même support que le signal télésexeau.

106. Le 26 mars 2014, Gérardronic a transmis plusieurs documents (correspondance entre Naxoo et Gérardronic), en précisant que « *Naxoo s'obstine à ne pas tenir compte des injonctions de votre Commission* ». ¹²⁸

107. S'en est suivie une série d'échanges de courriers n'ayant pas fait avancer la situation.¹²⁹ Contrairement à ce qu'indique Naxoo dans sa prise de position du 16 octobre 2017,¹³⁰ on n'y trouve pas trace que Naxoo aurait – clairement et sans plusieurs réserves –, « confirmé à plusieurs reprises vouloir suivre les recommandations de l'autorité ».

108. Le Secrétariat a transmis un questionnaire à UPC le 13 juin 2014.¹³¹

109. UPC a répondu au questionnaire le 12 septembre 2014.¹³² Elle a en particulier indiqué que jusqu'à cette date, le système Supermédia n'avait pas été une problématique technique importante pour elle, vu que (a) il y a très peu de cas et uniquement en région genevoise, et (b) la gamme de fréquences utilisée par Gérardronic n'est pour le moment pas utilisée par UPC. L'impact opérationnel de la coexistence de deux services techniquement différents sur l'IDI coaxiale utilisée par UPC a ainsi été minime jusqu'à présent. L'accord entre UPC et Gérardronic prendrait toutefois tout son sens si des conflits avec risques de pannes survenaient au-delà d'une gamme de fréquences de 860 MHz.

110. En réponse à la question 2, UPC a répondu en substance qu'en cas d'utilisation conjointe de la même IDI coaxiale, il s'agit de mettre en place des solutions techniques permettant d'éviter ou de minimiser le risque

de perturbations, plutôt que de chercher à déterminer la responsabilité de chacun ainsi que le partage des coûts d'intervention, questions complexes et sensibles.

111. En réponse à la question 5, UPC a répondu en résumé que la coupure ou la suppression d'un service doit toujours être l'*ultima ratio*. Si cela intervient sans implication du propriétaire de l'immeuble, de Gérardronic ou des clients Supermédia, il y a le risque d'une escalade des problèmes au lieu de leur résolution. La suppression pure et simple d'une installation de Gérardronic (par UPC ou un tiers mandaté) comporterait en outre des risques juridiques. Plus généralement, UPC indique que bloquer un service n'est dans tous les cas pas une solution pour les consommateurs.

112. Gérardronic a transmis des courriers au Secrétariat les 15 septembre et 24 octobre 2014.¹³³ Il y est notamment mentionné ce qui suit: « *M. Emery persiste à penser que rien ne justifie la position adoptée par [Naxoo], que ce soit du point de vue juridique ou du point de vue technique [...]. 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 5 à 860 MHz. M. Emery [a] d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des télésexeaux* ».

113. Le 24 octobre 2014, le Secrétariat a résumé la situation et la position des parties.¹³⁴ En particulier, il a relevé que « *[Naxoo] doit aujourd'hui se conformer à l'injonction du 6 mars 2014 sans condition, à savoir que [Naxoo] ne doit pas soumettre unilatéralement et sans qu'il n'y ait de réelles nécessités commerciales ou techniques des conditions de collaboration supplémentaires à Gérardronic ou à des tiers. Un comportement contraire tendrait à démontrer que [Naxoo] vise à empêcher ou à retarder Gérardronic dans l'installation de son système Supermédia – en particulier dans les nouveaux immeubles –, alors que le système Supermédia coexiste depuis plusieurs années avec le télésexeau [...]. L'observation du marché opérée par le Secrétariat permet de constater que [Naxoo] doit tolérer l'installation du système Supermédia par le biais d'un câblage unique et après la boîte d'injection du signal de [Naxoo], le signal de [Naxoo] et le signal satellite de Gérardronic étant alors acheminés aux usagers par le même câble. Une telle cohabitation fonctionne depuis plusieurs années avec UPC Cablecom, sans que des problèmes techniques n'entravent le fonctionnement en parallèle des deux systèmes [...]. Partant et dès aujourd'hui, [Naxoo] doit tolérer l'installation du système Supermédia ou de tout système analogue provenant d'un tiers, sans menacer directement ou indirectement les propriétaires*

¹²⁷ A 26.

¹²⁸ A 27.

¹²⁹ A 28 à 33.

¹³⁰ A 198, N 164 s.

¹³¹ A 34.

¹³² A 35 à 38.

¹³³ A 39 et 40.

¹³⁴ A 41 et 42.

d'immeubles de couper son service ou de ne pas enclencher son propre service si un autre système devait également être choisi, et en évitant l'emploi de tout autre moyen dilatoire ayant pour effet d'empêcher ou de retarder l'installation d'un système tiers comme Supermédia. Un tempérament doit toutefois être assorti à l'injonction qui précède, à savoir que la maintenance technique des réseaux doit être possible tant pour [Naxoo] que pour Gérardronic ou tout autre tiers. Partant, la manière de procéder ainsi que la responsabilité de chaque fournisseur de services doivent être clarifiées, sans toutefois que cela n'empêche dans l'intervalle l'installation du système Supermédia ».

114. Le Secrétariat a ainsi proposé à Naxoo que celle-ci trouve un terrain d'entente avec Gérardronic sur la façon de faire cohabiter les deux systèmes afin de pouvoir clore l'affaire. Un délai au 28 novembre 2014 a été fixé à cet effet. Il a encore été précisé qu'au cas où Naxoo devait s'obstiner à s'opposer à l'exploitation en parallèle des deux systèmes – notamment en fixant des conditions techniques inutiles ou en menaçant de désactiver son propre service en cas d'installation d'un service tiers comme Supermédia –, le Secrétariat envisagera l'ouverture d'une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart. Des discussions ont alors été menées entre Naxoo et Gérardronic et le délai a été prolongé au 12 décembre 2014 sur demande des protagonistes.¹³⁵ Aucun accord n'est intervenu entre Naxoo et Gérardronic au délai fixé par le Secrétariat.

115. Par courrier du 12 décembre 2014, Naxoo a résumé la situation de la manière suivante:¹³⁶

1. « [Naxoo] ne s'oppose pas à l'installation d'un système tiers sur les installations intérieures d'immeuble, pour autant que le signal du télé-réseau ne soit pas perturbé;
2. [Naxoo] a modifié la CRI dans ce sens [Dans l'éventualité où (i) une installation ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo et/ou que le Propriétaire refuse la remise en état de celle-ci si elle perturbe la réception des signaux arrivant dans la boîte d'injection jusqu'aux prises situées dans toutes les unités locatives de l'immeuble et/ou (ii)...];
3. [Naxoo] a préparé une lettre à l'attention des propriétaires d'immeubles intéressés à l'installation d'un système tiers, précisant et complétant la CRI sur certains points particuliers, notamment à des fins de répartition des responsabilités entre les propriétaires et [Naxoo] s'agissant du système tiers;
4. S'agissant du système Supermédia, [Naxoo] a confirmé sa non-opposition à l'installation d'un tel système au vu des garanties offertes par Gérardronic Pascal Emery ».

116. Naxoo a en outre transmis deux annexes, à savoir un courrier à l'intention de Gérardronic ainsi qu'un projet de courrier à l'intention des propriétaires d'immeubles.

117. Le 15 décembre 2014, Gérardronic a indiqué au Secrétariat que les négociations menées avec Naxoo avaient échoué. Gérardronic mentionne notamment ce qui

suit:¹³⁷ « La communication destinée aux propriétaires d'immeubles jointe à ce courrier trahit la position de [Naxoo] qui, au lieu de se limiter à son rôle de fournisseur de services, se comporte comme une autorité qui pense pouvoir dicter ses conditions à M. Emery et aux propriétaires d'immeubles qui, dans leur large majorité, sont propriétaires des réseaux intérieurs qu'ils ont installés à leurs frais. Outre sa forme, la communication destinée aux propriétaires n'est pas acceptable car

- [Naxoo] s'immisce dans la conception des réseaux intérieurs d'immeubles, en imposant des normes techniques discriminatoires, le schéma de principe ayant pour but de permettre un calcul des puissances à la prise;
- sauf contrat d'entretien ou instruction du propriétaire d'immeuble, [Naxoo] n'a pas à s'arroger le droit de débrancher une installation intérieure dont elle n'est pas propriétaire;
- [Naxoo] s'obstine à maintenir les clauses discriminatoires figurant dans ses dispositions contractuelles, en particulier l'article 9.4 de la convention de raccordement auquel le projet de courrier aux propriétaires fait expressément référence ».

118. Le courrier était en outre accompagné de six annexes, soit des courriers, des projets de conventions et des bases de discussions.

119. Le 19 décembre 2014, Naxoo a transmis une nouvelle prise de position au Secrétariat, accompagnée de neuf annexes.¹³⁸

120. Dans un courriel daté du 20 novembre 2014 et adressé à Gérardronic (une des annexes transmises), Naxoo indique ce qui suit: « Du point de vue de [Naxoo], les éléments suivants sont essentiels:

1. Le schéma de raccordement technique doit être complet et précis, et doit permettre à [Naxoo] (i) de s'assurer que les prescriptions techniques de [Naxoo] ont été respectées et (ii) de procéder aux calculs de puissance nécessaires;
2. [Naxoo] doit pouvoir débrancher le système tiers à des fins de diagnostic lors d'interventions, sans être contrainte de rebrancher ce système tiers. Elle pourra le faire, sans y être contrainte, lorsque la perturbation du signal ne provient pas du système tiers;
3. [Naxoo] ne procédera à aucune intervention sur le système tiers ou du matériel fourni par des tiers;
4. [Naxoo] ne pourra encourir une quelconque responsabilité en relation avec le système tiers.

¹³⁵ A 43 à 47.

¹³⁶ A 49.

¹³⁷ A 50.

¹³⁸ A 52.

Il va de soi que les éléments qui précèdent partent de l'hypothèse fondamentale que le système tiers permet une coexistence paisible des signaux du télé-réseau et du système tiers, de sorte que les usagers des deux systèmes puissent jouir de l'ensemble des prestations dont ils souhaitent bénéficier. Comme indiqué, il serait utile que [Naxoo] dispose des données techniques relatives au système Supermédia afin de pouvoir en tenir compte lors du paramétrage de ses systèmes. Bien entendu, [Naxoo] ne s'attend pas à ce que ces données lui soient communiquées lors de chaque raccordement d'immeuble, sous réserve de modifications apportées au système Supermédia ».

121. Gérardtronic a pris position le 23 décembre 2014 sur le courrier du 19 décembre 2014 et a transmis douze annexes. En substance, elle indique ce qui suit:¹³⁹ « [...] [Naxoo] s'ingénie à compliquer une problématique résolue de façon claire, concise et satisfaisante avec Cablecom depuis près de 10 ans. C'est ainsi qu'il a été convenu avec UPC Cablecom qu'un débranchement du système Supermédia peut intervenir, avec l'accord du client, pour autant que la perturbation provienne du satellite et non pas de façon systématique comme le souhaite [Naxoo]. De même, [Naxoo] s'arroge le droit de valider les schémas intérieurs d'immeubles alors que, selon son courrier du 29 décembre 2005, les schémas sont fournis uniquement à des fins de calcul [...]. Au lieu de reprendre les conditions convenues entre M. Emery et UPC Cablecom, [Naxoo] n'a eu de cesse que de vouloir compliquer la situation, puis de rompre les négociations en préparant un courrier unilatéral aux propriétaires dont le seul but est de les décourager d'accepter le système Supermédia décrit par le conseil de [Naxoo] comme « parasitaire ». L'échec des négociations était apparemment programmé car [Naxoo] préparait ses nouveaux tarifs valables dès janvier 2015 et qui incluent, à titre « gratuit », un contrat de modernisation des installations intérieures d'immeubles en contrepartie de la cession à [Naxoo] de l'usage exclusif des réseaux intérieurs d'immeubles ».

A.3.3 Enquête préalable

122. Le 29 janvier 2015, constatant qu'aucun terrain d'entente n'avait été trouvé entre Naxoo et Gérardtronic et conformément à ce qui avait été annoncé, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable sur la base de l'art. 26 LCart à l'encontre de Naxoo.¹⁴⁰

123. Il est précisé que l'enquête préalable a été ouverte non pas en raison de l'absence d'accord entre Naxoo et Gérardtronic dans le délai imparti par le Secrétariat¹⁴¹ – ce qui aurait sinon permis à Gérardtronic d'instrumentaliser la procédure dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête préalable –, mais bien parce que les pièces transmises par Naxoo¹⁴² dans le délai fixé tendaient à démontrer que Naxoo n'avait pas l'intention de changer de pratique (par ex. maintien de l'approbation du schéma de raccordement, modification sur la forme de l'art. 9.4 de la Convention de raccordement qui ne règle pas le problème de fond de l'obligation des tiers de se conformer aux spécifications techniques de Naxoo, ou encore lettre visant à alarmer et décourager les propriétaires et à les détourner d'un système tiers).

124. L'enquête préalable visait à déterminer s'il existait des indices que Naxoo abuse de sa position dominante en tant que gestionnaire technique du réseau câblé (télé-réseau) en Ville de Genève. Un questionnaire adressé à Naxoo a en outre été joint au courrier d'ouverture de l'enquête préalable. Gérardtronic a été informée de l'ouverture de l'enquête préalable par courrier du 29 janvier 2015.¹⁴³ Naxoo a répondu au questionnaire le 2 mars 2015. Elle a en outre transmis dix annexes avec ses réponses.¹⁴⁴

125. Le 9 avril 2015, Gérardtronic a informé le Secrétariat d'un élément nouveau.¹⁴⁵ Selon elle, des nouvelles recommandations techniques distribuées par Naxoo pour les installations de distribution intérieure tenteraient d'imposer l'utilisation de prises à deux trous dans les immeubles, alors que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques. A cela s'ajoute selon Gérardtronic que Naxoo s'abstiendrait de suggérer, à l'instar de l'association Swisdigital, la construction des réseaux intérieurs en étoile, préférant le système obsolète de l'arborescence, certainement parce que le système de la distribution en étoile permettrait de faciliter aux consommateurs le choix de leur fournisseur de services, alors que la distribution en arborescence imposerait un prestataire unique. Gérardtronic a en outre transmis deux annexes avec son courrier. Le 13 avril 2015, le courrier de Gérardtronic a été transmis à Naxoo pour prise de position.¹⁴⁶

126. Naxoo a transmis sa prise de position au Secrétariat le 6 mai 2015, accompagnée de deux annexes.¹⁴⁷ Naxoo indique notamment qu'elle « se fondera sur la technologie la plus récente et les standards actuels dans la version définitive de ses recommandations. Il ne ferait que peu de sens pour [Naxoo] de recommander l'installation de matériel désuet ou sous-optimal. Il en va ainsi des prises à trois trous mentionnées dans la lettre. Si de telles prises sont admises par [Naxoo] puisque conformes aux seuils prescrits, elles ne peuvent être recommandées en ceci qu'elles ne garantissent pas la même qualité de signal que les prises à deux trous. Le fait que les prises à trois trous soient « encore parfaitement utilisables » selon les termes de la lettre n'en fait pas une solution à recommander pour une nouvelle installation, sauf spécificités du cas d'espèce. On relèvera par ailleurs que le remplacement d'une prise à deux trous par une prise à trois trous représente une dépense infime pour toute personne désireuse de procéder à ce changement, de sorte qu'un tel remplacement ne saurait être considéré comme un obstacle à l'installation du système Supermédia ou de tout autre système présumant la pose d'une prise à trois trous ». Concernant la

¹³⁹ A 53.

¹⁴⁰ A 41, 42 et 54.

¹⁴¹ A 42.

¹⁴² Annexes à l'A 49.

¹⁴³ A 55.

¹⁴⁴ A 56.

¹⁴⁵ A 57.

¹⁴⁶ A 58 et 59.

¹⁴⁷ A 60.

construction des réseaux intérieurs d'immeubles, Naxoo indique « *qu'elle recommande les schémas de raccordement en étoile lorsque la configuration d'un immeuble le permet* ». Naxoo indique encore que « *L'insuccès commercial du système Supermédia conçu et promu par Monsieur Pascal Emery relève plutôt de l'inaction de ce dernier sur le plan commercial que des griefs formulés à l'encontre de [Naxoo]* ». ¹⁴⁸ Naxoo suggère d'ailleurs que le Secrétariat requière un certain nombre de documents de la part de Gérardtronic pour confirmer ce point. Finalement, Naxoo sollicite de rencontrer le Secrétariat afin de mieux saisir l'objet de l'enquête préalable ainsi que les éventuelles préoccupations de l'autorité, et afin de contribuer efficacement à la résolution de la situation. Elle transmet en outre deux annexes.

127. Par courrier du 21 mai 2015, le Secrétariat a informé Naxoo qu'il ne jugeait pas nécessaire une rencontre à ce stade de la procédure et que l'objet de l'enquête est expressément mentionné dans le courrier d'ouverture de l'enquête préalable du 29 janvier 2015, en précisant encore que de façon générale, la procédure est essentiellement menée par écrit. ¹⁴⁹

128. Par courrier du 19 août 2015, Gérardtronic a informé le Secrétariat des développements récents suite à la prise de position de Naxoo du 6 mai 2015. ¹⁵⁰ Elle a notamment indiqué que la problématique de l'interdiction des prises à trois trous a été supprimée implicitement. Gérardtronic a en outre transmis trois annexes.

129. Le 23 septembre 2015, Naxoo a informé le Secrétariat qu'elle changera sa dénomination sociale de « 022 Télégenève SA » à « naxoo SA » à partir du 1^{er} janvier 2016. ¹⁵¹

130. Par courrier du 21 décembre 2015, Gérardtronic a fait part au Secrétariat de quelques faits supplémentaires. ¹⁵² Elle a en outre transmis quatre annexes.

131. Un rapport final ¹⁵³ a été rédigé le 20 janvier 2016 à l'issue de l'enquête préalable ouverte le 29 janvier 2015. Se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent, le Secrétariat est arrivé aux conclusions suivantes:

- « 1. *Constate qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence par le fait que Naxoo détient une position dominante sur le teleréseau sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, et abuse de la position dominante qui en découle sur le marché de l'exploitation de l'IDI situé en aval;*
2. *décide d'ouvrir une enquête au sens de l'art. 27 LCart à l'encontre de Naxoo, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence;*
3. *informe Naxoo, Gérardtronic et la Ville de Genève de l'ouverture de l'enquête;*
4. *communique le présent rapport final à Naxoo ».*

A.3.4 Enquête

132. Le 30 mars 2016 et d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, le Secrétariat a ouvert une enquête au sens de l'art. 27 LCart à l'encontre de Naxoo SA. ¹⁵⁴ L'enquête vise à établir si le comportement de

Naxoo constitue effectivement des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart. Le rapport final du 20 janvier 2016 a été communiqué à Naxoo dans une forme partiellement caviardée. ¹⁵⁵ Gérardtronic et la Ville de Genève ont été informés de l'ouverture de l'enquête. ¹⁵⁶ En outre, des questionnaires ont été envoyés à Naxoo ainsi qu'à Gérardtronic. ¹⁵⁷ Finalement, les actes de la procédure d'enquête préalable ont été soumis respectivement à Naxoo, Gérardtronic et UPC afin de les épurer des secrets d'affaires et de les inclure dans la procédure d'enquête. ¹⁵⁸

133. Par courrier du 31 mars 2016, Naxoo a transmis une procuration au Secrétariat pour la procédure d'enquête. ¹⁵⁹

134. En application de l'art. 28 LCart, l'ouverture de l'enquête a été publiée notamment dans la Feuille officielle suisse du commerce le 12 avril 2016, avec un délai de 30 jours imparti aux tiers concernés pour indiquer s'ils désiraient participer à la procédure. ¹⁶⁰

135. Le 22 avril 2016, des questionnaires ont été envoyés à Swisscom (Suisse) SA, Sunrise Communications SA, M-Budget (par Wingo SA), VTX Services SA, Green.ch SA, K-SYS SA et SOS-Télé à Broc. ¹⁶¹

136. Le 2 mai 2016, Gérardtronic a fait parvenir au Secrétariat ses réponses au questionnaire du 30 mars 2016. ¹⁶² En substance, Gérardtronic a indiqué les chiffres d'affaires réalisés de 2011 à 2015 (totaux et séparément avec le système Supermédia). Gérardtronic précise que depuis le 1^{er} janvier 2016, elle n'aurait réalisé aucune recette avec le système Supermédia, en indiquant que cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, société mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales dans la Ville de Genève. Gérardtronic dépose également une liste de toutes les installations Supermédia réalisées par ses soins, en précisant qu'elle ne peut donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle a uniquement fourni le matériel. ¹⁶³ Gérardtronic ajoute qu'elle n'a connaissance d'aucune plainte en relation avec ses installations Supermédia. Toutefois, une installation située à Nyon aurait connu certains problèmes liés à l'existence simultanée d'une installation Supermédia et d'un système « à la carte, Démodulé & Remodulé » souhaité par le client. ¹⁶⁴ Gérardtronic précise encore qu'à

¹⁴⁸ A 60, p. 4, N 7.

¹⁴⁹ A 61.

¹⁵⁰ A 62.

¹⁵¹ A 63.

¹⁵² A 64.

¹⁵³ Annexe à l'A 68.

¹⁵⁴ A 68 à 76.

¹⁵⁵ A 68.

¹⁵⁶ A 69 et 70.

¹⁵⁷ A 71 et 72.

¹⁵⁸ A 73 à 75.

¹⁵⁹ A 77.

¹⁶⁰ A 81.

¹⁶¹ A 82 à 88.

¹⁶² A 91.

¹⁶³ A 91, réponses B3 à B5.

¹⁶⁴ A 91, réponse B5.

l'issue d'une étude technique complète, elle a trouvé une solution permettant de résoudre un éventuel futur problème de chevauchement de fréquences suite à l'évolution prévue de la gamme des fréquences utilisées par le télésexe. ¹⁶⁵ Finalement, Géatronic indique que la question des antennes est réglée par le règlement sur les constructions (droit cantonal), qui prévoit que les immeubles neufs ou rénovés doivent être pourvus d'une antenne collective. ¹⁶⁶ Géatronic requiert en outre de pouvoir participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.

137. Le 3 mai 2016, Swisscom a requis de pouvoir participer à l'enquête comme tiers à la procédure au sens de l'art. 28 en lien avec l'art. 43 al. 1 let. a LCart. ¹⁶⁷

138. Le 4 mai 2016, le Secrétariat a admis l'entreprise individuelle Géatronic, Pascal Emery, à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart. ¹⁶⁸

139. Le 18 mai 2016, le Secrétariat a sommairement informé Pascal Emery de la différence entre la qualité de tiers à l'enquête au sens de l'art. 43 LCart et celle de partie à la procédure au sens de l'art. 6 PA ¹⁶⁹, et l'a invité à consulter son mandataire pour le surplus. ¹⁷⁰

140. Le 19 mai 2016, le Secrétariat a indiqué à Swisscom que celle-ci n'était en l'état pas admise à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart. En effet, Swisscom n'était vraisemblablement pas en concurrence avec Naxoo pour l'utilisation des IDI coaxiales ni située en amont ou en aval de Naxoo. Swisscom ne semblait pas non plus avoir un intérêt économique direct et actuel à ce que la restriction de concurrence supposée soit modifiée ou supprimée. ¹⁷¹

141. Le 20 mai 2016, VTX Services SA a répondu au questionnaire du 22 avril 2016. ¹⁷² Le 23 mai 2016, Wingo SA (M-Budget) a répondu au questionnaire du 22 avril 2016. ¹⁷³

142. Le 3 juin 2016, Naxoo a répondu au questionnaire du 30 mars 2016. ¹⁷⁴ Selon Naxoo, elle fournissait directement le contenu télévisuel sur son réseau jusqu'en février 2014, soit la date de l'arrêt définitif de la fourniture de DTV. ¹⁷⁵ Depuis lors, le contenu télévisuel est fourni par UPC. Naxoo n'a en revanche jamais fourni de services dans le domaine de l'Internet ou de la téléphonie aux consommateurs, ces services étant toujours proposés par UPC. Naxoo ajoute que ses infrastructures se concentrent essentiellement sur les codes postaux 1201 à 1209, soit en Ville de Genève. Elle précise toutefois que certaines adresses périphériques, faisant anciennement partie de la Ville de Genève, sont également raccordées au Réseau Naxoo, à savoir certaines adresses relevant à l'heure actuelle des codes postaux 1223 (Cologny), 1227 (Carouge) et 1231 (Conches). Quelques [...] UH localisées dans ces zones sont raccordées au Réseau Naxoo. Cette dernière a inclus les chiffres y relatifs dans les données fournies dans ses réponses. ¹⁷⁶

143. Naxoo ajoute que le câble ne représente que l'une des infrastructures permettant d'accéder à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie, Internet et services connexes). En plus du satellite et de la TNT,

d'autres infrastructures permettent selon Naxoo d'avoir accès à des prestations similaires, identiques, voire supérieures à celles proposées par Naxoo en partenariat avec UPC: ¹⁷⁷

- le cuivre torsadé (technologie xDSL), le principal acteur étant Swisscom
- la fibre optique (FTTH, fiber to the home / FTTB, fiber to the building / FTTS, fiber to the street), le principal acteur étant également Swisscom, en partenariat avec les SIG.

144. Selon Naxoo, les prestataires de services de télécommunications utilisent tous des IDI, seule change la technologie utilisée. Cette distribution peut être faite de cuivre torsadé, de câble coaxial ou de fibre optique. Ainsi, Swisscom, Sunrise et M-Budget utilisent l'IDI cuivre des immeubles. De même, les SIG – en partenariat avec Swisscom – utilisent l'IDI fibre optique des immeubles. Plusieurs IDI coexistent dans un même immeuble et seraient – selon Naxoo – substituables les uns aux autres pour le transport de signaux multimédias (câble, cuivre, fibre). Selon la compréhension de Naxoo, les SIG/Swisscom se réservent le droit d'emprunter les infrastructures existantes aux fins de raccorder les UH d'un immeuble à leur réseau de fibre optique, ce qui peut se traduire soit par une cohabitation entre le réseau de fibre optique et l'IDI coaxiale, soit par une suppression de l'IDI coaxiale au profit de la fibre optique. En Ville de Genève, chaque immeuble et UH sont raccordés au cuivre torsadé (xDSL). La Ville de Genève étant couverte par le réseau de fibre optique des SIG/Swisscom, chaque UH est à même de bénéficier d'une connexion à haut débit, que ce soit par le biais du cuivre seul, de la fibre optique (FTTH) ou d'un mélange des deux (FTTB ou FTTS: fibre optique jusqu'à l'immeuble ou à proximité, cuivre torsadé jusqu'à l'UH). Dans chaque immeuble raccordé au télésexe, il existerait donc une alternative selon Naxoo, si ce n'est plusieurs, au télésexe pour l'accès à des services multimédias (télévision, radio, téléphonie ou accès à Internet et services connexes). ¹⁷⁸

145. Le 8 juin 2016, le Secrétariat a requis des informations concernant Naxoo et Géatronic auprès de la Fédération romande des consommateurs (ci-après: la FRC) et du magazine Bon à Savoir. ¹⁷⁹

¹⁶⁵ A 91, réponse B6b.

¹⁶⁶ A 91, réponse B7.

¹⁶⁷ A 99.

¹⁶⁸ A 100.

¹⁶⁹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

¹⁷⁰ A 104.

¹⁷¹ A 108.

¹⁷² A 111.

¹⁷³ A 112.

¹⁷⁴ A 115.

¹⁷⁵ Respectivement jusqu'au 20.4.2016 pour 38 chaînes analogiques, voir note 109.

¹⁷⁶ A 115, p. 3, note 2.

¹⁷⁷ A 115, pp. 4 s.

¹⁷⁸ A 115, p. 6.

¹⁷⁹ A 116 et 117.

146. Le 10 juin 2016, Swisscom a indiqué que l'argumentation du Secrétariat du 19 mai 2016 était incorrecte et qu'elle se basait sur un état de fait incomplet. En résumé, Swisscom considère qu'elle remplit les conditions pour participer à l'enquête au sens de l'art. 43 LCart. Swisscom laisse en outre entendre qu'elle doit être libérée de l'obligation de répondre au questionnaire du 22 avril 2016 si elle n'est pas admise à participer à l'enquête sur la base de l'art. 43 LCart.¹⁸⁰

147. Le 10 juin 2016, SOS-Télé à Broc a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸¹ SOS-Télé indique notamment que le triple play par satellite est actuellement déconseillé pour le téléphone, le temps d'accès au satellite étant d'environ 1 seconde, ce qui provoque des échos. Quant à Internet par satellite, il porterait actuellement sur des débits jusqu'à 22 Mbit/s en download, et 6 Mbit/s en upload. La société ViaSat offrirait à l'horizon 2020 des débits jusqu'à 1 Tbit/s (soit plus que la fibre) avec de nouveaux satellites en orbite basse, ce qui supprimerait par ailleurs le temps d'accès de 1 seconde.¹⁸²

148. Le 15 juin 2016, le Secrétariat a indiqué à Swisscom que cette dernière est en premier lieu une entreprise dont les renseignements peuvent contribuer à établir les faits, indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure elle est ou non concernée par l'affaire faisant l'objet de l'enquête. L'obligation de renseigner de Swisscom trouve ainsi d'abord son origine en tant qu'entreprise en mesure de fournir au Secrétariat des informations importantes afin que celui-ci puisse procéder à des délimitations de marchés et des mesures d'enquête efficaces et ciblées. Partant, le champ d'application quant aux personnes physiques ou morales concernées de l'art. 40 LCart ne se recoupe pas entièrement avec celui de l'art. 43 LCart. Une entreprise invitée à fournir des renseignements sur la base de l'art. 40 LCart ne peut valablement assortir son obligation de renseigner à la condition de l'octroi de la qualité de tiers participant à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart. En conséquence, Swisscom a été enjointe à répondre au questionnaire du 22 avril 2016 dans le délai fixé. Parallèlement à cela, Swisscom a été invitée à démontrer concrètement au Secrétariat qu'elle avait un intérêt à participer à l'enquête. Le Secrétariat lui a en outre indiqué que sur la base des documents reçus ainsi que des différentes indications de Swisscom à ce sujet, il procéderait à la réévaluation de la requête de Swisscom du 3 mai 2016 de participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart.¹⁸³

149. Le 16 juin 2016, Green.ch SA a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁴ Le 23 juin 2016, Sunrise a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁵ Toujours le 23 juin 2016, Swisscom a répondu au questionnaire du 22 avril 2016.¹⁸⁶

150. Le 28 juin 2016, Naxoo a requis l'accès au dossier, qui lui a été octroyé le 29 juin 2016.¹⁸⁷

151. Le 30 juin 2016, 23 questionnaires ont été envoyés à des régies immobilières genevoises, ainsi qu'à des personnes responsables d'immeubles dotés du système Supermédia ou ayant installé le système Supermédia.¹⁸⁸ Il est précisé que les questionnaires avec réponse négative à la question de savoir si le système Supermédia est connu ou a été installé dans au moins un des immeubles

sous gestion n'ont pas été mentionnés plus en avant dans la présente décision. Le dossier contient un tableau résumant les différentes suites données aux questionnaires.¹⁸⁹

152. Le 30 juin également, il a été demandé à la Chambre genevoise immobilière, à l'Association professionnelle des gérants et courtiers en immeubles de Genève (ci-après: l'APGCI) ainsi qu'à l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (ci-après: l'USPI) d'indiquer notamment les 5 plus grandes gérances/régies/agences immobilières actives dans le canton de Genève en matière de volume de biens immobiliers sous gestion, ainsi qu'une estimation du pourcentage total du volume de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève de ces 5 plus grandes gérances/régies/agences immobilières.¹⁹⁰

153. Le 5 juillet 2016, l'APGCI a répondu qu'elle n'était pas compétente pour répondre aux questions du Secrétariat et que c'est l'USPI qui était à même d'y répondre.¹⁹¹

154. Le 7 juillet 2016, le magazine Bon à Savoir a répondu qu'il n'avait pas de plaintes ou de remarques à communiquer au Secrétariat concernant des systèmes parallèles au téléseuil.¹⁹²

155. Le 11 juillet 2016, l'USPI a indiqué qu'elle n'était pas en possession des chiffres de chacune de ses régies membres, notamment en ce qui concerne le volume de biens immobiliers sous gestion et du pourcentage total du volume de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève. Toutefois selon l'USPI, il est de notoriété publique que les cinq plus grandes régies sont les suivantes: Société Privée de Gérance SA, Naef Immobilier Genève SA, Comptoir Immobilier SA, Broliet SA et Régie du Rhône SA.¹⁹³

156. Le 12 juillet 2016, la FRC a répondu au courrier du Secrétariat du 8 juin 2016. Elle a notamment indiqué qu'elle avait reçu depuis 2011 environ [...] plaintes concernant Naxoo, [...]. Elle n'a toutefois pas reçu de plaintes ou de questions au sujet de Gérardtronic. La FRC a en outre classé les différentes plaintes, questions et interpellations par thèmes et par années.¹⁹⁴

¹⁸⁰ A 119.

¹⁸¹ A 120.

¹⁸² A 120, p. 3; cette interdiction se trouve dans le Règlement communal d'urbanisme (RCU) de la Commune de Gruyères du 27.5.1999, art. 13 N 7.5 let. d (pour la vieille ville) ou encore art. 23 N 3 (antennes collectives obligatoires).

¹⁸³ A 121.

¹⁸⁴ A 122.

¹⁸⁵ A 125.

¹⁸⁶ A 126.

¹⁸⁷ A 127 et 128.

¹⁸⁸ A 129.

¹⁸⁹ A 176.

¹⁹⁰ A 132.

¹⁹¹ A 133.

¹⁹² A 134.

¹⁹³ A 136.

¹⁹⁴ A 135.

157. Le 13 juillet 2016, le Secrétariat a envoyé un second questionnaire à Naxoo ainsi qu'à Gérardtronic dans le cadre de l'enquête, avec délai au 14 septembre 2016 pour y répondre.¹⁹⁵ Il a également envoyé un questionnaire aux entreprises Egg-Telsa SA et Comptoir Immobilier SA.¹⁹⁶

158. Toujours le 13 juillet 2016, le Secrétariat a requis de la part de la FRC les documents relatifs aux différentes plaintes, questions et interpellations en lien avec trois sujets mentionnés par la FRC susceptibles de contenir des informations utiles pour l'enquête.¹⁹⁷

159. Le 14 juillet 2016, la Chambre genevoise immobilière a mentionné les cinq mêmes régions que l'USPI. Elle a en outre indiqué au Secrétariat qu'elle estimait à environ 33 % le volume total de biens immobiliers sous gestion dans le canton de Genève de ces cinq plus grandes gérances/régions/agences immobilières, en précisant qu'une estimation était toutefois très difficile.¹⁹⁸

160. Le 16 juillet 2016, [...] a notamment indiqué qu'il ne travaillait plus pour l'entreprise Egg-Telsa SA depuis août 2015, mais qu'il avait été amené à collaborer avec Gérardtronic sur deux « chantiers Supermédia ». Concernant l'immeuble sis Rue Abraham-Gevray, il indique que l'installation Supermédia faisait suite à une demande du maître d'ouvrage, car les appartements étaient de très haut standing.¹⁹⁹

161. Le 20 juillet 2016, un questionnaire a été transmis à l'entreprise Teleste Network Services SA, avec délai au 14 septembre 2016 pour y répondre.²⁰⁰

162. Le 21 juillet 2016 et suite au courrier du Secrétariat du 15 juin 2016, Swisscom a pris position en ce qui concerne sa participation à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart, et a transmis un certain nombre d'annexes.²⁰¹

163. Le 27 juillet 2016, le Secrétariat a informé Swisscom qu'après examen des différents documents et des nouveaux arguments motivés, Swisscom était admise à participer à l'enquête en tant que tiers à la procédure au sens de l'art. 43 al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 28 LCart.²⁰²

164. Le 5 août 2016, M. Morales de la société GSé Global Services électricité SA a répondu au questionnaire du Secrétariat.²⁰³ Il y indique notamment qu'il répond en tant qu'ancien responsable technique de l'entreprise Egg-Telsa SA jusqu'au 31 juillet 2015, et qu'en cette qualité, il a eu à s'occuper de l'installation de plusieurs systèmes Supermédia en collaboration avec M. Emery. Concernant le mandat relatif aux immeubles Rue Cramer, M. Morales indique que le système Supermédia y a été installé, mais que Naxoo aurait refusé de raccorder l'immeuble si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée pour le signal satellite, d'une part, et le signal télé-réseau, d'autre part. Or, selon M. Morales, cela aurait très sensiblement renchéri le projet, ce que le maître d'ouvrage a refusé. Il ajoute encore que lors d'une réunion, [...] [de Naxoo] lui aurait très clairement indiqué qu'il considérerait qu'il avait un parti pris pour M. Emery, et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre Naxoo et Egg-Telsa SA, ce qui représentait un chiffre d'affaires important.²⁰⁴ S'agissant des immeubles sis Rue Cramer, M. Morales

indique qu'il s'agissait d'immeubles destinés à des fonctionnaires internationaux, anglophones en majorité. C'est la raison pour laquelle le cahier des charges adressé à l'entreprise générale ([...]) indiquait que la réception par satellite devait être disponible dans chaque appartement afin de permettre aux locataires d'avoir accès à leurs chaînes nationales.²⁰⁵ Il ajoute que l'offre télévisuelle du système Supermédia serait supérieure à celle des télé-réseaux (plusieurs milliers de chaînes supplémentaires), étant souligné que cette offre inclut l'écrasante majorité des chaînes offertes par le télé-réseau. Le triple play n'étant pas accessible par satellite, il en découlerait un avantage évident de pouvoir proposer au consommateur les deux systèmes en parallèle sur la même IDI coaxiale.²⁰⁶ Il indique finalement que pour avoir collaboré avec Gérardtronic sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents, il peut attester n'avoir jamais rencontré de problèmes techniques avec le télé-réseau en raison de la présence du système Supermédia. La très grande majorité des problèmes techniques rencontrés avec les télé-réseaux trouveraient leur source dans un mauvais raccordement chez le consommateur.²⁰⁷

165. Egalement le 5 août 2016, Teleste Network Services SA a répondu au questionnaire du Secrétariat.²⁰⁸ Elle indique notamment qu'elle ne fournit aucune prestation à Gérardtronic, mais qu'elle fournit des prestations de modernisation des IDI (remplacement des câbles et prises TV). Elle ajoute qu'elle estime à 65 % les bâtiments en Ville de Genève dotés d'une IDI coaxiale et de fibre optique, à 34 % les bâtiments dotés uniquement d'une IDI coaxiale, et à 1 % les bâtiments dotés uniquement de fibre optique. Elle indique encore qu'elle estime à 75 % les bâtiments en Ville de Genève pourvus d'une antenne collective en toiture et à 50 % les bâtiments en Ville de Genève disposant d'une configuration du réseau interne en étoile.

166. Le 1^{er} septembre 2016, la gérance [...] (environ [...] logements sous gérance) a répondu au questionnaire du Secrétariat en indiquant qu'elle a [...] immeubles, respectivement [...] appartements sous gérance disposant du système Supermédia, mais non reliés au télé-réseau. Elle indique notamment qu'elle n'a jamais connu de problèmes techniques avec le système Supermédia.²⁰⁹ Selon Naxoo, ces immeubles se trouveraient toutefois en dehors de la zone desservie par Naxoo.²¹⁰

¹⁹⁵ A 140 et 141.

¹⁹⁶ A 142 et 143.

¹⁹⁷ A 137.

¹⁹⁸ A 138.

¹⁹⁹ A 139.

²⁰⁰ A 146.

²⁰¹ A 147.

²⁰² A 148.

²⁰³ A 154.

²⁰⁴ A 154, réponse 3a.

²⁰⁵ A 154, réponse 6.

²⁰⁶ A 154, réponse 9.

²⁰⁷ A 154, réponses 12 à 16.

²⁰⁸ A 155.

²⁰⁹ A 159.

²¹⁰ A 198, N 233.

167. Le 8 septembre 2016, un court questionnaire a encore été transmis à Swisscom.²¹¹

168. La société Egg-Telsa SA a répondu au questionnaire du 13 juillet 2016 le 12 septembre 2016.²¹² Elle indique notamment qu'aucune prestation n'est fournie par Egg-Telsa SA à Gérardronic, mais qu'Egg-Telsa SA a installé des systèmes Supermédia avec Gérardronic comme sous-traitant. Elle ajoute qu'elle n'a aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système. Egg-Telsa SA indique finalement qu'elle n'a subi aucune pression de la part de Naxoo visant à empêcher ou ralentir l'installation du système Supermédia ou d'un système similaire.

169. Le 13 septembre 2016, Naxoo a répondu au second questionnaire transmis par le Secrétariat dans le cadre de l'enquête.²¹³ Naxoo indique premièrement qu'en ce qui concerne la technologie MoCA, [...].²¹⁴ Plus loin, Naxoo précise que par *unités d'habitation* (UH), elle entend les locaux, c'est-à-dire les logements ou locaux commerciaux (commerces, arcades, bureaux) raccordés au Réseau Naxoo par le biais d'un contrat de raccordement individuel ou collectif et faisant l'objet d'une facturation au titre de l'offre de base. Le terme de *logement* correspond quant à lui au nombre total théorique de logements utilisés à titre privé ou commercial (commerces, arcades, bureaux), situés dans les immeubles raccordés au Réseau de Naxoo. Ces logements peuvent faire l'objet d'un raccordement ou non et donc être facturés ou non au titre de l'offre de base.²¹⁵ Naxoo indique encore que son offre de base comprend une offre de téléphonie (ligne fixe gratuite) depuis le 24 février 2015 et une prestation Internet à 2 Mbit/s depuis le 14 janvier 2013. [...]. Les clients doivent s'enregistrer auprès d'UPC pour activer nominativement ces services.²¹⁶ A la réponse 8, Naxoo donne des précisions relatives à la modernisation des IDI dans le cadre d'un contrat de modernisation. Concernant la fibre optique, Naxoo indique [...].²¹⁷

170. Le 14 septembre 2016, Gérardronic a répondu au second questionnaire transmis par le Secrétariat dans le cadre de l'enquête.²¹⁸ Gérardronic indique notamment, pour chaque immeuble listé dans le questionnaire du 13 juillet 2016,²¹⁹ quel a été le résultat final à sa connaissance, respectivement si le système Supermédia a en fin de compte pu être installé ou non et dans quelles circonstances. Gérardronic mentionne également qu'en prenant en compte le nombre de clients atteint par Naxoo sur le marché genevois – qui est certainement sous-évalué au regard des possibilités totales dudit marché –, il pourrait prudemment être évalué à 9'000 au moins le nombre de raccordements potentiellement touchés par les actions de Naxoo.²²⁰ Gérardronic ajoute encore que les instructions de l'association Swisssdigital recommandent de construire selon la technique *en étoile* depuis 2005 en tout cas.²²¹ Selon les retours parvenus à Gérardronic, Naxoo n'aurait respecté ces instructions que depuis deux ou trois ans environ pour les nouvelles constructions.²²² En revanche, Naxoo continuerait de rénover, à ses frais dans le cadre de son service plus, les installations d'immeubles non étoilés, en les maintenant dans leur configuration initiale, ce qui restreint en même temps la possibilité d'abonnement au télé-réseau

en mode individuel.²²³ Finalement et concernant la société DSAT SA, Gérardronic indique que Pascal Emery est administrateur de cette société dirigée par [...], directeur et unique employé. Gérardronic collaborerait étroitement avec DSAT SA.²²⁴

171. Le 14 septembre 2016 toujours, la gérance immobilière [...] a répondu au questionnaire du Secrétariat.²²⁵ Elle y indique notamment que le système Supermédia pourrait remplacer les offres proposées par les câblo-opérateurs, car il permet selon elle plus de flexibilité et un plus grand nombre de chaînes. Entre le système Supermédia et le télé-réseau, elle choisirait le système Supermédia, car il offre plus de liberté dans les choix.²²⁶ En outre, aucun problème technique n'est signalé, malgré la présence en parallèle du télé-réseau.²²⁷

172. Le 23 septembre 2016, Swisscom a répondu au court questionnaire complémentaire du 8 septembre 2016, qui concernait essentiellement le traitement des données.²²⁸

173. Le 12 octobre 2016 et en réponse à la requête du Secrétariat du 13 juillet 2016, la FRC a transmis les documents relatifs aux différentes plaintes, questions et interpellations en lien avec trois sujets mentionnés par la FRC susceptibles de contenir des informations utiles pour l'enquête.²²⁹

174. Le 16 décembre 2016,²³⁰ Gérardronic a souhaité être informée des éventuelles autres parties à l'enquête, ainsi que des éventuels autres tiers au sens de l'art. 43 LCart. De plus, elle a indiqué deux points de fait qui, selon elle, devraient être spécifiquement instruits par le Secrétariat. D'une part, il s'agit de l'historique des modifications des CRI, d'autre part de l'existence éventuelle de clauses particulières concernant Gérardronic dans les contrats conclus par Naxoo avec l'entreprise Egg-Telsa SA.

175. Le Secrétariat a répondu à Gérardronic par courrier du 22 décembre 2016.²³¹

176. Le 29 mars 2017, Naxoo a requis l'accès au dossier, qui lui a été octroyé le 31 mars 2017.²³²

177. Le 1^{er} mai 2017, le Secrétariat a requis de Naxoo le chiffre d'affaires pour l'année 2016.²³³

²¹¹ A 160.

²¹² A 162.

²¹³ A 163.

²¹⁴ A 163, réponse 2a.

²¹⁵ A 163, réponse 3.

²¹⁶ A 163, réponse 7.

²¹⁷ A 163, réponses 9 et 10.

²¹⁸ A 165.

²¹⁹ A 141.

²²⁰ A 165, réponse 2.

²²¹ A 165, annexe 17.

²²² A 165, annexe 11.

²²³ A 165, réponse 14.

²²⁴ A 165, réponse 17.

²²⁵ A 166.

²²⁶ A 166, réponses 9 et 10.

²²⁷ A 166, réponses 8 et 12 ss.

²²⁸ A 169.

²²⁹ A 171.

²³⁰ A 173 et 174.

²³¹ A 175.

²³² A 178 à 180.

²³³ A 181.

178. Par courriers du 3 mai 2017, le Secrétariat a invité Naxoo et Gérardronic à signer et à lui retourner une déclaration de restriction d'utilisation de certaines déclarations qui ont été faites durant l'enquête.²³⁴

179. Le 9 mai 2017, Naxoo a indiqué au Secrétariat qu'elle ne pouvait pas signer la déclaration susmentionnée en l'état.²³⁵ Gérardronic a quant à elle retourné la déclaration signée.²³⁶

180. Par courrier du 17 mai 2017, différents chiffres actualisés à l'année 2016 ont encore été requis de la part de Naxoo.²³⁷

181. Suite à un contact téléphonique entre le Secrétariat et la personne concernée le 19 mai 2017, la question de la restriction d'utilisation de certaines déclarations qui ont été faites durant l'enquête est devenue sans objet.²³⁸

182. Le 30 mai 2017, Naxoo a fait parvenir au Secrétariat les différents chiffres requis, actualisés à l'année 2016.²³⁹

183. Le 20 juillet 2017, le Secrétariat a envoyé à Naxoo, Gérardronic et Swisscom sa proposition datée du même jour, en leur impartissant un délai au 14 septembre 2017 pour prendre position si souhaité, en application de l'art. 30 al. 2 LCart.²⁴⁰

184. Le 30 août 2017, Naxoo a requis une prolongation de délai pour prendre position sur la proposition, requête qui a partiellement été acceptée par le Secrétariat. Le nouveau délai a été fixé au 16 octobre 2017.²⁴¹

185. Gérardronic a fait parvenir sa prise de position au Secrétariat le 14 septembre 2017.²⁴²

186. Par courriers du 10 octobre 2017 adressés à Naxoo et Gérardronic,²⁴³ le Secrétariat leur a indiqué que des auditions auraient très probablement lieu devant la COMCO le 27 novembre 2017. Il a été précisé qu'une citation détaillée leur parviendrait ultérieurement, ainsi que quelques détails sur le déroulement concret des auditions.

187. Naxoo a fait parvenir sa prise de position au Secrétariat le 16 octobre 2017.²⁴⁴ Cette prise de position était en particulier accompagnée d'une expertise privée datée du 9 octobre 2017.

188. Par courriel du 18 octobre 2017 accompagné de six pages annexées, Naxoo a indiqué que quelques références avaient été omises dans sa prise de position et a prié le Secrétariat de bien vouloir procéder au remplacement des pages concernées, ce qui a été fait.²⁴⁵

189. Par courrier du 27 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Gérardronic une demande d'informations complémentaires sous forme d'un questionnaire portant principalement sur les différentes configurations possibles d'une installation Supermédia ainsi que l'utilisation de la fibre optique.²⁴⁶

190. Le 30 octobre 2017, Naxoo a transmis au Secrétariat les coordonnées des représentants de Naxoo dont la participation aux auditions du 27 novembre 2017 était envisagée.²⁴⁷ Naxoo y a par ailleurs confirmé son intention d'assister à l'audition de Pascal Emery.

191. Egalement le 30 octobre 2017, Gérardronic a transmis au Secrétariat la liste des participants aux auditions du 27 novembre 2017.²⁴⁸

192. Par courrier du 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Naxoo une demande d'informations complémentaires portant essentiellement sur l'expertise privée jointe par Naxoo à sa prise de position du 16 octobre 2017.²⁴⁹

193. Par courrier du 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à Swisscom une demande d'informations complémentaires portant sur les IDI fibre optique en Ville de Genève.²⁵⁰

194. Toujours le 31 octobre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir aux SIG une demande d'informations complémentaires portant sur les IDI fibre optique en Ville de Genève.²⁵¹

195. Les SIG ont répondu aux questions du 31 octobre 2017 par courrier du 2 novembre 2017, mais uniquement pour les communes de 1223 Cologny, 1227 Carouge et 1231 Conches, d'entente avec le Secrétariat.²⁵²

196. Le 6 novembre 2017, Gérardronic a répondu au questionnaire du 27 octobre 2017.²⁵³ En particulier, Gérardronic a précisé que le système Supermédia se définissait bien et exclusivement comme une solution technique permettant de mixer deux signaux sur une IDI unique, en d'autres termes de mixer les signaux satellitaires, d'une part, et les signaux du télé-réseau, d'autre part, sur un câble coaxial unique. Gérardronic a également envoyé une liste mise à jour des installations Supermédia qu'elle a réalisées.²⁵⁴ Elle a en outre confirmé que le système Supermédia ne fonctionne pas avec les réseaux de fibre optique, le système impliquant obligatoirement un mixage sur un câble coaxial de façon à ce que la prise Supermédia puisse être installée au niveau de l'utilisateur final.

197. Swisscom a répondu aux questions du 31 octobre 2017 par courrier du 8 novembre 2017.²⁵⁵

²³⁴ A 182 et 183.

²³⁵ A 184.

²³⁶ A 185.

²³⁷ A 186.

²³⁸ A 187 et 188.

²³⁹ A 189.

²⁴⁰ A 190 à 192.

²⁴¹ A 193 s.

²⁴² A 195.

²⁴³ A 196 s.

²⁴⁴ A 198 s.

²⁴⁵ A 200.

²⁴⁶ A 201.

²⁴⁷ A 202.

²⁴⁸ A 203.

²⁴⁹ A 204.

²⁵⁰ A 205.

²⁵¹ A 206.

²⁵² A 207.

²⁵³ A 208.

²⁵⁴ A 208, annexe 3; voir aussi A 210.

²⁵⁵ A 209.

198. Par courrier du 9 novembre 2017, le Secrétariat agissant sur requête du Président de la COMCO a fait parvenir à UPC une demande de clarification de certains points sous forme d'un questionnaire.²⁵⁶ Ce questionnaire portait principalement sur les différentes installations Supermédia réalisées par Gérardtronic sur le territoire d'activité d'UPC, dans des immeubles censés ne contenir qu'une seule IDI coaxiale.

199. Par courrier du 9 novembre 2017, Naxoo a fourni au Secrétariat les informations complémentaires requises le 31 octobre 2017.²⁵⁷

200. Pour l'immeuble Rue François-Le-Fort, Naxoo indique que les investigations effectuées dans ce bâtiment confirmeraient l'impossibilité pour Naxoo d'offrir des services nécessitant une voie de retour. En d'autres termes, les problèmes rencontrés dans cet immeuble confirmeraient l'incompatibilité du système Supermédia avec l'offre triple play de Naxoo, respectivement d'UPC, et plus généralement avec tout service nécessitant l'utilisation de la voie de retour. Naxoo ajoute encore que [...]. Naxoo dépose également un certain nombre de documents en lien avec les problèmes rencontrés (annexes 1 à 3): il ressort de l'annexe 1 que [...]. Il ressort principalement de l'annexe 2 que le canal retour du client ne fonctionnait pas. Il ressort également de ces pièces que le client en question était équipé d'une prise à deux trous, alors que Gérardtronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques.²⁵⁸

201. Pour l'immeuble sis Rue Abraham-Gevray, Naxoo dépose plusieurs documents (annexes 4 à 7, en partie déjà déposées avec l'A 23) portant sur le raccordement intervenu en 2016²⁵⁹: il ressort d'un courrier de Gérardtronic du 10 mars 2014 que celle-ci a demandé à Naxoo de bien vouloir lui confirmer que l'installation du système Supermédia ne constituait pas un cas d'application de l'art. 9.4 CRI et, plus généralement, que l'installation du système Supermédia dans un immeuble, une fois le schéma approuvé, ne constituait pas un motif de résiliation de la CRI au sens de l'art. 9.4 CRI. Les annexes ne contiennent pas l'éventuelle réponse qui a été donnée à Gérardtronic par Naxoo. En revanche, les courriels ultérieurs de Naxoo (15 avril 2014 et 24 juin 2014) insistent auprès du représentant du propriétaire pour que les CRI lui soient retournées dûment signées, avec précision que « *les installations parallèles sont acceptées sur les installations sans condition* » (courriel du 15 avril 2014). Dans le courriel du 24 juin 2014, Naxoo indique de façon plus nuancée que « *Dès réception [de la CRI dûment signée et accompagnée du schéma de la distribution intérieure], notre Service Projets procédera aux calculs techniques et à la validation du schéma sur lequel vous aurez pris soin de mentionner l'existence des matériels parallèles. Etant entendu que la validation du schéma technique par notre société n'exonère pas le propriétaire d'immeuble de ses responsabilités s'agissant des installations intérieures de l'immeuble, telles que prévues par la Convention de Raccordement Immobilier. Nous vous confirmons, sur la base de ces préalables, que nous raccorderons les immeubles dans les meilleurs délais* ». La CRI sera finalement signée [en janvier 2016] (annexe 7), le propriétaire ayant toutefois dû équiper l'immeuble d'une deuxième IDI indépendante en définitive.²⁶⁰

L'annexe 6 porte quant à elle sur une demande fin 2015 des propriétaires d'un appartement de pouvoir bénéficier du télé-réseau, demande à l'occasion de laquelle Naxoo a proposé trois variantes: coexistence entre le télé-réseau et le satellite sur un même câble, auquel cas [...] ne seraient pas disponibles (variante 1); installation de deux câbles parallèles et distincts dans le logement (variante 2); suppression du satellite et utilisation du câble par le télé-réseau (variante 3). Ainsi et comme le relève Naxoo, celle-ci a proposé fin 2015, respectivement début 2016 plusieurs options aux propriétaires intéressés par le télé-réseau, y compris la possibilité que les signaux satellite et télé-réseau coexistent sur le même câble.

202. Finalement, pour les immeubles sis Route de Malagnou, Naxoo indique que la documentation est limitée compte tenu du fait qu'ils ont été raccordés au télé-réseau en 2004. Naxoo dépose toutefois quelques documents (annexes 8 à 11). Il ressort en particulier d'un courrier du 9 décembre 2004 que Naxoo a essayé de dénigrer le système de Gérardtronic auprès des propriétaires, ce qui a provoqué une procédure pénale à l'encontre de Naxoo (N 292 ss). Les immeubles ont finalement été raccordés au télé-réseau, mais ils sont équipés de deux IDI indépendantes.²⁶¹

203. Par courriers du 15 novembre 2017, Naxoo et Gérardtronic ont été citées à être entendues par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶² Les personnes citées ainsi que le déroulement des auditions y ont notamment été indiqués.

204. Le 20 novembre 2017, UPC a répondu à la demande de clarifications supplémentaires du 9 novembre 2017.²⁶³ Il ressort en particulier des réponses d'UPC que la cohabitation sur une IDI coaxiale unique des signaux du satellite (DVB-S) et du télé-réseau (DVB-C) peut se révéler délicate. Il peut en résulter selon UPC une impossibilité de fournir des services nécessitant une voie de retour dépourvue de perturbations, ou alors une nécessité de procéder à des investissements techniques supplémentaires. Le canal retour peut être perturbé (Ingress) ou pas du tout disponible. Selon UPC, une cohabitation serait dans tous les cas impossible si le système satellitaire avait également besoin d'un canal retour, ce qui n'est pas le cas avec le système Supermédia. Pour éviter tout problème et pour rendre le plombage des prises possible chez les consommateurs, UPC conseille en règle générale l'installation de deux IDI coaxiales en parallèle, qui peuvent être combinées sur une prise standard unique chez le consommateur. Concernant les

²⁵⁶ A 211.

²⁵⁷ A 212.

²⁵⁸ A 57, p. 2; A 219, l. 143 s.

²⁵⁹ A 198, N 16.

²⁶⁰ A 198, N 16.

²⁶¹ A 198, N 16.

²⁶² A 214 et 215.

²⁶³ A 216.

différentes installations Supermédia réalisées par Gérardtronic sur le territoire d'activité d'UPC, dans des immeubles censés ne contenir qu'une seule IDI coaxiale, UPC a indiqué qu'il y avait des indices que le canal retour n'ait pas fonctionné ou pas directement, ou qu'il n'ait plus fonctionné, et que le système Supermédia pourrait en être la cause. Les produits touchés seraient ceux qui nécessitent un canal retour parfaitement fonctionnel, à savoir les produits triple play. Les renseignements d'UPC relatifs à des immeubles précis sont examinés plus loin en détail (N 355).

205. Par courrier du 23 novembre 2017, Naxoo a transmis une prise de position complémentaire au Secrétariat, accompagnée notamment d'un complément d'expertise privée du 17 novembre 2017. Il ressort en particulier de ce complément d'expertise privée que l'utilisation conjointe de deux signaux DVB (télé-réseau et satellite) sur un seul câble coaxial serait toujours complexe en pratique. Toutefois, chaque cas est particulier et les conclusions tirées d'une situation individuelle ne seraient pas d'emblée et automatiquement applicables à une autre situation individuelle. C'est la raison pour laquelle l'installation de tels systèmes complexes nécessiterait une coopération entre l'installateur du système tiers et le câblo-opérateur lors de la mise en place. En matière de chevauchement des fréquences, l'expert privé ajoute qu'à court terme, respectivement à moyen terme, les signaux du télé-réseau vont se chevaucher avec ceux du satellite à partir d'une fréquence de 900 MHz. Les deux signaux seraient perturbés, et une diffusion propre des programmes TV ne pourrait alors plus être garantie. Plus loin, l'expert privé indique encore que la nouvelle demande de brevet de Gérardtronic (demande CH 709 225 A2) ne résoudrait pas le problème du chevauchement des fréquences au-delà de 1006 MHz et ne va pas dans le sens de ce qui est attendu d'un réseau câblé moderne. L'expert privé précise encore de façon générale que tant pour la prise brevetée (brevet CH 699 157 B1) que pour la nouvelle demande de brevet (demande CH 709 225 A2), un plombage de la prise ne serait pas possible pour le câblo-opérateur.²⁶⁴

206. Suite à la détermination d'UPC du 20 novembre 2017, Gérardtronic a pris position le 24 novembre 2017 et a déposé quelques annexes.²⁶⁵ Elle indique qu'UPC a testé le système Supermédia et en a admis l'intégration en mai 2005 déjà, appréciation qu'elle a ensuite confirmée en 2008 puis en 2013. Au demeurant selon Gérardtronic, UPC n'aurait jamais fait usage de la clause de l'accord réservant la possibilité de supprimer l'installation du système Supermédia en cas de problème ou perturbation quelconque. Enfin, le système Supermédia n'utiliserait pas de voie retour. En effet selon Gérardtronic, le système Supermédia se limiterait aux fréquences libres et non exploitées 950 à 2150 MHz, le télé-réseau s'arrêtant à la fréquence 860 MHz (avec la voie de retour 5-65 MHz). Il serait en outre parfaitement possible d'utiliser les services triple play avec le système Supermédia, moyennant l'installation décrite dans le schéma figurant au dossier.²⁶⁶ Si cette installation ne devait pas être respectée, des problèmes pourraient survenir selon Gérardtronic, mais cela n'aurait rien à voir avec la fiabilité technique de l'installation. Finalement, Gérardtronic met en doute la fiabilité des déclarations d'UPC selon les-

quelles le système Supermédia pourrait être la cause des incidents décrits. Pour l'immeuble no 10 en particulier, Gérardtronic indique que selon toute vraisemblance, « il » avait été omis d'installer un séparateur ad hoc entre la prise et le routeur, sans qu'il ne soit toutefois précisé si c'est le câblo-opérateur qui a omis ce séparateur, ou si c'est Gérardtronic qui n'a pas procédé au contrôle, au suivi ou encore à la mise à jour nécessaires de cette installation. Gérardtronic conclut en indiquant qu'en définitive, force est de constater qu'il ne ressort de la détermination d'UPC du 20 novembre 2017 aucun élément probant établissant que le système Supermédia causerait des problèmes techniques.

207. M. Emery pour Gérardtronic a été auditionné par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶⁷ Il a notamment été question du nombre de trous des prises installées chez les consommateurs. M. Emery a en particulier indiqué que la prise pour les télé-réseaux avait tout d'abord 3 trous (deux grands et un petit), puis dès 2010 environ, des prises à 2 trous ont commencé à être installées (pur télé-réseau, sans Supermédia). Dans un premier temps, le troisième trou était impératif pour la voie retour du télé-réseau, mais dès 2013, la voie retour aurait été introduite dans un des deux grands trous. M. Emery a indiqué que sans troisième trou, l'installation du système Supermédia n'est pas possible à l'heure actuelle (l. 143 s.). M. Emery a également confirmé que le canal retour du télé-réseau passe par le troisième trou (l. 151), soit le même trou que le signal du satellite pour livrer son signal (l. 139). M. Emery a également indiqué que jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu de nécessité de mettre à jour le système Supermédia (l. 179 s.). Les autres réponses de M. Emery seront reprises au besoin dans les parties concernées de la présente décision. Les diapositives PowerPoint présentées par le mandataire de M. Emery sont en outre jointes au dossier, ainsi que deux prises télé-réseau (avec et sans Supermédia).²⁶⁸

208. Naxoo a également été auditionnée par la COMCO le 27 novembre 2017.²⁶⁹ Elle a en particulier indiqué que dans une prise à 3 trous, le canal retour se fait par le troisième trou, soit le petit. Elle a précisé que le problème n'est pas tant le fonctionnement de la prise à trois trous que la qualité du signal. Selon Naxoo, la problématique en cas de mixage se situe déjà au niveau du mélange des signaux, soit avant d'être au niveau des prises des consommateurs.²⁷⁰ Naxoo a notamment indiqué à ce sujet qu'en théorie les deux signaux se mélangeraient sur une même IDI sans problème. En pratique toutefois, des composants électriques (résistances) qui permettent le mixage pourraient émettre des parasites sur des bandes de fréquence qui ne se chevauchent pas. Le problème ne serait pas les perturbations, mais une disparition de la voie de retour de Naxoo. En résumé sur ce

²⁶⁴ A 217, annexe 2.

²⁶⁵ A 218.

²⁶⁶ A 1, annexe 3.

²⁶⁷ A 219 à 221.

²⁶⁸ A 220 et 221.

²⁶⁹ A 222 à 223.

²⁷⁰ A 222, réponse 2, p. 3.

point, le matériel de Gérardonic ne permettrait actuellement pas le fonctionnement de la voie retour de Naxoo.²⁷¹ Naxoo a aussi déclaré que tant pendant la période d'enquête qu'actuellement, la bande de fréquences entre 950 et 1'200 MHz n'est pas utilisée par Naxoo, respectivement que pendant la période de l'enquête, il n'y avait pas de problème de chevauchement de bandes de fréquences.²⁷² Toutefois et dans le futur, le conflit de fréquences porterait sur la bande de fréquences 950 à 1'200 MHz.²⁷³ Les autres réponses de Naxoo seront reprises au besoin dans les parties concernées de la présente décision. Les diapositives PowerPoint présentées par le mandataire de Naxoo sont en outre jointes au dossier.²⁷⁴

209. Par courrier du 28 novembre 2017, le Secrétariat a demandé à Naxoo de bien vouloir produire la demande de modification/les directives d'UPC/Suissedigital visant à passer de prises à 3 trous à des prises à 2 trous.²⁷⁵

210. Naxoo a répondu à la requête du Secrétariat par courrier du 5 décembre 2017, accompagné d'une lettre de Suissedigital du 4 décembre 2017, de schémas de conflits de fréquences ainsi que d'un autre document technique.²⁷⁶

A.4 Etablissement des faits

A.4.1 Remarques théoriques

A.4.1.1 En ce qui concerne la preuve en général

211. Les dispositions de la PA s'appliquent à la procédure d'enquête, dans la mesure où la LCart n'y déroge pas (art. 39 LCart). L'art. 12 PA prévoit que l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par documents, renseignements des parties, renseignements ou témoignages de tiers, visite des lieux ou expertises. La procédure d'enquête devant les autorités de la concurrence est donc régie par la maxime d'office et la maxime inquisitoire. L'établissement des faits nécessaires à la décision est toutefois mené dans la limite des possibilités des autorités de la concurrence, sur la base des renseignements que leur fournissent les parties ou des tiers.²⁷⁷

212. Les autorités de la concurrence appliquent le principe de la libre appréciation des preuves (art. 39 LCart en lien avec l'art. 19 PA ainsi que l'art. 40 de la Loi fédérale de procédure civile fédérale²⁷⁸). Elles ne sont aucunement liées par la valeur probante de certains moyens de preuve et il n'y a aucune hiérarchie entre les différents moyens de preuve.²⁷⁹

213. Selon la pratique de la COMCO ainsi que la doctrine, une preuve peut être amenée au moyen d'indices (« *Beweiserbringung mittels Indizien* »).²⁸⁰ Par analogie à la jurisprudence développée en droit pénal, l'administration de preuves indirectes ou médiates, c'est-à-dire d'indices, permet également de tirer des conclusions significatives. Des indices sont des faits qui permettent de conclure à un autre fait pertinent. Dans la preuve par indice, un fait non prouvé directement est considéré comme établi parce que d'autres faits prouvés – les indices – et l'expérience générale de la vie imposent d'y conclure. Il n'y a pas *a priori* de différence de valeur entre une preuve par indice et une preuve directe, même si en règle générale la première laisse – à la différence

de la preuve directe – la possibilité que le lien soit remis en question et qu'un doute soit suscité. La possibilité d'une preuve par indice est reconnue et, en particulier lorsque celle-ci repose sur plusieurs indices différents, elle permet de conclure à satisfaction de droit à la preuve pleine (« *Vollbeweis* »).²⁸¹

214. Dans l'arrêt *Publigroupe*, le Tribunal fédéral (ci-après: le TF) s'est prononcé sur les principes régissant le degré de la preuve concernant plusieurs éléments (matériels) de l'énoncé de fait légal de l'art. 7 LCart, comme la définition du marché pertinent ou encore l'appréciation de la position sur le marché.²⁸² Selon la Haute Cour, il ne faut pas perdre de vue que l'analyse des rapports du marché est complexe, que les données sont en principe incomplètes et que la récolte de données supplémentaires est difficile. Dans ces circonstances, les exigences du degré de la preuve des rapports économiques ne doivent pas être exagérées, eu égard aux buts de la LCart d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.²⁸³ Une certaine logique de l'analyse économique et la probabilité de la justesse des éléments retenus doivent cependant être concluantes et compréhensibles.²⁸⁴

215. En résumé, il peut être retenu qu'en règle générale dans une procédure administrative ordinaire, une preuve est réputée apportée si l'autorité est convaincue de la réalisation des circonstances pertinentes, une certitude absolue n'étant toutefois pas indispensable.²⁸⁵

²⁷¹ A 222, réponses 3 et 4, pp. 4 s.

²⁷² A 222, réponses 3 et 4, pp. 4 s.

²⁷³ A 222, réponse 3, p. 4.

²⁷⁴ A 223.

²⁷⁵ A 224.

²⁷⁶ A 225.

²⁷⁷ VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 177.

²⁷⁸ Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273).

²⁷⁹ Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 834 consid. 2.1.2, *Nikon/COMCO*; CHRISTOPH AUER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (éd.), Zurich 2008, art. 12 PA N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 30 LCart N 99; STEFAN BILGER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 39 LCart N 62.

²⁸⁰ Voir DPC 2012/2, 385 N 927, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (n'est pas encore en force); MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, « Si unus cum una... »: *Vom Beweismass im Kartellrecht*, in: *Baurecht (BR)*, Fribourg 2005, pp. 114 ss, 116.

²⁸¹ Voir arrêt du TF 6B_332/2009 du 4.8.2009, consid. 2.3.

²⁸² ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 et 9.2.3.4 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2 et 9.2.3.4), *Publigroupe/COMCO*.

²⁸³ ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 et les références citées (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2 et les références citées), *Publigroupe/COMCO*.

²⁸⁴ ATF 139 I 72, consid. 8.3.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.2), *Publigroupe/COMCO*; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Fribourg 2002, pp. 305 ss.

²⁸⁵ Voir par ex. arrêt du TF 2A.500/2002 du 24.3.2003, consid. 3.5; DPC 2009/4, 341 N 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

216. Le degré de preuve doit être distingué de la question du fardeau de la preuve ainsi que de l'obligation de prouver les faits allégués (aussi dénommé fardeau de la preuve objectif et subjectif). Le fardeau de la preuve détermine quelle partie doit amener la preuve, respectivement qui supporte le défaut de preuve. L'obligation de prouver les faits allégués détermine quant à elle celui qui doit effectivement amener la preuve. Vu la maxime inquisitoire en procédure administrative (art. 12 PA), c'est à l'autorité que revient l'obligation de prouver les faits allégués en procédure de droit des cartels. A cette obligation de l'autorité fait toutefois face l'obligation des parties de collaborer ainsi que leur devoir de coopérer.²⁸⁶ Vu le principe de la présomption d'innocence, l'obligation de collaborer des parties est toutefois relativisée, en particulier par le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* de l'art. 6 al. 1 CEDH, qui prévoit en procédure pénale que nul n'est tenu de s'accuser lui-même.²⁸⁷ Il peut cependant être exigé des parties que celles-ci fassent valoir par exemple des motifs justificatifs, sans quoi l'autorité peut partir du principe qu'il n'y en a pas.²⁸⁸ C'est ainsi qu'en procédure pénale ordinaire, les autorités pénales n'examinent les circonstances atténuantes comme les motifs justificatifs que si cela s'impose vu la situation concrète, ou si la personne prévenue les invoque de façon vraisemblable.²⁸⁹

217. Dans la mesure où une sanction au sens de l'art. 49a LCart entre en ligne de compte et en raison du caractère pénal de cette mesure, les autorités de la concurrence doivent en principe respecter les garanties de procédure prévues par les art. 6 et 7 CEDH²⁹⁰ ainsi que les art. 30 resp. 32 Cst^{291, 292}. Des incertitudes quant aux faits sont ainsi à retenir en faveur des parties susceptibles de faire l'objet d'une sanction, conformément au principe de la présomption d'innocence prévu à l'art. 6 al. 2 CEDH, respectivement à l'art. 32 al. 1 Cst.²⁹³

A.4.1.2 En ce qui concerne les expertises privées

218. Selon l'art. 12 let. e PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par des expertises. Les parties déposent parfois spontanément une expertise, alors appelée *expertise privée* ou encore *expertise présentée par une partie*. L'art. 33 al. 1 PA prévoit que l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits.

219. Selon la jurisprudence, on ne saurait dénier, par principe, toute force probante aux expertises qu'une partie a fait effectuer et qui sont produites dans la procédure en tant que moyen de preuve, uniquement parce qu'elles proviennent d'une partie.²⁹⁴ Cependant, une expertise présentée par une partie a, en règle générale, une force probante moindre par rapport à une expertise ordonnée par l'autorité.²⁹⁵ Dès le départ, elle n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire au sens de l'art. 12 let. e PA. En effet, on doit présumer que la partie va soumettre à son expert privé en priorité les éléments importants de l'état de fait litigieux selon sa propre perception subjective des faits. Enfin, contrairement à l'expertise ordonnée par une autorité, une expertise privée n'est pas réalisée sous la menace de sanctions pénales, en cas de faux rapport.²⁹⁶ Dans le domaine pénal, le Tribunal fédéral a également jugé que les expertises privées

n'ont pas la même valeur qu'une expertise demandée par les autorités d'instruction ou par un tribunal. Les résultats d'une expertise privée réalisée sur mandat du prévenu sont soumis au principe de la libre appréciation des preuves, sont considérés comme de simples allégués des parties et n'ont pas la qualité de preuve. Etant donné qu'en règle générale, des expertises privées ne sont présentées que si elles sont favorables à leur mandant, il convient de les interpréter avec prudence.²⁹⁷ En matière civile, la jurisprudence du Tribunal fédéral va dans le même sens.²⁹⁸

A.4.2 Naxoo

A.4.2.1 Remarques générales

A.4.2.1.1 Les liens entre Naxoo et UPC

220. Naxoo et UPC sont des partenaires et non des concurrents sur le territoire visé par l'enquête. Une convention d'actionnaires lie d'ailleurs la Ville de Genève, Cablecom et Naxoo au moins depuis 2006.²⁹⁹ Depuis mars 2014, Naxoo n'agit qu'en qualité de fournisseur d'accès à des services (réseau câblé), le contenu radio-TV (programmes) étant entièrement fourni par UPC. [...] ³⁰⁰ [...] ³⁰¹ [...] ³⁰²

A.4.2.1.2 L'offre de base et les offres (ou services) à valeur ajoutée de Naxoo

a. L'offre de base

221. En souscrivant à l'offre de base pour un montant de CHF 29.95 par mois, les abonnés de Naxoo bénéficient de certains services multimédias (télévision, radio, téléphonie et Internet). Naxoo a lancé cette offre triple play, en partenariat avec UPC, en mars 2008.³⁰³ Le montant mensuel de CHF 29.95 est dû par chaque UH raccordée au Réseau Naxoo, que ce soit par le biais d'un Contrat

²⁸⁶ Voir ATF 129 II 18, consid. 7.1 (= DPC 2002/4, 743 consid. 7.1), *Buchpreisbindung*; Arrêt du TF 2A.430/2006 du 6.2.2007, DPC 2007/1, 133 consid. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./COMCO, REKO/WEF*.

²⁸⁷ Voir par ex. ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1.

²⁸⁸ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 663 consid. 570, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

²⁸⁹ Voir ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (éd.), Bâle 2011, art. 10 CPP N 21.

²⁹⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101).

²⁹¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (Cst; RS 101).

²⁹² ATF 139 I 72, consid. 2.2.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 2.2.2), *Publigroupe/COMCO*.

²⁹³ ATF 139 I 72, consid. 8.3.1 (= DPC 2013/1, 114 consid. 8.3.1), *Publigroupe/COMCO*.

²⁹⁴ ATF 137 II 266, consid. 3.2 et les références citées.

²⁹⁵ BERNHARD WALDMANN, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2e édition, Waldmann/Weissenberger (éd.), Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 19 PA N 16 et 22.

²⁹⁶ ATAF 2013/9, consid. 3.8.1 et les références citées.

²⁹⁷ ATF 141 IV 369, consid. 6.2 et les références citées.

²⁹⁸ ATF 132 III 83, consid. 3.4; ATF 141 III 433, consid. 2.6.

²⁹⁹ A 56, annexe 3.

³⁰⁰ A 115, pp. 3 et 10.

³⁰¹ A 56, réponses 1 *in fine*, 5 et 6.

³⁰² A 115, p. 19; voir aussi A 56, réponses 1, 5 et 6.

³⁰³ A 165, annexe 12.

de raccordement collectif ou d'un Contrat de raccordement individuel (N 238). Cette souscription représente un préalable nécessaire et indispensable pour pouvoir souscrire à des services à valeur ajoutée proposée par UPC.³⁰⁴ Le montant de CHF 29.95 TTC inclut le prix du raccordement de l'UH (Contrat de raccordement collectif ou individuel), les prestations de l'offre triple play de base, CHF 2.18 au titre de droits d'auteur et CHF 2.20 au titre de TVA.³⁰⁵

222. L'accès aux services de téléphonie et d'Internet inclus dans l'offre de base nécessite une inscription unique (requis pour des raisons d'identification de l'IP par l'OFCOM) auprès d'UPC, qui fournit alors, moyennant paiement d'une taxe d'activation unique de CHF 99.-, le matériel nécessaire (modem) pour bénéficier de ces services. Cette inscription peut se faire directement auprès d'UPC ainsi que via une enseigne Naxoo ou le centre d'appel de Naxoo.³⁰⁶

223. La conclusion d'une CRI ou la conclusion d'un Contrat de modernisation n'emportent pas souscription à l'offre de base. Ces contrats – à savoir la CRI ou le Contrat de modernisation – correspondent à des prestations distinctes d'une souscription à l'offre de base et sont en principe conclus à titre gratuit (sauf exception en cas de souscription à une option d'entretien et réparation ou de reconstruction de l'IDI coaxiale).³⁰⁷

224. Naxoo précise qu'une même UH peut bénéficier de plusieurs offres et raccordements parallèles. [...] en pratique, il n'est pas rare qu'une UH cumule simultanément un raccordement au Réseau Naxoo avec une offre d'un autre opérateur [...].³⁰⁸

b. Les offres (ou services) à valeur ajoutée

225. Les offres à valeur ajoutée d'UPC sont conclues soit directement auprès d'UPC, soit via le Naxoo Shop ou le centre d'appel Naxoo. Naxoo agit alors en qualité d'agent. Il n'y a pas de vente via le site Internet de Naxoo. [...].³⁰⁹

A.4.2.1.3 Statistiques concernant les contrats Naxoo

226. Dans ce titre, il est procédé à l'analyse des données chiffrées fournies par Naxoo. Le but est principalement de quantifier le nombre de clients selon les types de contrats, individuels ou collectifs.

227. Le Tableau 5 ci-dessous présente le nombre de contrats de Naxoo selon qu'il s'agit de Contrats de raccordement individuel (« IND », voir N 238 et N 255) ou de Contrats de raccordement collectif (« COL », voir N 238 et N 256).³¹⁰ Le total indique le nombre total d'UH raccordées par Naxoo.

	2011		2012		2013		2014		2015	
	UH	%	UH	%	UH	%	UH	%	UH	%
IND	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
COL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 5: Contrats de raccordement individuels et collectifs de Naxoo

228. Il ressort du Tableau 5 [...] le sont par le biais d'un Contrat de raccordement collectif, le taux oscillant entre [...] et [...] % sur la période de l'enquête.

229. Le Tableau 6 ci-dessous présente l'évolution par année du nombre d'offres de base (« O. base », N 221

ss) et du nombre d'offres à valeur ajoutée (« O. val. aj. », N 225). Le nombre d'offres de base a été obtenu en retranchant le nombre d'offres à valeur ajoutée au total des UH raccordées par Naxoo.³¹¹

	2011		2012		2013		2014		2015	
	UH	%	UH	%	UH	%	UH	%	UH	%
O. base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
O. val. aj.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total UH	[...]		[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 6: Evolution des offres de base et à valeur ajoutée

230. Il ressort du Tableau 6 que [...] sur l'ensemble de la période de l'enquête, passant de [...] à [...] %. [...], le nombre d'UH raccordées ayant opté pour une offre à valeur ajoutée [...], passant de [...] à [...] %.

³⁰⁴ A 115, pp. 10 s.

³⁰⁵ A 115, pp. 16 et 28.

³⁰⁶ A 115, p. 16.

³⁰⁷ A 115, p. 11.

³⁰⁸ A 17, réponse 1b; A 115, p. 12.

³⁰⁹ A 115, p. 19; voir aussi A 56, réponses 5 et 6.

³¹⁰ A 115, p. 13.

³¹¹ A 115, p. 17, réponse à la question 15.

231. Le Tableau 7 indique le taux de raccordement par année des logements en Ville de Genève. Premièrement, le nombre total d'UH raccordées selon Naxoo a été repris (dans le tableau ligne « *Total UH rac.* »).³¹² Naxoo a indiqué dans ses réponses du 3 juin 2016 qu'environ [...] UH – lesquelles sont comptées dans les chiffres fournis par Naxoo –, se trouvent en dehors de la Ville de Genève.³¹³ Ces [...] UH se situent dans des communes périphériques anciennement rattachées à la Ville de Genève, soit les communes de Cologny, Ca-

rouge et Conches. Par conséquent, [...] UH ont été retranchées du total des UH raccordées pour calculer le nombre d'UH raccordées en Ville de Genève (« *Total UH rac. en Ville de Genève* »). Le nombre de logements en Ville de Genève a été déterminé en se fondant sur les statistiques cantonales officielles.³¹⁴ Le taux de raccordement (« *Taux de rac.* ») est calculé en divisant le nombre d'UH raccordées en Ville de Genève par le nombre de logements en Ville de Genève.

	2011	2012	2013	2014	2015
Total UH rac.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total UH rac. en Ville de Genève	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Logements en Ville de Genève	104'595	105'226	105'962	106'298	107'032
Taux de rac.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 7: Taux de raccordement au Réseau Naxoo en Ville de Genève

232. Il ressort du Tableau 7 que le taux de raccordement en Ville de Genève de Naxoo [...], passant de [...] à [...] % sur l'ensemble de la période examinée.

A.4.2.2 Les conventions et contrats de Naxoo

233. Il convient de distinguer les conventions et contrats suivants:³¹⁵

- la CRI (Convention de raccordement immobilier);³¹⁶
- le Contrat de raccordement individuel;³¹⁷
- le Contrat de raccordement collectif;³¹⁸
- les Conditions générales;³¹⁹
- le Contrat de modernisation des IDI coaxiales (avec ou sans option d'entretien et de réparation);³²⁰
- les Recommandations techniques des IDI coaxiales.³²¹

234. Les conventions et contrats mentionnés ci-avant font parfois référence aux « spécifications techniques établies par Naxoo ». Il en va ainsi notamment de l'art. 2.2 de la CRI (N 248), de l'art. 9.4 de la CRI dans sa nouvelle teneur (N 252) ou encore des Conditions générales (N 257). Lors de l'audition de Naxoo, celle-ci est toutefois restée vague sur la disponibilité et l'accessibilité de ces documents, ne sachant par exemple pas si elles étaient disponibles sur son propre site Internet.³²² Naxoo n'a pas non plus indiqué si les Recommandations techniques des IDI coaxiales (N 267) et les « spécifications techniques établies par Naxoo » ne faisaient qu'un. Il s'agit dans tous les cas d'une documentation de Naxoo que celle-ci est vraisemblablement susceptible de modifier ou d'adapter en tout temps.

235. Il est également relevé que dans sa prise de position, Naxoo renvoie systématiquement à la réglementation et aux directives applicables à la profession pour justifier la teneur de ses propres conventions et contrats, en particulier aux directives de Suissedigital.³²³ Or,

Naxoo part de la prémisse incorrecte que la réglementation de la profession est conforme au droit des cartels, ce qui n'est pas forcément le cas.

A.4.2.2.1 La CRI

236. La CRI est signée par le propriétaire de l'immeuble ou son représentant (par ex. une régie ou gérance immobilière). Elle vise à raccorder un immeuble (resp. l'IDI coaxiale d'un immeuble) au Réseau Naxoo, ce qui n'entraîne aucune obligation financière récurrente pour le propriétaire d'immeubles ni aucune obligation de conclure un Contrat de raccordement collectif ou individuel.³²⁴ Il est donc possible qu'un immeuble soit raccordé au Réseau Naxoo par une CRI sans qu'aucune UH ne bénéficie de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif). Dans ce cas, aucun montant n'est perçu pour l'immeuble en question.³²⁵ Selon Naxoo, une telle situation n'est pas nécessairement dénuée d'intérêt pour elle dans la mesure où elle peut emprunter le sous-sol de l'immeuble en question pour y faire passer ses infrastructures et relier ainsi plus directement l'immeuble voisin que s'il avait fallu passer d'un immeuble à l'autre par la voie publique.³²⁶

³¹² A 115, p. 13.

³¹³ A 115, p. 3, note 2.

³¹⁴ Les données sur le nombre de logement en Ville de Genève sont tirées du fichier Excel « T 09.02.1.2.02 » intitulé « Logements selon la période de construction du bâtiment, par commune, depuis 1998 » de la page Internet suivante: <www.ge.ch/statistique/domaines/09/0902/tableaux.asp#3> (3.10.2016).

³¹⁵ A 115, p. 24.

³¹⁶ A 115, annexes 24 pour des exemples.

³¹⁷ A 115, annexes 28 pour des exemples.

³¹⁸ A 115, annexes 25 pour des exemples.

³¹⁹ A 115, annexes 26 pour des exemples; A 1, annexe 9.

³²⁰ A 115, annexes 33 à 35 pour des exemples.

³²¹ A 64, annexe 2 pour un exemple.

³²² A 222, réponse 5, p. 6.

³²³ A 198, par ex. N 287 ss, 291 ss, 305 ou encore 317.

³²⁴ A 115, p. 22.

³²⁵ A 115, p. 13.

³²⁶ A 115, p. 23, note 5.

237. A l'inverse toutefois, il n'est pas possible de conclure un Contrat de raccordement individuel ou collectif en l'absence de toute CRI, vu que l'immeuble en question n'est, dans un tel cas, pas raccordé au Réseau Naxoo.³²⁷

A.4.2.2.2 Le Contrat de raccordement individuel ou collectif

238. Pendant la période visée par l'enquête, lorsqu'un immeuble était raccordé au Réseau Naxoo suite à la conclusion d'une CRI, le propriétaire avait le choix entre deux possibilités:

- a. conclure un Contrat de raccordement collectif: il est signé par le propriétaire de l'immeuble ou son représentant. Toutes les UH de l'immeuble ont accès automatiquement, moyennant paiement du prix de l'offre de base, aux programmes de radio et télévision de l'offre de base Naxoo et, moyennant inscription préalable unique, à l'offre de base d'UPC concernant la téléphonie et Internet.³²⁸ Chaque UH a la possibilité de renoncer aux prestations offertes (*système d'opt-out*), auquel cas la prise de l'UH concernée est plombée. Ne sont alors facturées que les UH connectées au Réseau Naxoo, c'est-à-dire recevant le signal du Réseau Naxoo (hors UH dont les prises ont été plombées voire démontées). Les Contrats de raccordement collectif sont conclus pour une durée minimale de 12 mois civils complets. Ils sont ensuite résiliables en tout temps moyennant préavis de six mois.³²⁹

Dans le cadre d'un tel contrat, le propriétaire paie CHF 29.95 TTC par mois et par UH effectivement raccordée au Réseau Naxoo. [...].³³⁰

- b. ne rien faire, auquel cas les usagers de chaque UH de l'immeuble ont la possibilité de conclure un Contrat de raccordement individuel (système d'opt-in) du moment où l'immeuble a été raccordé au réseau de Naxoo, respectivement que la CRI a été signée par le propriétaire de l'immeuble. Le Contrat de raccordement individuel est signé par l'occupant de l'UH concernée, lequel s'acquitte de la taxe de raccordement et bénéficie ainsi de l'offre de base,³³¹ quel que soit le nombre de prises activées au sein de l'UH (une prise payante par UH). Les Contrats de raccordement individuel sont conclus pour une durée minimale de 12 mois et sont ensuite résiliables en tout temps moyennant préavis d'un mois.³³²

239. A noter qu'il existe selon Naxoo des immeubles concernés simultanément par des Contrats de raccordement individuel et un Contrat de raccordement collectif.³³³

240. La situation décrite ci-dessus est celle qui prévalait en règle générale pendant la durée de la période faisant l'objet de l'enquête. Ce système a toutefois été modifié récemment par UPC, et les modifications seront très vraisemblablement répercutées par Naxoo. En effet, jusqu'au 27 septembre 2016, le raccordement câblé était facturé séparément, respectivement inclus de façon peu transparente dans les charges locatives. Depuis le 28 septembre 2016, le raccordement au réseau câblé est inclus d'office dans le prix de tous les nouveaux pro-

duits tels qu'Internet, TV numérique ou réseau fixe. Sous le titre évocateur « *Plus de décomptes confus* », UPC indique que le client « *[bénéficie] ainsi d'une transparence accrue et d'une meilleure vue d'ensemble de [ses] dépenses* ». ³³⁴ La pratique des opérateurs CATV rejoindra ainsi celle des opérateurs IPTV, à savoir une relation contractuelle directe entre l'opérateur et le consommateur, sans l'intermédiaire d'un bailleur ou de régies immobilières.³³⁵ Avant cette modification de pratique, l'opérateur Sunrise avait considéré le manque de transparence d'UPC si problématique sous l'angle de la concurrence déloyale qu'une plainte pénale a été déposée contre UPC fin 2015, et la situation a en outre été dénoncée au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).³³⁶ Swisscom s'est par ailleurs également montrée très critique, notamment envers le manque de transparence des décomptes d'UPC et l'absence de la liberté de choix de raccordement pour le consommateur.³³⁷

A.4.2.2.3 Les Conditions générales

241. Les Conditions générales sont réunies en un seul document, et certaines clauses s'appliquent aussi bien à la CRI qu'au Contrat de raccordement (individuel ou collectif).³³⁸

A.4.2.2.4 Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales

242. Selon les indications de Naxoo,³³⁹ celle-ci a procédé à des investissements significatifs aux fins de moderniser l'ensemble du télé-réseau dès 2006. Les efforts de modernisation ont porté aussi bien sur les infrastructures de transport collectives (colonne vertébrale du réseau), désormais constituées de fibre optique, que sur les infrastructures de proximité (reliant la colonne vertébrale du réseau aux immeubles) et les IDI. Les Contrats de modernisation des IDI coaxiales portent sur cette mise à niveau des infrastructures. Selon Naxoo, plusieurs choix s'offrent aux propriétaires d'immeubles:

- ne rien faire;
- moderniser les IDI coaxiales aux frais des propriétaires d'immeubles. Naxoo indique dans un courrier de février 2009 que cela « *permet [aux propriétaires] de garder leur indépendance* », ³⁴⁰ ce

³²⁷ A 115, p. 23.

³²⁸ A 115, p. 16.

³²⁹ A 115, annexe 26a, art. 3.4.2.

³³⁰ A 115, p. 25 et annexe 27.

³³¹ A 115, réponse 43c.

³³² A 115, annexe 26a, art. 3.4.1.

³³³ A 115, p. 27.

³³⁴ <www.upc.ch/fr/offres-combinees/raccordement-cable-compris> (3.10.2016).

³³⁵ A 126, réponse 10.

³³⁶ Contre-rendu de presse notamment dans Bilanz, 7.9.2015, <www.bilanz.ch/unternehmen/sunrise-reicht-anzeige-gegen-cablecom-ein-452889> (19.12.2016) ou encore sur Romandie.com, 7.9.2015, <www.romandie.com/news/Sunrise-porte-plainte-contre-UPC-Cable-com-sur-les-taxes-de-raccordement/627796.rom> (13.2.2017).

³³⁷ A 126, réponse 8 et les références citées, en particulier le rapport du 17.8.2015 du Surveillant des prix.

³³⁸ A 115, annexes 26, art. 4 à 13 des Conditions générales.

³³⁹ A 115, pp. 33 et 34.

³⁴⁰ A 91, annexe 26.

qui laisse entendre *a contrario* que les propriétaires perdent leur indépendance s'ils concluent un Contrat de modernisation des IDI coaxiales avec Naxoo;

- moderniser et maintenir les IDI coaxiales aux frais de Naxoo, moyennant la conclusion d'un Contrat de modernisation pour une période de cinq ans. Le Contrat de modernisation est alors résiliable avant l'échéance de la période de cinq ans, moyennant paiement d'une indemnité à Naxoo visant à couvrir une partie des frais de modernisation engagés.³⁴¹

243. A noter que le Contrat de modernisation des IDI (coaxiales) peut contenir, en plus, une *Option entretien et réparation*. Cette option garantit l'entretien et la réparation des IDI coaxiales, et coûte CHF 0.50 HT par UH et par mois.³⁴²

244. Le Contrat de modernisation des IDI coaxiales est ainsi une possibilité offerte par Naxoo aux propriétaires, ces derniers n'ayant toutefois aucune obligation de conclure un tel contrat.³⁴³

A.4.2.2.5 Les Recommandations techniques des IDI coaxiales

245. Naxoo émet régulièrement un certain nombre de recommandations techniques à l'attention des installateurs professionnels de réseaux. Le dossier contient ainsi un document de Naxoo intitulé *Recommandations techniques des Installations de Distribution Intérieure d'Immeubles (IDI) selon la norme CC20001G*.³⁴⁴ Selon Naxoo, ces recommandations sont directement issues de la réglementation et des directives applicables à la profession.³⁴⁵

A.4.2.3 Les conditions commerciales problématiques

A.4.2.3.1 Dans la CRI

246. En annexe de sa dénonciation du 8 avril 2013, Gératronic a transmis à titre d'exemples trois CRI de Naxoo non datées. Les art. 2.2 et 9.4 sont pertinents dans le cadre de la présente enquête.³⁴⁶

247. A préciser que selon Naxoo, il peut exister un décalage entre l'entrée en vigueur d'un contrat et l'utilisation effective de ce contrat. En effet, il n'est pas rare que les clients de Naxoo signent un contrat qui leur a été remis plusieurs mois avant, de sorte qu'une nouvelle version peut être entrée en vigueur entre temps.³⁴⁷

a. Art. 2.2

248. L'art. 2.2 de la CRI de Naxoo stipule: « *L'installation intérieure doit répondre aux spécifications techniques établies par Naxoo, 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 Naxoo* ». ³⁴⁸

249. Cet article avait la teneur ci-dessus en tout cas de 2009 à 2015, vu que la teneur était toujours identique dans les exemples de CRI les plus récents transmis par Naxoo.³⁴⁹ Rien n'indique que la teneur de cette disposition soit différente à ce jour.

250. Contrairement à ce qu'indique Naxoo dans sa prise de position,³⁵⁰ l'art. 2.2 de la CRI va plus loin que les directives de Suissedigital, et c'est précisément ce qui fait la différence. En effet, Naxoo prévoit que l'installation intérieure doit répondre aux *spécifications techniques établies par Naxoo*, et non aux directives de Suissedigital ou plus généralement à la réglementation applicable à la branche (voir à ce sujet N 234).

b. Art. 9.4

Teneur jusqu'en juillet 2015 approximativement:

251. L'art. 9.4 de la CRI de Naxoo avait la teneur suivante, approximativement entre décembre 2009 et juillet 2015 selon Naxoo:³⁵¹ « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo et/ou (ii) l'un ou l'autre des utilisateurs de l'installation intérieure raccordée à la boîte d'injection ou le Propriétaire est en retard de paiement pour des sommes dues en rapport avec des services fournis par Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires, Naxoo 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 Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires. Naxoo peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension* ». ³⁵²

Teneur dès juillet 2015 approximativement:

252. Dans les exemples de CRI les plus récents transmis par Naxoo, datés d'août et décembre 2015, l'art. 9.4 a la teneur suivante: « *Dans l'éventualité où (i) une installation intérieure ne serait pas conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo 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 ou le Propriétaire est en retard de paiement pour des sommes dues en rapport avec des services fournis par Naxoo et/ou l'un ou l'autre de ses partenaires, Naxoo 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 Naxoo et/ou l'un*

³⁴¹ Par ex. A 115, annexe 33a, art. 5.5.

³⁴² A 53, annexe 3.

³⁴³ A 91, annexe 26.

³⁴⁴ A 64, annexe 2 pour un exemple.

³⁴⁵ A 198, N 287.

³⁴⁶ A 1, annexes 8.

³⁴⁷ A 163, réponse 4.

³⁴⁸ A 1, annexes 8; A 115, annexes 24.

³⁴⁹ A 115, annexes 24.

³⁵⁰ A 198, N 291.

³⁵¹ A 163, réponse 4.

³⁵² A 1, annexes 8.

ou l'autre de ses partenaires. Naxoo peut, sans y être obligée, faire parvenir une sommation préalable avant toute résiliation et/ou suspension ».³⁵³

253. Naxoo a donc modifié la teneur de l'art. 9.4 de sa CRI en cours d'enquête préalable suite aux échanges avec le Secrétariat,³⁵⁴ en particulier le point (i). Bien que différente, la nouvelle teneur laisse à Naxoo la possibilité de déterminer si une IDI coaxiale est conforme à ses propres spécifications techniques (voir à ce sujet N 234). Cela lui permettrait le cas échéant de conserver un certain contrôle sur l'IDI coaxiale, respectivement d'exercer si nécessaire une pression sur les propriétaires en s'appuyant sur la CRI. Il revient à Naxoo de faire une application conforme à la LCart de cette nouvelle teneur.

254. A noter que selon Naxoo, « [l'IDI coaxiale] peut être librement utilisé[e] par le propriétaire, même en présence d'une Convention de raccordement immobilier (CRI) »³⁵⁵, ce qui est contradictoire avec l'art. 9.4 même de la CRI dans ses deux teneurs ci-dessus.

A.4.2.3.2 Dans les Contrats de raccordement individuel ou collectif

a. Contrats de raccordement individuel

255. L'art. 4 des Contrats de raccordement individuel – intitulé « Conditions générales » – stipule que « Pour le surplus, les Conditions générales relatives à la Convention de Raccordement Immobilier et aux Contrats de Raccordement au Réseau de Naxoo SA (Naxoo) et les Tarifs des Raccordements, qui sont remis en annexe, font partie intégrante du présent Contrat ».³⁵⁶

b. Contrats de raccordement collectif

256. L'art. 4 des Contrats de raccordement collectif – intitulé « Conditions générales » – stipule que « Pour le surplus, les C.G. et les « Tarifs des Raccordements » qui sont remis en annexe, font partie intégrante du présent Contrat ».³⁵⁷ Cette clause se trouve aussi parfois à l'art. 3 du Contrat d'abonnement³⁵⁸ collectif.³⁵⁹

A.4.2.3.3 Dans les Conditions générales

257. L'art. 2.3 des Conditions Générales de Raccordement et d'Abonnement au Réseau Naxoo a la teneur suivante: « L'Installation Intérieure d'Immeuble doit être conforme aux spécifications techniques établies par Naxoo, qui en approuvera le schéma préalablement à sa mise en place [...] ».

258. Cette teneur était présente en tout cas en 2009 et en 2015 dans les Conditions Générales de Raccordement, et donc vraisemblablement durant toute cette période.³⁶⁰

A.4.2.3.4 Dans les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales)

a. Remarque générale

259. Selon Naxoo, aucune clause des Contrats de modernisation ne prévoit une exclusivité d'usage au bénéfice de Naxoo. En revanche selon elle, le contrat prévoit qu'aucun tiers ne peut accéder aux installations intérieures d'immeuble « sauf accord préalable de [Naxoo] ». Naxoo ajoute que cette disposition de nature juridique et technique (responsabilité et origine des pannes) permettrait en théorie à Naxoo de s'opposer à

ce qu'un tiers utilise les installations intérieures d'immeuble dont elle aurait financé la modernisation, puisque toute utilisation de ces installations présuppose un accès auxdites installations. Afin de lever tout doute à cet égard, Naxoo aurait clarifié ce point dans sa version la plus récente du Contrat de modernisation des IDI (coaxiales). En d'autres termes, selon Naxoo, le propriétaire d'immeubles demeurerait libre de résilier le Contrat de modernisation ou d'utiliser les installations intérieures à d'autres fins que la seule transmission des signaux du Réseau Naxoo, moyennant indemnisation de Naxoo pour les investissements réalisés.³⁶¹

260. Naxoo indique que le premier Contrat de modernisation sous Contrat de raccordement collectif a été signé [en 2009]. Le premier Contrat de modernisation sous Contrat de raccordement individuel a été signé [en 2012].³⁶²

b. Documentation publicitaire de janvier 2015

261. La documentation publicitaire du Contrat de modernisation de Naxoo contient la mention suivante: « Le Contrat de Modernisation des installations de distribution intérieures d'immeubles (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, [Naxoo] obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de 5 ans. Vous bénéficiez d'une option de sortie payante au plus tôt 2 ans après la modernisation ».³⁶³

c. Contrat de modernisation des IDI coaxiales

262. Dans les Contrats de modernisation des IDI coaxiales transmis par Naxoo³⁶⁴, il est indiqué en préambule que par Services, on entend les services que Naxoo (ou ses cocontractants) fournit ou dont elle autorise l'accès, par contrat(s) séparé(s), directement ou indirectement, à ses clients.

263. Aux art. 1.1 et 1.2, Naxoo stipule qu'elle « s'engage à fournir gratuitement au Propriétaire une opération de modernisation des Installations de l'Immeuble connectées au Raccordement, en conformité avec l'article 2 ci-dessous. En contrepartie de la modernisation des Installations de l'Immeuble, le Propriétaire s'engage envers [Naxoo] 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 » (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁵

³⁵³ A 115, annexes 24.

³⁵⁴ A 163, réponse 4.

³⁵⁵ A 115, p. 7.

³⁵⁶ A 115, annexe 28.

³⁵⁷ A 115, annexe 25.

³⁵⁸ Il semble que le terme *abonnement* ait été remplacé par *raccordement* dans les contrats plus récents.

³⁵⁹ A 115, annexe 25, contrats des 8.10.2013 et 11.11.2013.

³⁶⁰ A 1, annexe 9; A 115, annexes 26a à c.

³⁶¹ A 115, pp. 35 s.

³⁶² A 115, réponse 49.

³⁶³ A 53, annexe 3.

³⁶⁴ A 115, annexes 33a.

³⁶⁵ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

264. L'art. 1.6 stipule que « *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* » (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁶

265. L'art. 5.7 stipule que « *Pour le cas où [Naxoo] 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 présent contrat, [Naxoo] 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 [Naxoo] en conformité avec le présent article 5.6 ne donnera droit à aucun dédommagement. En outre, [Naxoo] 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* ». ³⁶⁷

266. L'art. 7.2 stipule que « *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 [Naxoo] ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [Naxoo] 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 [Naxoo] et/ou de tout sous-traitant qui serait chargé par [Naxoo] de tout ou partie de la modernisation et/ou de l'entretien et de la réparation des Installations* » (mise en évidence par la COMCO).³⁶⁸

A.4.2.3.5 Dans les Recommandations techniques des IDI coaxiales

267. Datées de décembre 2015, des Recommandations techniques de Naxoo présentes au dossier et portant sur les IDI coaxiales mentionnent que « *Les équivalences de matériel sont acceptées pour autant qu'elles correspondent strictement aux exigences; [Naxoo] se réserve le droit de refuser une installation qu'elle jugerait non conforme* ». ³⁶⁹

A.4.2.3.6 Conclusion intermédiaire en ce qui concerne les conditions commerciales problématiques

268. Il ressort premièrement des clauses 2.2 et 9.4 (teneur dès juillet 2015) des CRI, de la clause 2.3 des Conditions Générales de Raccordement et d'Abonnement au Réseau Naxoo (auxquelles semble vraisemblablement renvoyer l'art. 4 des Contrats de raccordement) ainsi que des Recommandations techniques de Naxoo que l'IDI coaxiale doit répondre aux propres spécifications techniques établies par Naxoo (voir à ce sujet N 234), qui se réserve en plus d'en approuver le schéma préalablement à sa mise en place. Cela lui permettrait le cas échéant de conserver un certain contrôle sur l'IDI coaxiale, respectivement d'exercer

si nécessaire une pression sur les propriétaires en s'appuyant sur la CRI. Il revient à Naxoo de faire une application conforme à la LCart de ces dispositions.

269. Ensuite, il ressort de la clause 9.4 (teneur jusqu'en juillet 2015, grande partie de la période visée par l'enquête) et 5.7 des Contrats de modernisation des IDI coaxiales que si l'IDI n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo, cette dernière s'autorise à résilier la CRI ou à suspendre en tout ou partie le fonctionnement de la boîte d'injection ou des accès individuels à l'IDI, ce qui entraînerait la coupure immédiate de tout ou partie des services fournis par Naxoo. Ces clauses sont pour le moins dissuasives pour les propriétaires d'immeubles, qui réfléchiront à deux fois avant de risquer la coupure du télé-réseau dans leurs immeubles. A relever encore que l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo stipule le terme très général d'« installation intérieure » et ne tient ainsi compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble (N 71 ss), ni de la volonté des propriétaires.

270. Quant aux Contrats de modernisation des IDI coaxiales, la clause 1.6 prévoit que pour pouvoir bénéficier d'une modernisation des IDI coaxiales, celles-ci doivent être consacrées exclusivement aux services de Naxoo, ce qui exclut d'emblée tout tiers potentiel. L'art. 7.2 – sur le respect duquel Naxoo insiste particulièrement (voir par ex. art. 1.2) – prévoit également qu'aucun tiers ne peut accéder aux IDI coaxiales. La conclusion d'un Contrat de modernisation des IDI coaxiales avec Naxoo par les propriétaires d'immeubles leur ferme donc toute possibilité d'utiliser leurs IDI pour d'autres services (N 242).

271. Pour terminer, il convient de relever que fin 2001 déjà, Gératronic avait cherché à rendre Naxoo attentive au fait que son comportement pourrait contrevenir au droit de la concurrence: « *[Gératronic] a eu connaissance de certaines rumeurs faisant état de ce que [Naxoo] tenterait de se faire céder des droits d'usage exclusifs des systèmes de distribution à l'intérieur même des immeubles. [Gératronic] n'ose penser que telle est la volonté de [Naxoo]. Une telle démarche créerait en effet un monopole de fait en votre faveur, monopole constituant une violation grave aux règles de la libre concurrence* ». ³⁷⁰

³⁶⁶ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁷ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁸ Par ex. A 115, annexe 33a, contrat d'avril 2014.

³⁶⁹ A 64, annexe 2 pour un exemple.

³⁷⁰ A 165, annexes 2, courrier du 6.12.2001.

A.4.2.4 La stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques

A.4.2.4.1 La crainte que le télé-réseau soit coupé

272. Un jugement du Tribunal de première instance genevois du 14 janvier 2014 constate ce qui suit: « Il résulte des audiences d'enquête [...] les éléments suivants: La société [...], active dans l'installation du câble et satellite, n'avait, entre 2004 et 2008, installé aucun système SUPERMEDIA en raison du litige existant entre Pascal EMERY et TELEGENEVE, 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 Pascal EMERY par crainte que le télé-réseau ne fût coupé » (mise en évidence par la COMCO).³⁷¹

A.4.2.4.2 Le refus d'entretenir des relations commerciales

a. Le refus par principe

273. Le jugement du Tribunal de première instance genevois cité (N 272) a retenu dans sa partie en fait que « Depuis le début de la commercialisation du système Supermédia en 2001, [Naxoo] a toujours refusé les propositions de collaboration de Gérardtronic qui souhaitait raccorder son système Supermédia au réseau du câble installé et exploité par [Naxoo] dans les immeubles situés en ville de Genève ». ³⁷²

274. Dans ses réponses du 24 juin 2013, Naxoo a indiqué en outre qu'« au cas où le propriétaire ou gérant de l'immeuble aurait décidé de ne pas acheminer le signal de [Naxoo] aux habitants de l'immeuble, rien ne s'oppose à ce que le signal satellite capté par la technologie Supermédia soit injecté sur le réseau Inhouse de l'immeuble ». ³⁷³ Naxoo pose ainsi a contrario le principe que si le propriétaire ou gérant de l'immeuble a décidé d'acheminer le signal de Naxoo via l'IDI coaxiale, cela s'oppose à ce que le signal satellite capté par la technologie Supermédia soit également injecté sur l'IDI coaxiale.

b. Courrier de Naxoo du 25 février 2013

275. Sur la base de sa CRI, Naxoo indique le 25 février 2013, dans un courrier adressé à Gérardtronic et portant sur les immeubles sis Rue Cramer à Genève, que « [L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous 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. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ». ³⁷⁴ Cette réponse de Naxoo est donnée de façon péremptoire sans aucune considération du type de configuration envisagée dans l'immeuble (N 71 ss) ni de la volonté des propriétaires.

c. Courrier de Naxoo du 27 mars 2013

276. Dans un courrier du 27 mars 2013 portant sur l'immeuble sis Rue Cramer à Genève, Naxoo a informé Gérardtronic que « [Naxoo] a déjà eu l'occasion d'indiquer à M. Pascal EMERY 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 [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne [...]. [Naxoo] 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 M. Pascal EMERY ». ³⁷⁵

d. Courriers de Naxoo des 16 mai, 6 juin et 19 juin 2013

277. Dans un courrier du 19 juin 2013 adressé à [...] et portant sur les immeubles [...] Rue Cramer à Genève, Naxoo indique qu'« [i] 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 ». ³⁷⁶ Naxoo 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 » ». ³⁷⁷ Le courrier de Naxoo du 16 mai 2013 va également dans ce sens. ³⁷⁸

278. Dans un courrier du 8 avril 2013 adressé à Naxoo, [...] avait au préalable indiqué 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 ». ³⁷⁹

e. Courrier de Naxoo du 7 mars 2014

279. Dans un courrier plus récent du 7 mars 2014 adressé à Gérardtronic, portant l'en-tête « mise en service suspendue » et concernant l'immeuble sis Rue Abraham-Gevery à Genève, Naxoo indique que « nous vous informons qu'à ce jour, nous n'avons toujours pas reçu la Convention de Raccordement Immobilier 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 ». ³⁸⁰ Une deuxième IDI coaxiale devra finalement être construite, et l'immeuble a été raccordé en 2016. ³⁸¹

³⁷¹ A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 28.

³⁷² A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 5.

³⁷³ A 5, réponse 2.

³⁷⁴ A 1, annexe 7.

³⁷⁵ A 17, courrier annexé de Naxoo du 27.3.2013.

³⁷⁶ A 6, annexes 10.

³⁷⁷ A 6, p. 1 et annexes 10.

³⁷⁸ A 6, annexes 10.

³⁷⁹ A 6, annexes 10, courrier [...] du 8.4.2013.

³⁸⁰ A 23 et ses annexes.

³⁸¹ A 198, N 16 et annexe 12.

f. Courrier de Naxoo du 20 mai 2008

280. Dans un courrier déjà plus ancien du 20 mai 2008, adressé à l'agence immobilière [...] et concernant la Résidence [...], Naxoo indiquait: « *Votre décision de choisir le système commuté [le système Supermédia] [...] nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et la mise en place d'un tel projet [...]. Nous sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si [...] souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Télé réseau* ». ³⁸² Ici également, Naxoo a souhaité obtenir l'exclusivité.

g. Courriers de Naxoo des 5 novembre 2001 et 2 avril 2002

281. Dans des courriers encore plus anciens de 2001 et 2002 qui portaient sur un hôtel particulier en Ville de Genève sis Rue Le-Fort, Naxoo a refusé à Gérardtronic de procéder à l'examen du schéma de l'IDI coaxiale dans un cas de réception simultanée « *télé réseau – réception satellite directe* » (objet du courrier). ³⁸³

h. Conclusion intermédiaire

282. Ce qui précède démontre que Naxoo entend appliquer strictement ses CRI et Conditions générales, et qu'elle ne tolère pas la modification de celles-ci ou une absence de signature. En outre, le courrier du 25 février 2013 démontre que Naxoo considère le système Supermédia comme non conforme à ses prescriptions techniques. Il ressort également des différents courriers de Naxoo que ses réponses sont données de façon péremptoire sans prise en considération du type de configuration envisagée dans l'immeuble (N 71 ss) ni de la volonté des propriétaires. Cette manière de faire contraste avec celle adoptée après l'intervention des autorités de la concurrence (N 365 ss).

A.4.2.4.3 Le refus de valider des schémas d'installations

283. Dans un courrier du 25 février 2013 portant sur [...] Rue Cramer à Genève, Naxoo fait savoir à Gérardtronic que « *le couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services* » puis, plus loin, « *au vu de ce qui précède et du contenu actuel lacunaire de votre demande, 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 télé réseau dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables* ». ³⁸⁴

284. Toujours pour le même immeuble, Naxoo indique dans un courrier du 17 mars 2013 adressé à Gérardtronic que « *le couplage de deux signaux sur la prise par laquelle est acheminé le signal télévisuel, ceci au moyen d'une installation non validée par [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne* ». ³⁸⁵ Naxoo se réserve ainsi unilatéralement le droit de valider ou non le schéma d'installation

d'un système tiers par rapport au télé réseau, ce qu'elle ne manque pas de rappeler encore une fois à Gérardtronic, cette fois en 2014: « *Validation préalable des schémas techniques, et non simple information pour commentaires. Ma mandante n'entend pas modifier ses procédures actuelles du fait de l'installation d'un système tiers (exemple Supermédia) dans un immeuble. La même procédure sera appliquée par ma mandante, que ce système soit présent ou non dans un immeuble* ». ³⁸⁶

285. Dans un courrier du 27 mars 2013 finalement, Naxoo indique à nouveau à Gérardtronic que « *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 [Naxoo], pourrait causer des problèmes techniques et de responsabilité en cas de panne* ». ³⁸⁷

286. Le 24 mars 2014 et alors que l'observation de marché était déjà en cours, Naxoo persistait à vouloir valider ou non les schémas de raccordement. ³⁸⁸ Il en va de même dans un courriel de Naxoo du 28 novembre 2014 adressé à Gérardtronic dans le cadre d'une tentative de trouver un accord sur demande du Secrétariat. ³⁸⁹

287. Naxoo se réserve ainsi le droit de décider si l'installation intérieure est conforme à ses propres spécifications techniques. Cela lui permet d'écarter n'importe quel tiers de l'IDI coaxiale sous prétexte qu'elle ne peut valider le schéma de l'installation.

A.4.2.4.4 Les tentatives d'intimidation

288. Le dossier contient un courriel du 23 avril 2015 adressé à Naxoo par le directeur de la société DISTRIBUTION SATELLITE SA (ci-après: DSAT SA). Ce courriel contient notamment le passage suivant: « *Je me permets de revenir sur nos discussions téléphoniques de hier. Je voudrais vraiment garder de bonnes collaborations entre Naxoo et DSAT et trouve vraiment regrettable que vous vouliez les interrompre aussi brutalement à cause de la seule présence de M. EMERY au C.A. de DSAT qui semble vous poser un problème. M. Emery 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 M. Emery* ». ³⁹⁰

289. Il semble ainsi que Naxoo ait voulu interrompre sa collaboration avec DSAT SA uniquement en raison de la présence du fondateur de Gérardtronic, Pascal Emery, dans son conseil d'administration. Cela laisse penser à des pressions de Naxoo sur DSAT SA.

³⁸² A 91, annexe 20.

³⁸³ A 165, réponse 1b et annexes 2, 4 et 5, consid. 29; A 17, jugement du 14.1.2014 en annexe, consid. 6; voir aussi A 139.

³⁸⁴ A 1, annexe 7.

³⁸⁵ A 17, courrier du 27.3.2013.

³⁸⁶ A 52, annexe E, courriel du 28.11.2014.

³⁸⁷ A 17, courrier annexé de Naxoo du 27.3.2013.

³⁸⁸ A 26, p. 1.

³⁸⁹ A 52, annexe E.

³⁹⁰ A 62, annexe C.

290. A ce qui précède s'ajoute le cas suivant, à savoir que le 5 août 2016 et pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES, M. Morales a déclaré que « *lors d'une réunion qui s'est tenue dans mon bureau chez EGG-TELSA en présence de [...] [de Naxoo] m'avait très clairement indiqué qu'il considérait que j'avais un parti pris pour M. Emery et que cela pouvait mettre en danger le maintien d'un contrat renouvelé chaque année entre NAXOO et EGG-TELSA et qui représentait un chiffre d'affaires important* ». ³⁹¹

291. Ici encore, Naxoo a semblerait-il laissé entendre qu'il valait mieux pour l'entreprise concernée de prendre parti pour Naxoo plutôt que pour Gérardtronic, sous peine de perdre un important partenaire commercial.

A.4.2.4.5 La condamnation pour concurrence déloyale

292. Le 17 avril 2008, les organes dirigeants de Naxoo ont été définitivement condamnés pour concurrence déloyale envers Gérardtronic. ³⁹²

293. Fin 2004, des collaborateurs de Naxoo avaient en effet envoyé notamment à une régie immobilière un courrier indiquant que le système Supermédia « *pousse le client à aller chercher à l'étranger des cartes d'abonnement aux chaînes de péage et donc d'agir en toute illégalité vis-à-vis du droit suisse. Etant [garant] d'une certaine éthique commerciale, [Naxoo ne peut] donc pas valider cette démarche* ». Le courrier précisait en outre que les installations de Gérardtronic occasionnaient un surcoût non négligeable, un plus grand risque de pannes au vu de leur complexité et qu'elles étaient susceptibles de devenir rapidement obsolètes. ³⁹³

294. Par son arrêt, le TF a confirmé la condamnation du directeur général, du directeur général adjoint et du responsable du service client de l'époque de Naxoo pour concurrence déloyale au sens de l'art. 23 LCD ³⁹⁴.

295. Le TF 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'entreprise A. [Gératronic] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché, étant rappelé pour le surplus qu'il n'est pas nécessaire que l'intimé subisse un dommage. Il suffit effectivement, comme en l'occurrence, que les allégations incriminées soient aptes à influencer la concurrence (cf. arrêt 6S.858/1999 du 16 août 2007 consid. 7b/dd). Dès lors, l'autorité cantonale n'a pas violé le droit fédéral en admettant que les courriers des recourants avaient eu une influence sur le fonctionnement du marché au sens de la LCD* ». ³⁹⁵

A.4.2.4.6 Résumé des chantiers sur lesquels Naxoo a posé des difficultés

296. Sur demande du Secrétariat, ³⁹⁶ Gérardtronic a dressé une liste des chantiers sur lesquels l'installation du système Supermédia a été entravée ou a fait l'objet de tentatives d'entraves. ³⁹⁷ Ces différents cas sont mentionnés et détaillés ci-après, et les pièces au dossier permettant de les étayer sont systématiquement mentionnées en notes de bas de page:

297. [...] Rue Cramer, Genève. Selon M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES, Naxoo aurait refusé de raccorder les immeubles au télé-réseau en raison de la présence du système Supermédia, respectivement si une IDI coaxiale séparée n'était pas installée. ³⁹⁸ Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo indique que le raccordement au télé-réseau aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique présenté par Gérardtronic ³⁹⁹. Le système Supermédia a pu être installé au final, et une antenne TNT a été installée à la place du télé-réseau de Naxoo. ⁴⁰⁰ L'immeuble n'a toutefois pas été raccordé au télé-réseau de Naxoo, ⁴⁰¹ contrairement à ce que souhaitait le maître d'ouvrage. ⁴⁰²

298. Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, Genève. Naxoo a refusé de raccorder l'immeuble en raison de la présence du système Supermédia en parallèle. Elle déclarait elle-même: « *[Naxoo] refuse de connecter le télé-réseau sur les boîtiers proposés par GERATRONIC - PASCAL EMERY en raison notamment du risque de piratage et des risques d'interférences* ». ⁴⁰³ Une négociation de longue haleine s'en est suivie entre l'entreprise générale de construction et Naxoo. Naxoo a fini par saisir la justice en 2008 avec une action en cessation du trouble à l'encontre du propriétaire et de Pascal Emery, action qui n'aurait pas abouti selon Gérardtronic. Il se serait agi ici du premier marché pour le système Supermédia. ⁴⁰⁴ En fin de compte, l'immeuble a été raccordé au télé-réseau au plus tard en 2006, ⁴⁰⁵ en parallèle au système Supermédia. ⁴⁰⁶ Le satellite et le télé-réseau utilisent une seule IDI coaxiale. ⁴⁰⁷ Cet immeuble a été examiné dans le cadre de l'expertise privée déposée par Naxoo (N 342).

299. Immeubles sis Route de Malagnou, Genève. Le système Supermédia a été dénigré dans le cadre de ce chantier par les responsables de Naxoo, ce qui a provoqué une procédure pénale à l'encontre de Naxoo (N 292 ss). Le système Supermédia a été installé en fin de compte, et l'immeuble a été raccordé au télé-réseau en 2004. ⁴⁰⁸ Toutefois, deux IDI coaxiales distinctes ont dû être construites. ⁴⁰⁹

³⁹¹ A 154, réponse 3a.

³⁹² Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008; voir aussi A 91.

³⁹³ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. B; A 91, annexe 18 pièce 8, courrier de Naxoo du 9.12.2004.

³⁹⁴ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241).

³⁹⁵ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

³⁹⁶ A 141, questions 1 à 3.

³⁹⁷ A 165, réponses 1 à 3 et annexes mentionnées.

³⁹⁸ A 154, réponse 3a.

³⁹⁹ A 198, N 390.

⁴⁰⁰ A 1, annexes 7 à 9; A 6 et annexes; A 165, réponse 1a.

⁴⁰¹ A 198, N 16 et 392.

⁴⁰² A 6, annexes 10.

⁴⁰³ A 165, annexe 5, consid. 29.

⁴⁰⁴ A 17, jugement du 14.1.2014 annexé, consid. 6; A 165, réponse 1b et annexes 4 et 5; voir aussi A 139.

⁴⁰⁵ A 198, N 16 (2006) et N 399 (2004).

⁴⁰⁶ A 17, jugement du 14.1.2014 annexé, consid. 6; voir aussi A 139.

⁴⁰⁷ A 198, N 16 et 395.

⁴⁰⁸ A 198, N 16 et 403.

⁴⁰⁹ A 198, N 16 et 402.

300. Rue Abraham-Gevray, Genève. Gératronic indique que le propriétaire avait initialement refusé de signer les CRI de Naxoo vu les clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale qui avaient été présentées par Naxoo au maître d'œuvre ou au bureau d'ingénieurs chargé du chantier. Vu le refus de Naxoo de revoir sa position, Gératronic a procédé à l'installation de la TNT à ses propres frais.⁴¹⁰ L'immeuble a par la suite été raccordé au téléseu en 2016 suite à la signature de la CRI par le propriétaire.⁴¹¹ Toutefois, deux IDI coaxiales distinctes ont dû être construites dans cet immeuble.⁴¹²

301. Résidence [...]. Cette résidence représente plusieurs centaines d'appartements (au minimum 400). Ces immeubles n'ont pas été raccordés au téléseu (voir N 280).⁴¹³ Dans sa prise de position,⁴¹⁴ Naxoo a indiqué que ce projet était particulier en ce sens qu'il se situait en dehors de la zone desservie par Naxoo, et qu'amener le réseau jusqu'à [...] aurait dès lors été un projet hors normes. Ce raccordement aurait selon Naxoo demandé des investissements très importants liés à l'éloignement géographique de cette résidence avec le tracé existant du réseau de Naxoo. Dans ces circonstances, Naxoo ne pouvait selon elle espérer avoir un retour sur investissement que si une majorité de résidents décidaient de s'abonner auprès de Naxoo. Or, [...], et Naxoo aurait par conséquent décidé de retirer son offre. Rien ne permet toutefois de vérifier les dires de Naxoo.

A.4.2.5 Recommandations du Secrétariat dépourvues d'effet

302. Le 6 août 2013, le Secrétariat a invité Naxoo à négocier jusqu'au 6 septembre 2013 une solution afin d'opérer la technologie Supermédia en parallèle aux services que Naxoo fournit à ses clients.⁴¹⁵

303. Le 3 septembre 2013, Naxoo a tout d'abord fait valoir un contentieux avec Gératronic, étranger au droit de la concurrence. Elle a ensuite indiqué vouloir « poursuivre la réflexion » et « étudier les accords existants entre Gératronic et UPC », tout en requérant divers documents de la part du Secrétariat.⁴¹⁶ En réalité, Naxoo n'a donné aucune suite au courrier du Secrétariat du 6 août 2013.

304. Le Secrétariat a relancé Naxoo le 27 septembre 2013, avec délai au 17 octobre 2013.⁴¹⁷

305. Le 17 octobre 2013 et en substance, Naxoo a indiqué que « *[l]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 Gératronic* ». ⁴¹⁸

306. Ce qui précède n'est qu'un premier exemple de l'attitude de Naxoo jusqu'à l'ouverture de l'enquête préalable le 29 janvier 2015, qui visait essentiellement à gagner du temps. Cela est notamment illustré par le courrier de Naxoo du 7 mars 2014 mentionné ci-dessus (N 279), duquel ressort que Naxoo entendait continuer à appliquer strictement sa CRI, malgré l'intervention régulière du Secrétariat dès le 31 mai 2013.⁴¹⁹

307. Le 6 mars 2014, le Secrétariat a invité Naxoo à informer les propriétaires d'immeubles du fait que l'installation du système Supermédia ne représente pas un cas d'application de l'art. 9.4 (i) de la CRI, pour autant que l'immeuble concerné ait été validé par Naxoo. Le Secrétariat a précisé que pour autant qu'une telle confirmation soit donnée aux propriétaires qui veulent utiliser le système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, il ne considère pas qu'une action immédiate soit indiquée.⁴²⁰

308. Par courrier du 24 mars 2014, Naxoo a indiqué notamment qu'elle comprenait du courrier du Secrétariat qu'elle devait pouvoir poser 3 exigences en présence d'un système tiers parallèle (p. 1 dernier paragraphe). En page 2, elle pose 4 nouvelles exigences afin qu'elle puisse, selon elle, offrir un service de qualité à ses clients, puis elle pose 4 obligations que la CRI devrait intégrer à la charge des propriétaires d'immeubles ou de leurs mandataires désireux d'utiliser la même IDI coaxiale pour véhiculer deux signaux distincts sur un même support. Finalement, Naxoo propose d'intégrer un addendum à la CRI visant « *à garantir aux propriétaires d'immeubles une information transparente et claire quant aux modalités et conséquences de l'exploitation d'un même support pour le transport de signaux parallèles, tout en attribuant clairement les responsabilités entre notre société et le propriétaire d'immeuble [...]* ». Ledit addendum n'a toutefois pas été intégré.⁴²¹

309. Ainsi, alors que le Secrétariat demandait par courrier du 6 mars 2014 une action précise de la part de Naxoo, celle-ci pose à l'inverse 7 exigences en sa faveur et 4 obligations à la charge des propriétaires d'immeubles ou de leurs mandataires, alors que c'est bien elle qui était visée par l'observation de marché. Cela s'apparente à un comportement dilatoire qui visait à maintenir le *statu quo*.

310. Les échanges de courriers qui ont suivi⁴²² n'ayant aucunement fait avancer la situation, le Secrétariat a fixé un délai au 28 novembre 2014 pour que Naxoo et Gératronic trouvent un accord sur la façon de faire cohabiter les deux systèmes. Il a été expressément précisé que si Naxoo devait s'obstiner à s'opposer à l'exploitation en parallèle des deux systèmes – notamment en fixant des conditions techniques inutiles ou en menaçant de désactiver son propre service en cas d'installation d'un service tiers comme Supermédia – le Secrétariat envisagerait l'ouverture d'une enquête préalable.⁴²³

⁴¹⁰ A 27, p. 3; A 165, réponse 1d et annexe 7; voir aussi A 139.

⁴¹¹ A 198, N 16 et 405.

⁴¹² A 198, N 16.

⁴¹³ A 91, réponse B12 et annexe 20; A 165, réponse 1e et annexe 8; A 198, N 407.

⁴¹⁴ A 198, N 343 ss.

⁴¹⁵ A 7.

⁴¹⁶ A 9.

⁴¹⁷ A 10 et 11.

⁴¹⁸ A 12.

⁴¹⁹ A 2, 7, 10, 11, 16 et 21.

⁴²⁰ A 21.

⁴²¹ A 26.

⁴²² A 28, 29, 30, 31, 32, 33, 39 et 40.

⁴²³ A 41.

311. Suite à l'absence d'accord dans le délai fixé (qui avait été prolongé),⁴²⁴ le Secrétariat a ouvert une enquête préalable le 29 janvier 2015. Comme déjà indiqué, elle a été ouverte non pas uniquement en raison de l'absence d'accord – ce qui aurait sinon permis à Gératronic d'instrumentaliser la procédure dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête préalable –, mais principalement parce que les pièces transmises par Naxoo⁴²⁵ dans le délai fixé tendaient à démontrer que Naxoo n'avait pas l'intention de changer de pratique (par ex. maintien de l'approbation du schéma de raccordement, modification sur la forme de l'art. 9.4 de la Convention de raccordement qui ne règle pas le problème de fond de l'obligation des tiers de se conformer aux spécifications techniques de Naxoo, ou encore lettre visant à alarmer et décourager les propriétaires et à les détourner d'un système tiers).

A.4.2.6 Conclusions intermédiaires

312. Premièrement, il ressort de ce qui précède que Naxoo a dans un premier temps refusé à plusieurs reprises de raccorder des immeubles à ses services parce que le propriétaire de l'immeuble refusait de signer la Convention de raccordement qui contenait des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale, ou qui y renvoyait (Rue Abraham-Gevray, Genève): « [...] *le refus de notre société de raccorder l'immeuble en question est dû au refus du propriétaire d'immeuble de signer notre convention de raccordement, et non à la volonté d'installer le système Supermédia dans cet immeuble* ». ⁴²⁶ L'installation parallèle sur l'IDI coaxiale d'un système tiers entrerait dans le cadre défini par la clause 9.4 de la Convention de raccordement (teneur jusqu'en juillet 2015)⁴²⁷ et aurait permis à Naxoo de résilier à sa discrétion la Convention ou de suspendre en tout ou partie ses services, ou simplement de refuser l'installation de ses services si l'installation d'un système tiers était envisagée ou que le service tiers était déjà présent. Naxoo considérerait d'ailleurs sans équivoque que tout couplage des réseaux était exclu, et donnait même le cas du couplage avec le satellite en exemple: « *Le couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services* ». ⁴²⁸

313. Deuxièmement, le dossier contient plusieurs exemples concrets et documentés ([...] Rue Cramer, Genève [N 297] / Hôtel particulier sis Rue Le-Fort, Genève [N 298] / Immeubles sis Route de Malagnou, Genève [N 299] / Immeuble sis Rue Abraham-Gevray, Genève [N 300] / Résidence [...] [N 301]) pour lesquels Naxoo s'est opposée au raccordement en raison de la volonté des propriétaires d'installer également le satellite sur l'IDI coaxiale, et qui ne souhaitaient donc pas signer la Convention de raccordement de Naxoo qui contenait des clauses d'exclusivité d'utilisation de l'IDI coaxiale. Ainsi, Naxoo s'est opposée à l'installation d'un système tiers parallèlement au télé-réseau notamment dans les immeubles sis Rue Cramer à Genève, en indiquant en particulier que « *[L]e couplage des réseaux n'est pas autorisé (par exemple satellite et réseau Naxoo) pour des raisons de responsabilité d'intervention de nos services [...]. [N]ous n'acceptons en aucun cas la présence d'installations accessoires à celle du télé-réseau dans les schémas de l'installation. Ainsi, les éléments tels qu'une*

installation « SAT optique », des « prises supermédia », etc. ou tout autre élément non conforme à nos prescriptions techniques ne sont pas envisageables ». ⁴²⁹ L'immeuble sis Rue Cramer n'est pas raccordé au télé-réseau de Naxoo à ce jour.⁴³⁰ Quant aux immeubles sis Route de Malagnou et Rue Abraham-Gevray, les propriétaires ont été obligés de construire deux IDI coaxiales distinctes, suite à quoi les immeubles ont été raccordés.⁴³¹

314. Naxoo ne s'oppose donc pas directement à l'installation d'un système tiers, mais refuse de raccorder les immeubles au télé-réseau si sa Convention de raccordement n'est pas signée valablement et sans modifications.⁴³²

315. Finalement, il convient de relever qu'il est impossible de déterminer précisément le nombre de cas pour lesquels un système tiers a été écarté au profit du télé-réseau de Naxoo. En d'autres termes, il n'est pas possible de déterminer dans quelle mesure la stratégie principale de Naxoo – consistant à menacer de ne pas contracter pour en fin de compte obtenir le raccordement de l'immeuble au télé-réseau au détriment de tout tiers – a porté ses fruits. En effet, Naxoo a un contact direct avec les régies de la place genevoise, les électriciens, les bureaux d'ingénieurs, et plus généralement tous les acteurs du marché en cause. Naxoo pouvait ainsi intervenir – que ce soit au stade de la définition du cahier des charges en amont de la construction, ou par la suite lors de la discussion des contrats – pour imposer des conditions obérant l'accès au marché pour des tiers comme Gératronic. En prenant en compte le nombre de clients atteints par Naxoo sur le marché genevois, Gératronic évalue à 9'000 au moins le nombre de raccordements potentiellement touchés par les actions de Naxoo.⁴³³ Ce chiffre ne saurait être confirmé ou infirmé par l'enquête. Toutefois, le TF avait retenu en 2008 dans le cadre de son arrêt en matière de concurrence déloyale que « *plusieurs communes ont, suite aux courriers [de Naxoo], suspendu leur collaboration avec [Gératronic] jusqu'à droit jugé dans la présente cause. Or, cette suspension est objectivement de nature à désavantager [Gératronic] par rapport à ses concurrents et à lui faire perdre des parts de marché* ». ⁴³⁴ Partant et même s'il est impossible de quantifier le phénomène, il peut être retenu que les conditions commerciales de Naxoo ont incité les propriétaires à ne pas contracter avec des fournisseurs de systèmes tiers comme Gératronic.

⁴²⁴ A 43 à 53.

⁴²⁵ Documents annexés à l'A 49.

⁴²⁶ A 17, p. 5.

⁴²⁷ A 1, annexes 8.

⁴²⁸ A 1, annexe 7, p. 2.

⁴²⁹ A 1, annexe 7.

⁴³⁰ A 198, N 16 et 392.

⁴³¹ A 198, N 16 et 402.

⁴³² Par ex. courrier de Naxoo du 16.5.2013, annexe 10 à l'A 6.

⁴³³ A 165, réponse 2.

⁴³⁴ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

A.4.3 Gératronic

A.4.3.1 Remarques générales

316. Conformément aux indications de Gératronic, le chiffre d'affaires réalisé avec le système Supermédia de 2011   2015 est de [...],⁴³⁵ ce qui correspond à [...] du chiffre d'affaires total de Gératronic sur la même période ([...]).

317. Gératronic indique que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'a réalisé aucune recette avec le système Supermédia, sans toutefois préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.⁴³⁶ Les deux dernières installations du système Supermédia ont été celles sises Rue Cramer et Rue Abraham-Gevery   Genève. Gératronic n'aurait plus eu de commande depuis, à nouveau sans préciser si cela concerne tout le marché, ou uniquement la Ville de Genève.⁴³⁷

318. Dans le cadre de l'enquête, Gératronic a fourni la liste des installations Supermédia réalisées par ses soins, en précisant qu'elle ne pouvait donner les adresses des installations réalisées par des tiers auxquels elle s'est bornée à fournir du matériel. Elle n'a connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires ou par Naxoo ou UPC en lien avec les installations Supermédia. Toutefois, l'installation réalisée au Chemin du Joran   Nyon aurait connu certains problèmes liés à l'existence simultanée d'une installation Supermédia et d'un système «   la carte, Démodulé & Remodulé » souhaité par le client.⁴³⁸

319. Dans sa prise de position, Naxoo indique que Gératronic n'a pas établi les efforts promotionnels effectués aux fins de promouvoir le système Supermédia.⁴³⁹ La promotion d'un tel système ne se fait toutefois 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, comme l'a indiqué M. Emery lors de son audition.⁴⁴⁰ Le dossier contient d'ailleurs des fiches publicitaires portant sur le système Supermédia.⁴⁴¹

A.4.3.2 L'anticipation de l'évolution technique par Gératronic

320. Le 15 septembre 2014, Gératronic indiquait au Secrétariat que « *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   2150 MHz+DC, alors que le câble se situe actuellement dans la gamme 5 à 860 MHz. M. Emery ayant d'ores et déjà prévu les adaptations nécessaires en cas de changement des fréquences de la part des t l r seaux* ». ⁴⁴²

321. Le 9 décembre 2014, Gératronic indiquait   UPC que « *[m]es produits « SUPERMEDIA » étant déjà compatibles 1'200 MHz, il ne devrait pas y avoir de problème de notre côté* ». ⁴⁴³ Cette compatibilité est également présente dans les fiches publicitaires de Gératronic pour le système Supermédia.⁴⁴⁴

322. Le 2 mai 2016, Gératronic a indiqué ce qui suit: « *Afin d'anticiper l'évolution prévue de la gamme des fréquences, M. EMERY, déjà en 2011, a pris contact avec UPC Cablecom sur ce sujet, M. EMERY s'est attelé à la problématique du changement de fréquence [...]* ». ⁴⁴⁵

323. Ainsi et selon ce qui précède, Gératronic procéderait régulièrement à des adaptations techniques de son matériel, en particulier afin d'anticiper un éventuel futur chevauchement de fréquences sur l'IDI coaxiale. Un risque de chevauchement avec les fréquences utilisées par le t l r seau semblerait donc exclu vu que Gératronic est consciente des besoins du t l r seau et de l'extension de la gamme de fréquences utilisée.

324. A toutes fins utiles, il peut encore être indiqué que si la limite des fréquences exploitables devait un jour être atteinte sur le réseau coaxial, il s'agira alors de déterminer si les exploitants du t l r seau en position dominante peuvent simplement prétendre à l'utilisation de la totalité de la gamme de fréquences disponible, à l'exclusion de tout tiers, ou si leur liberté économique devra être limitée par une réglementation de l'utilisation de la gamme de fréquences disponible, en application de la LCart.

325. Dans sa prise de position, Naxoo renvoie principalement à son expertise privée, qui est examinée plus loin dans la présente décision (N 340 ss).⁴⁴⁶ A relever toutefois que selon Naxoo, l'expertise privée mettrait en évidence une incompatibilité du système Supermédia avec le t l r seau en cas d'augmentation de la gamme de fréquences,⁴⁴⁷ ce qui suppose a contrario que pour la période visée par l'enquête et vu qu'aucune augmentation de la gamme de fréquences n'a encore eu lieu à ce jour (N 342), le système Supermédia ne serait pas incompatible avec le t l r seau. Or, c'est bien la période visée par l'enquête qui est déterminante, et non pas une éventuelle évolution future que Naxoo elle-même n'a jamais datée précisément.

A.4.3.3 La question du coût d'une deuxième IDI coaxiale

326. Au cours de l'enquête préalable, le Secrétariat a demandé à Naxoo de chiffrer les coûts moyens, pour le propriétaire et par ménage, de l'installation d'un nouveau câblage coaxial interne et distinct allant de la boîte d'injection jusqu'aux prises des consommateurs. Naxoo a indiqué que la construction d'une colonne montante

⁴³⁵ A 91, réponse B4 et annexe 2. Ce chiffre comprend tant les réalisations effectuées par Gératronic comme sous-traitant des entreprises générales d'électricité, que comme fournisseur de matériel pour d'autres installations.

⁴³⁶ A 91, réponses B3 et B4.

⁴³⁷ A 165, réponse 4.

⁴³⁸ A 91, réponse B5 et annexe 4.

⁴³⁹ A 198, N 444.

⁴⁴⁰ A 219, l. 196 ss.

⁴⁴¹ A 91, annexes 10.

⁴⁴² A 39.

⁴⁴³ A 64, annexe 4.

⁴⁴⁴ A 91, annexes 10.

⁴⁴⁵ A 91, réponse B6b.

⁴⁴⁶ A 198, N 460 ss.

⁴⁴⁷ A 198, N 461.

ainsi que d'une liaison jusqu'au logement coûte en moyenne environ CHF [...] par UH.⁴⁴⁸

327. Le 5 août 2016, pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES et en ce qui concerne les immeubles sis Rue Cramer à Genève, M. Morales a déclaré que « sur le principe, et en tant que représentant d'EGG-TELSA, je n'avais naturellement aucune objection à installer un deuxième réseau intérieur, mais cela renchérisait très sensiblement le projet, ce à quoi le maître de l'ouvrage s'est refusé ». ⁴⁴⁹

328. Il résulte de ce qui précède que la construction d'une seconde IDI coaxiale entraîne un renchérissement sensible du projet de construction, renchérissement qui n'est pas utile dans certaines configurations (N 71).

A.4.4 Examen de la cohabitation entre le télé-réseau et un système tiers

A.4.4.1 Les différentes déclarations jusqu'à la proposition du Secrétariat

A.4.4.1.1 Déclarations de Gérardtronic

329. Dans des courriers adressés à Naxoo les 6 juillet et 9 novembre 2012, Gérardtronic indique que « l'exécution en mode Supermédia » sera compatible avec le triple play.⁴⁵⁰

330. Le 8 avril 2013, Gérardtronic a indiqué que le système Supermédia était compatible avec le télé-réseau (distribué par câble coaxial 75 ohms).⁴⁵¹

331. Le 2 mai 2016, Gérardtronic a indiqué qu'elle n'avait connaissance d'aucune plainte qui lui aurait été adressée par des propriétaires ou par Naxoo ou encore UPC en relation avec les installations du système Supermédia.⁴⁵²

A.4.4.1.2 Déclarations de Naxoo

332. Le 24 juin 2013, Naxoo a déclaré que « Nous 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 ». ⁴⁵³

A.4.4.1.3 Déclarations d'UPC

333. Par courrier du 23 mai 2005, UPC a indiqué à Gérardtronic que le système Supermédia a été étudié par le département qualité d'UPC, et qu'il en est ressorti que le concept peut être adjoint à des raccordements télé-réseau sur les réseaux d'UPC.⁴⁵⁴

334. Le 29 janvier 2013, devant le Tribunal civil de première instance à Genève, un collaborateur d'UPC a déclaré en audience qu'« entre 2005 et 2008 je n'ai pas eu connaissance d'éventuels problèmes techniques en lien avec le système Supermédia ». ⁴⁵⁵

335. Le 21 juin 2013, UPC a indiqué que « In den Installationen wo Supermediadosen zum Einsatz kamen, ist es bis anhin zu keinen besonderen technischen Schwierigkeiten gekommen ». ⁴⁵⁶

A.4.4.1.4 Déclarations de tiers

336. Le 5 août 2016 et pour le compte de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRI-

CITE MORALES, M. Morales a déclaré que « je n'ai jamais entendu que des problèmes techniques aient été rencontrés avec le télé-réseau par cause du système Supermédia. Au contraire, pour avoir collaboré avec l'entreprise GERATRONIC Pascal EMERY sur plusieurs dizaines de chantiers allant de la villa individuelle à des immeubles conséquents – en dehors de la zone du télé-réseau de Naxoo, mais concurremment avec la TNT ou encore d'autres télé-réseaux –, 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 ». ⁴⁵⁷

337. Le 1^{er} septembre 2016, la régie [...] (une quarantaine d'appartements sous gestion disposant du système Supermédia) a déclaré qu'elle n'avait connu aucun problème technique avec le système Supermédia.⁴⁵⁸

338. Le 12 septembre 2016, la société Egg-Telsa SA – qui a installé des systèmes Supermédia avec Gérardtronic comme sous-traitant – a indiqué qu'elle n'avait aucune connaissance d'un quelconque problème lié à la cohabitation du système Supermédia avec un autre système.⁴⁵⁹

339. Le 14 septembre 2016, la régie [...] (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.⁴⁶⁰

A.4.4.2 L'expertise privée déposée par Naxoo

340. Avec sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo a déposé une expertise privée datée du 9 octobre 2017 et réalisée par la société MassTechnik GmbH.⁴⁶¹ Cette expertise privée a fait l'objet d'un complément le 17 novembre 2017.⁴⁶² Ces deux documents ainsi que leurs annexes respectives composent ce qui est appelée « l'expertise privée » dans la présente décision. L'expertise privée a pour titre *Übertragungswege DVB-C/DVB-S/DVB-IPTV und deren Kombination und Verwendung in Hausverteilanlagen von HFC-Kabelkommunikationsnetzen*.

341. Trois immeubles ont été examinés à Genève par l'expert, situés Rue François-Le-Fort, Boulevard de tranchées et Route de Malagnou.⁴⁶³

⁴⁴⁸ A 56, réponse 8.

⁴⁴⁹ A 154, réponse 3a.

⁴⁵⁰ A 17, courrier annexé du 9.11.2012; A 19, annexe 1.

⁴⁵¹ A 1, N 6.

⁴⁵² A 91, réponse B5.

⁴⁵³ A 5, réponse 3.

⁴⁵⁴ A 1, annexe 5.

⁴⁵⁵ A 6, annexe 12.

⁴⁵⁶ A 4.

⁴⁵⁷ A 154, réponses 12 à 15.

⁴⁵⁸ A 159, réponse 14.

⁴⁵⁹ A 162, réponses 4b et 4c.

⁴⁶⁰ A 166, réponses 12, 14 et 16.

⁴⁶¹ A 199, annexe 3.

⁴⁶² A 217, annexe 2.

⁴⁶³ Les adresses précises sont indiquées dans l'expertise et connues de la COMCO.

A.4.4.2.1 Remarques générales tirées de l'expertise privée

342. Les éléments suivants peuvent être mis en évidence des titres 1 à 12.1 de l'expertise privée:

- Les signaux satellitaires utilisent la bande de fréquences 950 à 2'150 MHz (p. 2);
- Les signaux du téléseu utilisent la bande de fréquences 5 à 65 MHz (canal retour ou canal montant) et 65 à 860 MHz (voie descendante ou canal descendant). C'est le cas actuellement et également pendant la période visée par l'enquête (p. 2), ce qui est confirmé par Naxoo⁴⁶⁴;
- Dans le futur mais sans que ne soit précisé quand, la bande de fréquences du téléseu sera étendue à 1'200 MHz (0 à 200 MHz pour le canal retour) dans le cadre de la modernisation du téléseu, ce qui provoquera un chevauchement des fréquences entre 950 et 1'200 MHz si les signaux du satellite et du téléseu sont mixés sur une même IDI coaxiale. Ce chevauchement pourrait provoquer des difficultés difficiles à gérer sur le plan technique (pp. 2 et 3);
- Pour des motifs historiques, les bâtiments existants sont le plus souvent équipés de deux IDI différentes, soit une IDI coaxiale et une IDI cuivre (p. 5);
- Dans les nouvelles constructions, les IDI coaxiales et les IDI cuivre sont en règle générale distribuées en étoile. La technologie satellitaire n'est installée que sporadiquement dans les nouvelles constructions. Le cas échéant, elle fait l'objet d'une distribution séparée, en étoile (p. 7);
- Les IDI coaxiales sont de la propriété du propriétaire d'immeuble, mais sont construites, entretenues et exploitées sous la responsabilité du câblo-opérateur. Les IDI fibre optique sont construites, entretenues et exploitées soit par Swisscom, soit par un de ses partenaires (p. 8);
- Toutes les installations doivent être construites selon les directives de l'exploitant et doivent respecter les prescriptions relatives aux installations électriques à basse tension. Si cela n'est pas le cas, l'exploitant peut refuser la diffusion de ses propres services. L'expertise privée renvoie ici à son chapitre 6 « Réglementations et directives », qui ne contient toutefois aucune mention de directives ou spécifications techniques spécifiques à Naxoo ou plus généralement au câblo-opérateur concerné (p. 8);
- Selon l'expertise privée, l'utilisation de l'IDI coaxiale par une installation satellitaire est appropriée seulement si l'IDI coaxiale est configurée en étoile (p. 8);
- Les conditions techniques ne sont pas données pour un mixage de deux signaux différents sur une IDI cuivre (p. 8);
- La diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable seulement à des conditions techniques délicates et nécessite une

concertation étroite entre les différents prestataires ainsi que l'utilisateur. De façon générale, il est techniquement difficile d'utiliser conjointement sur une même IDI coaxiale les signaux du téléseu et ceux du satellite (p. 9);

- Plusieurs immeubles ont été visités par l'expert, accompagné par Naxoo. Les mesures de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort, qui constitue le mixage le plus critique techniquement selon l'expertise privée, ont été effectuées par Naxoo. L'expert privé a ainsi examiné des mesures qu'il n'a pas prises lui-même (p. 10 et annexe 6 à l'expertise privée).

A.4.4.2.2 Analyse de l'immeuble situé Rue François-Le-Fort à Genève

343. Les éléments suivants peuvent être mis en évidence du titre 12.2 de l'expertise privée:

- Il s'agit d'une configuration A (N 72),⁴⁶⁵ soit 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);
- L'installation n'est pas compatible avec la future extension de la bande de fréquences du téléseu à 1'200 MHz (p. 12);
- En cas de perturbations, le câblo-opérateur n'est pas en mesure d'entretenir les appareils nécessaires au mixage (p. 12);
- Le canal retour (*Upstream*) n'est plus mesurable à partir d'un certain point de mesure, les services interactifs du câblo-opérateur comme Internet ne peuvent plus être prestés (p. 14).

344. Il y a lieu de préciser que le client de cet immeuble donné en exemple par Naxoo qui a eu des problèmes avec les services à valeur ajoutée du téléseu (box Horizon) disposait d'une prise à deux trous,⁴⁶⁶ alors que Gérardonic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ A 222, réponse 3, p. 4.

⁴⁶⁵ A 217, annexe 2, pp. 2 et 3.

⁴⁶⁶ A 212, p. 1 et annexe 2, p. 2 (« 2 holes socket »).

⁴⁶⁷ A 57; A 219 I. 135 et 143 s.

A.4.4.2.3 Analyse de l'immeuble situé Boulevard des tranchées à Genève

345. Du titre 12.3 de l'expertise privée, les éléments suivants peuvent être mis en évidence:

- Il s'agit d'une configuration B (N 73), à savoir que les deux signaux ne sont pas mélangés dans cet immeuble, et une utilisation simultanée du télé-réseau et du satellite n'est pas possible pour le client, qui doit opérer un choix (p. 15);
- L'IDI coaxiale est configurée en étoile (un câble coaxial par appartement), et au niveau du local technique, alternativement le télé-réseau ou le satellite peut être envoyé sur chaque « branche du réseau en étoile » qui s'étend jusqu'à chaque logement (p. 15);
- Les clients raccordés au télé-réseau 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).

A.4.4.2.4 Analyse de l'immeuble situé Route de Malagnou à Genève

346. Du titre 12.4 de l'expertise privée, les éléments suivants peuvent être mis en évidence:

- Il s'agit d'une configuration C (N 74), à savoir que le signal du télé-réseau et le signal du satellite sont acheminés auprès des clients à l'aide de deux IDI coaxiales séparées. Il n'y a donc aucun mélange des signaux du télé-réseau et des signaux du satellite au niveau du local technique (p. 17).

A.4.4.2.5 Complément d'expertise privée du 17 novembre 2017

347. Les réponses de Gérardtronic du 6 novembre 2017 au questionnaire du 27 octobre 2017 ont été confrontées à l'expert privé par Naxoo.⁴⁶⁸ Celui-ci a précisé ce qui suit:

- Ainsi qu'il l'a décrite dans son expertise privée du 9 octobre 2017, une utilisation parallèle sous certaines conditions techniques particulières du signal satellitaire pur et du signal du télé-réseau 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);
- Le double usage d'un câble coaxial avec différents standards DVB est toujours complexe, que cela soit en pratique et en lien avec le cas d'espèce (p. 3);
- Chaque installation est différente et avant toute mise en service, de telles installations complexes sur le plan technique doivent être vérifiées et activées par le câblo-opérateur en présence de l'installateur, avec l'aide du schéma d'installation actualisé. Ces contrôles et exigences techniques sont absolument nécessaires, vu que le câblo-opérateur devra assurer le support technique en cas de perturbations de ses services. S'il ne peut

pas le faire, il perd le client final ou ne peut pas lui fournir ses services (pp. 3 s.);

- Contrairement à ce qu'il mentionnait le 9 octobre 2017,⁴⁶⁹ l'expert privé indique le 17 novembre 2017 qu'un chevauchement des fréquences pourrait intervenir dès 900 MHz, et non plus dès 950 MHz (p. 4);
- L'expert privé met en évidence l'installation illogique que représente une configuration E (N 76), à savoir que les signaux du télé-réseau et du satellite provenant de deux câbles coaxiaux différents sont mixés dans le local technique situé au niveau de chaque appartement, pour être séparés à nouveau juste après à l'aide d'une prise Supermédia prévue pour un seul câble coaxial. Les signaux pourraient être fournis au client à l'aide d'une prise adaptée, sans être mixés au préalable, ce qui ne représente pas un système révolutionnaire et serait utilisé depuis des années selon l'expert privé (p. 5);
- Si l'IDI coaxiale est configurée en étoile, l'expert indique qu'il est actuellement possible sans problème de switcher au besoin, au niveau du local technique de la cave, entre l'un ou l'autre signal distribué par un seul câble coaxial (« branches de l'étoile ») jusqu'aux appartements respectifs. C'est la configuration B (N 73) qui se trouve dans l'immeuble sis Boulevard des tranchées à Genève (p. 5);
- Commentant le premier brevet de Gérardtronic (CH 699 157 B1), l'expert privé indique qu'en cas de mélange, la prise Supermédia faisant l'objet de ce brevet ne résoudrait pas la problématique de la perturbation du canal retour ou de l'impossibilité de son utilisation par le câblo-opérateur (p. 6);
- La nouvelle demande de brevet de Gérardtronic (demande CH 709 225 A2) ne résoudrait pas le problème du chevauchement des fréquences au-delà de 1006 MHz et n'irait pas dans le sens de ce qui peut être attendu d'un réseau câblé moderne (p. 7);
- L'expert privé précise encore de façon générale que tant pour la prise brevetée (brevet CH 699 157 B1) que pour la nouvelle demande de brevet (demande CH 709 225 A2), un plombage de la prise n'est pas possible pour le câblo-opérateur (pp. 6 s.).

A.4.4.2.6 Appréciation de l'expertise privée

348. Comme indiqué en préambule de l'établissement des faits, une expertise privée a, en règle générale, une force probante moindre par rapport à une expertise ordonnée par l'autorité et n'a pas la valeur d'une expertise judiciaire. Il y a en effet lieu de présumer que la partie va soumettre à son expert privé en priorité les éléments importants de l'état de fait litigieux selon sa propre perception subjective des faits (N 219).

⁴⁶⁸ A 208, réponses A.1 et A.2; A 217, annexe 2.

⁴⁶⁹ A 199, annexe 3, pp. 2 et 3.

349. L'expertise privée déposée par Naxoo n'échappe pas à ce travers. Premièrement et en particulier pour l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, les mesures ont été effectuées par Naxoo et non par l'expert,⁴⁷⁰ ce qui s'explique difficilement. En effet, Naxoo a eu près de trois mois de délai pour rédiger sa prise de position et aurait même déjà pu déposer une telle expertise privée au cours de l'enquête, vu les éléments sur lesquels elle porte. Dans tous les cas, un délai de trois mois semble suffisant pour demander à un expert de réaliser lui-même les mesures, d'autant plus qu'il s'est déplacé.⁴⁷¹ A cela s'ajoute que l'expert privé indique que l'exécution des installations doit se faire selon les directives du câblo-opérateur,⁴⁷² à savoir Naxoo, alors qu'il indiquait précédemment que sont pertinentes depuis des années et acceptées dans toute la branche en Suisse les directives de Suissedigital, de Swisscom ou encore du BAKOM.⁴⁷³ Or, il est justement reproché à Naxoo que sur la base de ses propres considérations techniques (les « spécifications techniques établies par Naxoo »), celle-ci a notamment imposé ou cherché à imposer aux propriétaires les conditions commerciales portant sur la manière dont les IDI coaxiales devaient être réalisées et exploitées (N 498 ss). Partant, ces éléments mettent quelque peu en doute la probité de l'expertise privée déposée. Celle-ci reste toutefois substantiellement motivée et nuancée, raison pour laquelle on ne saurait d'emblée y dénier toute force probante.

350. Comme l'a indiqué Gératronic dans ses réponses du 6 novembre 2017, seule la configuration A (N 72) correspond au système Supermédia, respectivement au mixage sur une IDI coaxiale unique et au niveau du local technique du signal du téléseu, d'une part, et du signal du satellite, d'autre part. Il n'y a donc pas de mixage au niveau du local technique des deux signaux sur une IDI coaxiale unique dans les immeubles sis Boulevard des tranchées (configuration B) et Route de Malagnou (configuration C). Partant pour ces immeubles, respectivement pour ces configurations et comme l'indique expressément l'expertise privée, « *Teilnehmer, welche direkt ab dem DVB-C-Verteiler zur Anschlussdose führen, sind vollumfänglich für die Dienste des Kabelnetzunternehmens tauglich, sofern die Installation den Richtlinien entspricht* », à savoir que les abonnés qui sont directement raccordés au répartiteur DVB-C (soit le téléseu) sont pleinement aptes à bénéficier de tous les services du câblo-opérateur si l'installation correspond aux directives.⁴⁷⁴ Il peut ainsi être retenu de l'expertise privée que pour les configurations B et C, il n'y a pas de mélange des signaux du téléseu avec ceux du satellite, et donc le câblo-opérateur peut prêter l'ensemble de ses services, à savoir également les offres triple play nécessitant un canal retour fonctionnel et non perturbé.

351. En ce qui concerne l'examen de l'immeuble sis Rue François-Le-Fort doté d'une configuration A, deux situations doivent être distinguées, à savoir, d'une part, celle où le câblo-opérateur ne preste pas de services interactifs et donc pour laquelle il n'est pas nécessaire qu'un canal retour fonctionnel et non perturbé soit disponible et, d'autre part, celle où un ou plusieurs clients souhaitent bénéficier de services interactifs nécessitant un canal retour fonctionnel et non perturbé.

352. En ce qui concerne la *première* situation et selon l'expert privé, la diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est réalisable, bien que cela soit techniquement délicat et qu'une concertation étroite entre les différents prestataires ainsi que l'utilisateur soit nécessaire.⁴⁷⁵ Naxoo confirme que la diffusion du téléseu et du satellite sur une IDI coaxiale unique est possible dans cette situation.⁴⁷⁶

353. En ce qui concerne la *deuxième* situation, c'est celle qui fait l'objet des mesures effectuées par Naxoo dans l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, mesures ensuite évaluées par l'expert privé. Les mesures ont été effectuées à cinq points différents, le point de mesure 1 se situant le plus proche de l'entrée du téléseu dans l'immeuble, le point de mesure 5 se situant au 3^e étage de l'immeuble.⁴⁷⁷ En page 4 du procès-verbal de constat déposé par Naxoo, il est relevé que le point de mesure 4 est situé après le SPAUN (N 77) sur son port A libre, soit à « *la sortie après le mélange du satellite et de NAXOO* ». ⁴⁷⁸ Les trois représentants de Naxoo y relèvent que « la signature du spectre est modifiée », et l'appareil de mesure montre que la voie de retour n'est plus opérationnelle.⁴⁷⁹ Toutefois, aux points de mesure 2 et 3 situés *avant* le SPAUN, soit *avant* le mélange du satellite avec le téléseu de Naxoo, les trois représentants de Naxoo relevaient *déjà* que « *la signature du spectre est modifiée* ». ⁴⁸⁰ Cela est confirmé par l'expert privé, qui indique que le canal descendant est dégradé au point de mesure 2, que le canal retour (montant) 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, à savoir que dès les points de mesure 4 et 5, les services interactifs du câblo-opérateur ne peuvent plus être fournis.⁴⁸¹ Ainsi, tant les représentants de Naxoo sur place que l'expert privé de Naxoo ont constaté qu'avant même que le signal du satellite ne soit mélangé avec celui du téléseu, le signal du téléseu de Naxoo était déjà dégradé, et cela tant pour le canal descendant que pour le canal retour (montant). Cela entre en contradiction frontale avec les déclarations de Naxoo faites devant la COMCO. En effet, Naxoo y a indiqué que « *la problématique se situe déjà au niveau du mélange des signaux avant d'être au niveau des prises [...]. Le mixage peut provoquer un problème* ». ⁴⁸² Or, l'expertise privée de Naxoo démontre que le signal du téléseu est déjà dégradé *avant* un quelconque mixage. Plus loin, Naxoo a indiqué que « *Force est de constater lors des mesures avant le système SPAUN que le signal est*

⁴⁷⁰ A 199, annexe 3, p. 10, et son annexe 6; A 199, annexe 6.

⁴⁷¹ A 199, annexe 3, p. 1.

⁴⁷² A 199, annexe 3, p. 9 (2 fois).

⁴⁷³ A 199, annexe 3, p. 4.

⁴⁷⁴ A 199, annexe 3, pp. 15 et 17.

⁴⁷⁵ A 199, annexe 3, p. 9.

⁴⁷⁶ A 217, Titre 4, p. 5; A 222, réponse 5 en p. 7 de [...]: « *Il n'y a pas de clients Internet dans l'immeuble Toepffer, donc pas besoin de voie de retour* ».

⁴⁷⁷ A 199, annexe 4, pp. 1, 2 et 4, ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4.

⁴⁷⁸ A 199, annexe 4, p. 4, ainsi que l'annexe 1 de cette annexe 4.

⁴⁷⁹ A 199, annexe 4, p. 4, ainsi que les photographies 31 et 32.

⁴⁸⁰ A 199, annexe 4, pp. 2 et 3, ainsi que les photographies 14 et 24.

⁴⁸¹ A 199, annexe 3, pp. 13 et 14.

⁴⁸² A 222, réponses 2 et 3 en pp. 3 et 4 de [...].

parfait, à la sortie du SPAUN, le signal a disparu, plus de voie de retour ».⁴⁸³ Ici à nouveau, l'expertise privée de Naxoo arrive à une conclusion différente, à savoir que le signal est loin d'être parfait avant le SPAUN déjà, et pas seulement en ce qui concerne le canal retour. Les attermolements de Naxoo et les contradictions entre ses déclarations (voir aussi N 530 s.) et les constatations de son propre expert privé amènent la COMCO à retenir que le canal retour est certes vraisemblablement perturbé, voire impossible à mesurer dans l'immeuble sis Rue François-Le-Fort, mais que rien n'indique que le système Supermédia en soit la cause. L'expertise privée tend même à démontrer que ce n'est pas le système tiers qui dégrade le signal du téléseuil de Naxoo, et en particulier pas les prises Supermédia situées bien après les points de mesure 2 et 3. A cela s'ajoute encore que l'immeuble examiné dispose de prises à deux trous,⁴⁸⁴ alors que Gérardronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques (N 344).

354. De toute manière et comme cela sera encore abordé plus bas (N 368), il n'est pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour.

A.4.4.3 Les immeubles raccordés par UPC et les systèmes tiers

A.4.4.3.1 Remarques générales d'UPC

355. Par courrier du 27 octobre 2017, la COMCO a demandé à Gérardronic de lui fournir la liste actualisée de toutes les installations Supermédia réalisées par Gérardronic ou par un tiers (et dont Gérardronic a connaissance), également hors du territoire d'activité de Naxoo. En outre, il a été demandé à Gérardronic de mentionner pour chaque immeuble quelle configuration (N 71 ss) est présente dans cet immeuble.⁴⁸⁵ Gérardronic a fourni cette liste le 6 novembre 2017,⁴⁸⁶ qui a encore été actualisée par courriel puis versée au dossier.⁴⁸⁷ La liste contient [...] immeubles.

356. De la liste précitée, le Secrétariat a retenu [...] immeubles. Concernant les immeubles écartés, soit ils n'étaient pas de configuration A (N 72) selon les indications de Gérardronic, ou alors ils étaient annoncés par Gérardronic comme non raccordés au téléseuil ou encore les adresses mentionnées n'étaient pas assez précises.

357. Cette liste de [...] immeubles a été soumise à UPC le 9 novembre 2017.⁴⁸⁸ Il a été demandé à cette dernière de bien vouloir indiquer, pour chaque immeuble listé, s'il y a bien mixage du téléseuil et du satellite sur une IDI coaxiale unique à l'aide du système Supermédia (question a), si UPC preste des offres triple play à un ou plusieurs clients à cette adresse, et si oui à combien de clients (question b), quels services sont prestés (question c) et finalement si des plaintes ont été déposées en lien avec le mixage des signaux (question d).

358. Dans sa réponse du 20 novembre 2017,⁴⁸⁹ UPC a premièrement indiqué que dans le délai imparti, elle n'avait pas été en mesure de procéder aux vérifications

nécessaires sur place afin de répondre à la question « a », à savoir s'il y avait bien un système Supermédia dans chaque immeuble listé. UPC précise toutefois que de façon générale, l'utilisation parallèle des signaux du satellite et du téléseuil sur une IDI coaxiale unique est délicate, cela en lien avec les services qui nécessitent un canal retour non perturbé. UPC n'exclut pas toute utilisation de ce type de configuration, mais indique que les produits nécessitant un canal retour non perturbé pourraient être impossibles à prester, ou alors que cela engendrerait un surcoût sur le plan technique. Dans tous les cas selon UPC, une utilisation parallèle serait impossible si le satellite avait également besoin d'un canal retour, hypothèse écartée par Gérardronic.⁴⁹⁰ Vu ce qui précède ainsi que la nécessité de pouvoir plomber les prises en cas d'absence d'abonnement au téléseuil, UPC préconise l'utilisation ou l'installation de deux IDI coaxiales séparées, plutôt qu'un mixage. UPC ajoute finalement que l'utilisation parallèle de l'IDI coaxiale par le système Supermédia dans les immeubles sis aux adresses mentionnées pourrait être à l'origine des incidents qu'UPC indique dans son analyse. En effet selon elle, il existe des indices allant dans ce sens vu que pour les incidents relevés, c'est souvent le canal retour qui ne fonctionnait plus ou pas correctement. Sont concernés tous les produits nécessitant un canal retour fonctionnant parfaitement (box Horizon avec services interactifs comme Internet ou téléphonie fixe, en général combinés sous la forme d'un produit triple play).⁴⁹¹

359. Concernant les éventuelles plaintes de clients en lien avec le mixage des signaux (question d), UPC a indiqué qu'il pouvait pratiquement être exclu qu'un client qui rencontre des problèmes puisse spontanément et explicitement mentionner les raisons techniques à l'origine des problèmes. Du point de vue du client, le produit fonctionne ou ne fonctionne pas. Si quelque chose ne fonctionne pas, le client s'adresse alors au Helpdesk.⁴⁹²

A.4.4.3.2 Les immeubles en particulier

360. En tenant compte des réponses d'UPC, les [...] immeubles peuvent être répartis comme suit:

- 1 immeuble n'a pas une adresse suffisamment précise pour qu'UPC puisse se déterminer;
- [...] immeubles se trouvent hors couverture du réseau d'UPC;
- [...] immeubles sont couverts par le réseau d'UPC, mais n'y sont pas raccordés;
- [...] immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, mais UPC n'y a pas de client actif;

⁴⁸³ A 222, réponse 5 en p. 7 de [...].

⁴⁸⁴ A 212, annexe 2, p. 2 (« 2 holes socket »).

⁴⁸⁵ A 201.

⁴⁸⁶ A 208, annexe 3.

⁴⁸⁷ A 210.

⁴⁸⁸ A 211.

⁴⁸⁹ A 216.

⁴⁹⁰ A 219, l. 151 s.

⁴⁹¹ A 216, p. 2.

⁴⁹² A 216, pp. 2 s.

- 2 immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, UPC y a des clients actifs, mais ne preste pas de services interactifs nécessitant un canal retour. UPC indique qu'à ces adresses, aucun problème technique n'a été signalé;
- 2 immeubles sont raccordés au réseau d'UPC, UPC y a des clients actifs et y preste des services interactifs. Il s'agit d'un immeuble sis Rue du Progrès à Vernier, et d'un immeuble sis Chemin du Barbolet à Onex.

361. En ce qui concerne l'immeuble sis Rue du Progrès à Vernier, il ressort des documents déposés par UPC qu'un client a eu plusieurs problèmes avec le produit « Horizon Start Trio », qui nécessite un canal retour. C'est le seul client disposant d'une offre triple play à cette adresse. Les problèmes ont à chaque fois pu être résolus par l'intervention d'un technicien et rien n'indique dans les documents déposés par UPC que le client aurait finalement renoncé aux services triple play d'UPC, qu'il aurait résilié son abonnement ou encore que les problèmes persisteraient.⁴⁹³

362. En ce qui concerne l'immeuble sis Chemin du Barbolet à Onex, il ressort des documents déposés par UPC qu'un client souhaitait une box Horizon. Suite à un « défaut mécanique » constaté lors de l'intervention d'un technicien, la box a été retournée à UPC en raison de l'absence de canal retour selon UPC, et l'abonnement a été annulé.⁴⁹⁴

363. Vu ce qui précède, la COMCO arrive à une conclusion similaire à celle relative aux immeubles examinés dans le cadre de l'expertise privée. Dans deux immeubles équipés selon Gératronic du système Supermédia en configuration A et dans lesquels UPC a des clients actifs sans toutefois que des services interactifs nécessitant un canal retour ne soient prestés, UPC ne signale aucun problème technique. Dans les deux immeubles équipés selon Gératronic du système Supermédia en configuration A et dans lesquels UPC a des clients actifs avec services interactifs nécessitant un canal retour non perturbé et fonctionnel, le canal retour semble effectivement avoir été perturbé, voire était inexistant selon les documents déposés. Toutefois, rien n'indique que le système Supermédia en soit la cause, et l'intervention d'un technicien dans l'immeuble sis Rue du Progrès à Vernier a finalement permis de résoudre le problème. Aucun système tiers n'est en tout cas directement nommé ou mis en cause par UPC, et les perturbations constatées peuvent avoir des origines diverses. A cela s'ajoute encore que les deux immeubles concernés (Rue du Progrès à Vernier et Chemin du Barbolet à Onex) sont équipés de prises à deux trous,⁴⁹⁵ alors que Gératronic a toujours indiqué que l'utilisation du système Supermédia requiert des prises à trois trous pour des raisons techniques (N 344).

364. Ici également et comme cela sera encore abordé plus bas (N 368), il n'est pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour.

A.4.4.4 Naxoo a démontré qu'une cohabitation est possible

365. En annexe 6 de son courrier du 9 novembre 2017,⁴⁹⁶ Naxoo a déposé un échange de correspondance avec une régie immobilière, relatif à la signature de la CRI et du raccordement d'un immeuble et d'un appartement au téléseuil. Cet échange date essentiellement de fin 2015/début 2016. Du premier courriel à disposition daté du 3 décembre 2015, il ressort que la régie immobilière a demandé à Naxoo que « l'accord de cohabitation avec l'installation satellite de la résidence » soit stipulé dans la convention Naxoo (vraisemblablement la CRI), car l'électricien en avait besoin. Suite à cette demande, le 22 décembre 2015, Naxoo a proposé trois options aux propriétaires de l'appartement qui souhaitaient un raccordement au téléseuil.⁴⁹⁷

- La coexistence entre le téléseuil et le satellite sur un même câble coaxial, auquel cas seul [...] fonctionnerait, mais non [...]. Cette option correspond à une configuration A (N 72) sans l'utilisation du canal retour;
- La coexistence entre le téléseuil et le satellite sur deux câbles séparés, ce qui nécessiterait l'installation de deux câbles parallèles et distincts. Cette option correspond à une configuration C (N 74), et était la plus coûteuse des trois propositions;
- La suppression du système satellite et l'utilisation du câble coaxial uniquement par le téléseuil.

366. Malgré le fait que cette option était la plus coûteuse pour eux, les propriétaires ont choisi la deuxième variante par courriel du 4 janvier 2016, à savoir la coexistence entre le téléseuil et le satellite sur deux câbles séparés.

367. Il ressort de cet échange de correspondance que si Naxoo a certes tenu compte d'une possible incompatibilité entre le système satellitaire et des services triple play du téléseuil sur une IDI coaxiale unique, elle ne s'est pas contentée de rejeter tout raccordement au téléseuil en raison de la présence d'un système tiers. Cette manière de faire contraste sensiblement avec celle adoptée auparavant et qui est notamment à l'origine de l'ouverture de l'enquête (N 273 ss, et en particulier N 275), à savoir que Naxoo a cette fois-ci non seulement tenu compte du fait que plusieurs configurations étaient possibles, mais aussi de la volonté des propriétaires. En effet, Naxoo a offert ici trois options différentes aux propriétaires, dont deux compatibles avec le système tiers. Cette attitude constructive et qui tient compte des systèmes tiers au téléseuil est à saluer et démontre que l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa teneur jusqu'en juillet 2015 allait beaucoup trop loin, à savoir qu'elle imposait aux propriétaires d'immeubles l'exclusivité de

⁴⁹³ A 216, pp. 6 à 11.

⁴⁹⁴ A 216, pp. 12 à 14.

⁴⁹⁵ A 216, pp. 9 et 12.

⁴⁹⁶ A 212.

⁴⁹⁷ A 212, p. 3 et annexes 6.

l'utilisation de l'installation intérieure par Naxoo. Or et comme l'a esquissé l'expertise privée de Naxoo ainsi que les réponses apportées par UPC, seule une configuration A avec nécessité d'avoir un canal retour fonctionnel et non perturbé peut éventuellement justifier une réticence de Naxoo.

A.4.4.5 Conclusions concernant la cohabitation entre le télésexe et un système tiers

368. L'expertise privée ainsi que les documents déposés par UPC ont démontré qu'un système tiers peut cohabiter avec le télésexe dans une configuration A qui ne nécessite pas une voie de retour (par ex. aucun client ne souhaite des services interactifs), dans une configuration B ainsi que dans une configuration C. Or, les deux premières configurations mentionnées sont également saisies par l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur (N 251), qui stipule le terme très général d'« installation intérieure » et qui ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires.

369. Il n'est ainsi pas décisif dans le cadre de la présente enquête de déterminer – dans le cas spécifique d'une configuration A avec nécessité d'un canal retour fonctionnel et non perturbé – si le système Supermédia est à l'origine ou non de la perturbation/suppression du canal retour, et cette question peut rester ouverte. En effet, une telle configuration n'est qu'une configuration parmi beaucoup d'autres possibles, et l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo dans sa première teneur allait au-delà de cette configuration particulière.

A.4.5 Les autres fournisseurs de services multimédias

370. Sous ce titre sont examinées les offres triple play offertes par d'autres fournisseurs de services multimédias actifs en Ville de Genève, soit principalement Swisscom (N 371 ss), Sunrise (N 375 s.), M-Budget par Wingo (N 379 ss), VTX (N 382 s.) et Green.ch (N 384 s.). Ces services utilisent soit les réseaux IDI cuivre, soit IDI fibre optique. Finalement, une synthèse des services multimédias proposés en Ville de Genève conclut l'examen (N 386 ss).

A.4.5.1 Swisscom

371. Le 23 juin 2016, en réponse au questionnaire du 22 avril 2016, Swisscom a répondu qu'elle a commercialisé ses offres triple play principalement sous le nom générique de *Vivo Casa* jusqu'au premier trimestre 2014, avec deux à cinq étoiles suivant le niveau des prestations. L'offre *Vivo Casa*** est la moins chère et s'élève à CHF 79.-. L'offre *Vivo Casa****** est la plus chère et s'élève à CHF 159.-.⁴⁹⁸ Par la suite, Swisscom a commercialisé ses offres triple play sous le nom *Vivo*, auquel s'ajoute une mention portant sur la taille du produit (respectivement *XL*, *L*, *M*, *S* et *XS*). L'offre *Vivo XS* est la moins chère et s'élève à CHF 89.-, voire CHF 74.- si le client choisit l'option Swisscom TV 2.0 Light. L'offre *Vivo XL* est la plus chère et s'élève à CHF 169.-.⁴⁹⁹ Partant, les offres triple play de Swisscom s'étendaient entre CHF 79.- et CHF 159.- jusqu'à la fin du premier trimestre 2014, et entre CHF 74.- et CHF 169.- à partir d'avril 2014. Il est à noter que les prix des différentes offres se répartissent de manière homogène entre ces

valeurs minimales et maximales. Les offres triple play présentées ci-dessus sont désignées ci-après comme des offres triple play à valeur ajoutée, par opposition à l'offre de base *Swisscom Casa* (N 372). En outre, l'offre triple play à valeur ajoutée la moins chère, soit *Vivo XS*, se différencie en matière de prix et de prestations avec l'offre de base prestée par Naxoo. En matière de prix, l'offre *Vivo XS* est au moins deux fois plus élevée que l'offre de base de Naxoo. La qualité des prestations diverge aussi significativement, notamment en matière de vitesse d'Internet. A titre d'exemple, l'offre triple play *Vivo XS* propose une vitesse Internet de 10 Mbit/s en download et une vitesse de 10 Mbit/s en upload⁵⁰⁰ soit des vitesses 5 fois, respectivement 50 fois supérieure aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁵⁰¹

372. Swisscom offre également une offre triple play de base dénommée *Swisscom Casa*, au prix de CHF 39.50. Partant, il existe un vide tarifaire entre l'offre la plus basique à CHF 39.50 et l'offre triple play à valeur ajoutée la moins chère de CHF 74.-. Cette différence marquée se traduit également par des prestations différentes entre l'offre de base *Swisscom Casa* et l'offre à valeur ajoutée la moins chère *Vivo XS*. En outre, l'offre *Swisscom Casa* est plus proche en matière de prix et de prestations de l'offre de base de Naxoo que de l'offre à valeur ajoutée *Vivo XS*. En effet, les deux offres (*Swisscom Casa* et l'offre de base de Naxoo) proposent la même vitesse en download et en upload pour Internet.⁵⁰² En revanche, l'offre de Swisscom coûte 32 % de plus que l'offre de base de Naxoo.

373. Les données fournies par Swisscom ont été analysées ci-dessous. Les offres triple play de base *Swisscom Casa* (dans le tableau: *Offres de base*) et les offres triple play à valeur ajoutée (*Offres à valeur ajoutée*) ont été comptabilisées en Ville de Genève. La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées par type d'offres en fin d'année. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offres se rapportant à une année.

⁴⁹⁸ A 126, annexe 1.

⁴⁹⁹ A 126, annexe 2.

⁵⁰⁰ A 126, annexe 2.

⁵⁰¹ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁰² A 115, p. 12.

Triple play	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Offres de base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Offres à valeur ajoutée	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 8: Récapitulatif des offres triple play de Swisscom

374. Il ressort du Tableau 8 que le modèle d'affaires de Swisscom consiste à [...]: fin 2015, [...] % des offres triple play sont des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève. En outre, Swisscom [...] en valeur absolue. [...] dans le cadre de la présente enquête.

A.4.5.2 Sunrise

375. Sunrise a répondu au questionnaire du 22 avril 2016 en indiquant qu'elle ne fournissait aucune offre triple play inférieure à CHF 45.-.⁵⁰³ Sunrise a listé ses offres triple play en annexe de ses réponses.⁵⁰⁴ Sont considérées comme offres triple play tous les plans tarifaires fournissant la TV, Internet et la téléphonie fixe (N 29). En l'occurrence, il s'agit du produit *Sunrise Home* pour lequel les clients ont la possibilité de composer l'offre de leur choix. Ainsi, l'offre Internet se décline en trois variantes: *Start* (CHF 45.-), *Comfort* (CHF 65.-) et *Max giga* (CHF 105.-). L'offre TV se décline en deux variantes: *Start* (CHF 25.-) et *Comfort* (CHF 35.-). L'offre de téléphonie fixe a également deux variantes: *Start* (gratuite) et *Comfort* (CHF 15.-). Par conséquent, l'offre

triple play la moins chère de Sunrise s'élève à CHF 70.-, alors que l'offre triple play la plus chère de Sunrise s'élève à CHF 155.-. Le segment tarifaire est identique au segment tarifaire des offres à valeur ajoutée prestées par Swisscom (N 371).

376. En outre, l'offre triple play la moins chère de Sunrise se différencie en matière de prix et de prestations par rapport à l'offre de base de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de Sunrise coûte au moins deux fois plus que l'offre de base de Naxoo. De plus, elle diverge significativement quant aux prestations fournies, notamment la vitesse Internet. L'offre triple play de Sunrise la moins chère propose en effet des vitesses Internet de 30 Mbit/s en download et de 6 Mbit/s en upload⁵⁰⁵, soit des vitesses 15 fois, respectivement 30 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁵⁰⁶

377. L'évolution annuelle des offres triple play de Sunrise est présentée dans le tableau ci-dessous:

Offres triple play à valeur ajoutée	2012	2013	2014	2015
	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 9: Récapitulatif des offres triple play de Sunrise

378. Il est constaté que le nombre d'offres triple play fournies par Sunrise [...] sur la période couverte par l'enquête. Toutefois, [...] [...] en ce qui concerne Sunrise, le nombre est négligeable dans le cadre de la présente enquête.

A.4.5.3 M-Budget (par Wingo)

379. La marque de Swisscom Wingo commercialise les services multimédias M-budget, lesquels ont été offerts en Ville de Genève dès août 2011. Il s'agit des offres *M-Budget Mobile Basic & DSL* et *M-Budget Mobile Surf & DSL*, s'élevant à CHF 59.80, respectivement CHF 69.80 par mois. Ces deux offres proposaient uniquement Internet et la téléphonie mobile jusqu'en mars 2013. Elles n'incluaient pas la télévision ou la téléphonie fixe. Dès avril 2013, Wingo a offert une offre *combinée M-Budget* dite triple play pour un montant de CHF 59.80. Dès octobre 2015, M-Budget (par Wingo) a proposé trois types d'offres, soit les offres *Combi 1*, *Combi 2* et *Combi 3*, avec respectivement pour la variante triple play les prix de CHF 39.80, CHF 59.80 et CHF 79.80.⁵⁰⁷ L'offre *Combi 1* s'apparente à une offre de base au vu de son prix et de ses prestations. Même si l'offre *Combi 1* est plus chère que l'offre de base de Naxoo, elle propose notamment la même vitesse Internet. A contrario, l'offre

Combi 2 propose des vitesses Internet de 10 Mbit/s en download et de 1 Mbit/s en upload⁵⁰⁸ soit des vitesses 5 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo.⁵⁰⁹

⁵⁰³ A 125, réponse 2.

⁵⁰⁴ A 125, annexe 1.

⁵⁰⁵ A 125, p. 4.

⁵⁰⁶ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁰⁷ A 112, pp. 3 et 4.

⁵⁰⁸ A 112, p. 4.

⁵⁰⁹ A 115, p. 15, tableau 5.

380. Le tableau ci-dessous récapitule les offres triple play prestées par M-Budget (par Wingo) en Ville de Genève. Il se base sur les données fournies par Wingo.⁵¹⁰ Dans un premier temps, toutes les offres dites triple play ont été retenues. En l'occurrence, l'offre a été considérée comme une offre triple play du moment où M-Budget (par Wingo) indiquait offrir simultanément Internet, la téléphonie fixe et la télévision. Dans un deuxième

temps, une différenciation a été opérée entre l'offre triple play de base *Offre de base*, laquelle s'élève à CHF 39.80, et les offres à *Valeur ajoutée*, soit toutes les offres supérieures à CHF 40.- (offres *Combi 2*; *Combi 3*). La colonne « *Fréq.* » dans le tableau ci-dessous indique le nombre d'offres en fin de chaque année, soit pour le mois de décembre selon qu'il s'agit d'une offre de base ou d'une offre à valeur ajoutée.

Triple Play	2012		2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Valeur ajoutée	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Offre de base	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]		[...]	

Tableau 10: Récapitulatif des offres triple play de M-Budget (par Wingo)

381. Il ressort du Tableau 10 que M-Budget (par Wingo) [...] offres triple play fin 2015 en Ville de Genève. De plus, une grande partie de ces offres triple play [...].

A.4.5.4 VTX

382. VTX a commercialisé des services multimédias en Ville de Genève durant la période de 2011 à 2015. [...] négligeable en matière d'offres triple play. En analysant les données fournies par VTX⁵¹¹, on constate que celle-ci a fourni [...]. L'offre triple play la moins chère s'élève à CHF 71.-.⁵¹² Par conséquent, VTX ne preste pas d'offre de base mais seulement des offres à valeur ajoutée.

383. En outre, l'offre la moins chère de VTX se différencie significativement de l'offre de base prestée de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de VTX propose des vitesses Internet de 10 Mbit/s en download et en upload⁵¹³ soit des vitesses 5 fois, respectivement 50 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo sur la période couverte par l'enquête.⁵¹⁴

A.4.5.5 Green.ch

384. Green.ch a commercialisé des services multimédias en Ville de Genève avec un total de [...] de 2011 à 2015. En analysant la liste des produits livrée par Green.ch,⁵¹⁵ il ressort que la gamme des offres triple play est composée des produits « *GreenMulti Start* », « *GreenMulti Confort* » et « *GreenMulti Plus* », aux prix respectifs de CHF 59.-, CHF 69.- et CHF 89.-. L'offre triple play la moins chère prestée par Green.ch s'élève ainsi à CHF 59.-.⁵¹⁶ En outre, Green.ch prestait fin 2015 [...] négligeable, notamment lorsqu'on le compare au nombre d'offres triple play de Swisscom (voir N 371 ss).

385. Par ailleurs, ces [...] offres triple play ne s'apparentent pas à l'offre triple play de base de Naxoo. En effet, l'offre triple play la moins chère de Green.ch, soit « *GreenMulti Start* », vaut près de CHF 30.- de plus que l'offre de base de Naxoo. Ceci représente donc pratiquement le double du prix de l'offre de base de Naxoo (N 221 ss). Par ailleurs, les vitesses Internet de l'offre « *GreenMulti Start* » s'élèvent à 30 Mbit/s en download et en upload, soit des vitesses 15 fois, respectivement 150 fois supérieures aux vitesses proposées par l'offre de base de Naxoo sur la période couverte par l'enquête.⁵¹⁷ Par conséquent, au vu des différences de

prix et des différences de prestations proposées, l'offre « *GreenMulti Start* » est difficilement comparable avec l'offre de base triple play de Naxoo. Ainsi, l'offre « *GreenMulti Start* » s'apparente au segment des offres triple play à valeur ajoutée, tout comme les offres « *GreenMulti Confort* » et « *GreenMulti Plus* ».

A.4.5.6 Synthèse des offres triple play

386. Le présent titre synthétise les offres triple play de l'ensemble des prestataires de services multimédias, y compris Naxoo.

387. Le tableau ci-dessous récapitule l'ensemble des offres fournies par les principaux prestataires de services multimédias en Ville de Genève. Aucune différence n'est faite entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Les chiffres des principaux offreurs sont tirés des considérants qui précèdent (Naxoo N 226 ss; Swisscom N 371 ss; Sunrise N 375 ss; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées par type d'offre en fin d'année. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offre se rapportant à une année.

⁵¹⁰ A 112, p. 3, données transmises sur CD « M-Budget_Liste clients complete.xlsx » et « M-Budget_Liste clients caviardée.xlsx ».

⁵¹¹ A 111, p. 2, réponse 5, fichier Excel « VTX Fichier pour COMCO mai 2016 ».

⁵¹² A 111, p. 2, réponse 2.

⁵¹³ <www.vtx.ch/fr/residential/internet> (25.1.2017).

⁵¹⁴ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵¹⁵ A 122, p. 2, réponse 5, fichier Excel « Green CH_Produits_2011_2015 ».

⁵¹⁶ A 122, p. 2, réponse 2.

⁵¹⁷ A 115, p. 15, tableau 5.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]	

Tableau 11: Récapitulatif de l'ensemble des offres triple play en Ville de Genève

388. Le Tableau 11 indique que Naxoo détient le plus grand nombre de clients en Ville de Genève. [...] % des consommateurs ont opté pour une offre triple play fournie par Naxoo. Cela démontre que les offres de Naxoo sont très répandues en Ville de Genève. Toutefois, le Tableau 11 indique seulement le nombre de clients, et non pas le chiffre d'affaires des entreprises. En effet et comme expliqué ci-dessus (N 370 ss), il existe une différence tarifaire importante entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Il a été démontré que l'offre à valeur ajoutée la moins chère coûtait au moins deux fois plus que l'offre de base de Naxoo. Ainsi, pour refléter correctement la puissance des entreprises sur le marché, la répartition des clients selon le type d'offre est analysée, soit les offres de base et les offres à valeur ajoutée. Ceci se justifie également du fait que les prestations fournies entre les deux types d'offres divergent significativement, comme cela a été montré pour la vitesse de connexion à Internet: les offres à valeur ajoutée les moins chères proposent une vitesse au moins 5 fois plus rapide que les offres de base sur la période couverte par l'enquête.

389. Le tableau ci-dessous récapitule l'évolution annuelle du nombre d'offres à valeur ajoutée en Ville de Genève. Les chiffres sont tirés des paragraphes traités ci-dessus (Naxoo N 226 ss; Swisscom N 371 ss; Sunrise

N 375 ss; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). Il est également à noter qu'il a été procédé à un rectificatif pour les offres de Naxoo. En effet, les chiffres des offres à valeur ajoutée ainsi que des offres de base ont été fournis par Naxoo en incluant les [...] raccordements situés hors de la Ville de Genève, dans les trois communes avoisinantes.⁵¹⁸ Or, il a été établi ci-dessus le pourcentage d'offres de base et d'offres à valeur ajoutée par année (N 229). Par conséquent, la moyenne des pourcentages annuels pour les deux types d'offres a été calculée: [...] % pour les offres à valeur ajoutée et [...] % pour les offres de base. Puis, ces pourcentages ont été multipliés par les [...] raccordements, ce qui donne: [...] offres à valeur ajoutée et [...] offres de base. Les chiffres de Naxoo, présentés au Tableau 12 et Tableau 13, ont été amputés de ces valeurs afin de corriger cette légère imprécision. Il est rappelé que Naxoo raccorde un total de [...] UH et que les [...] raccordements hors Ville de Genève ne représentent que [...] % de l'ensemble des raccordements, respectivement de l'ensemble des offres prestées. La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées comme offres à valeur ajoutée en fin d'année par prestataire de services multimédias. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offres se rapportant à une année.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]		[...]		[...]	

Tableau 12: Récapitulatif des offres triple play à valeur ajoutée en Ville de Genève

390. Le Tableau 12 indique que Naxoo a presté [...] % des offres à valeur ajoutée en Ville de Genève, soit [...] moins d'offres à valeur ajoutée que son principal concurrent Swisscom, lequel a fourni [...] % des offres à valeur ajoutée. Les autres prestataires de services multimédias [...].

391. Le tableau ci-dessous récapitule l'évolution annuelle du nombre d'offres de base en Ville de Genève par entreprise. Les chiffres sont tirés des paragraphes traités ci-dessus (Naxoo N 226 ss; Swisscom N 371 ss;

Sunrise N 375 ss; M-Budget [par Wingo] N 379 ss). Les chiffres de Naxoo ont été amputés de [...] offres de base afin de tenir compte des raccordements hors Ville de Genève (N 391). La colonne « *Fréq.* » indique le nombre d'observations comptabilisées comme offres de base en fin d'année par prestataire de services multimédias. La colonne « *Pourc.* » indique le pourcentage du type d'offre se rapportant à une année.

⁵¹⁸ A 115, p. 3, note 2.

	2013		2014		2015	
	Fréq.	%	Fréq.	%	Fréq.	%
Naxoo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wingo	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 13: Récapitulatif des offres triple play de base en Ville de Genève

392. Le Tableau 13 indique sans équivoque que Naxoo preste [...] en Ville de Genève.

393. En résumé, les offres de Naxoo [...].

394. Dans sa prise de position, Naxoo conteste la notion d'offre triple play ainsi que la synthèse effectuée par la COMCO. Ceci est surprenant vu que dans le questionnaire faisant suite à l'ouverture de l'enquête préalable, Naxoo a indiqué que « *les services de télécommunication et de radiodiffusion consistent en une série de prestations comprenant essentiellement les services de téléphonie, la fourniture d'accès à Internet ainsi que la diffusion de programmes de radio et télévision et location de films à distance. Bien qu'historiquement chacune de ces prestations ait pu constituer un marché distinct, l'évolution de la technique et des habitudes de consommation nous incitent à considérer que ces prestations constituent à l'heure actuelle et depuis quelques années un marché unique.* »⁵¹⁹ Ainsi, l'analyse des offres triple play effectuée par la COMCO se recoupe en réalité avec l'appréciation de Naxoo des marchés du contenu situés en aval. La COMCO a différencié dans son analyse les offres de base et les offres à valeur ajoutée pour des raisons objectives, soit la forte différence de prix et de vitesse d'Internet. Les autres griefs de Naxoo sont traités ci-après (N 475 ss).

B Considérants

B.1 Champ d'application de la LCart et prescriptions réservées

B.1.1 Champ d'application personnel

395. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). Le champ d'application personnel de la LCart est donc défini par la notion d'entreprise.⁵²⁰ Selon l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, cette notion 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.

396. Conformément au Message du Conseil fédéral portant sur la LCart de 1995, par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.⁵²¹ Même si le critère de l'indépendance n'a pas été intégré dans la définition légale introduite lors de la révision de la LCart en 2003 (art. 2 al. 1^{bis} LCart), il de-

meure un critère pertinent pour la notion d'entreprise, comme l'a récemment confirmé le Tribunal administratif fédéral (ci-après: le TAF).⁵²² Partant, la notion d'entreprise de la LCart est soumise aux conditions de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart ainsi qu'à celle d'une participation indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande.

397. La société anonyme Naxoo est une entreprise au sens de l'art. 2 LCart; elle tombe ainsi sous le champ d'application personnel de la LCart.

B.1.2 Champ d'application matériel

398. La LCart s'applique notamment aux pratiques des entreprises en position dominante (art. 4 al. 2 et art. 7 LCart). 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).

399. L'art. 2 al. 1 LCart mentionne les entreprises « puissantes sur le marché », plutôt qu'en position dominante. La question de savoir si Naxoo est une entreprise dominant le marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart et s'il existe des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart est abordée plus loin dans l'examen. Si la position dominante sur le marché devait être retenue, il en irait ainsi également de la qualité d'entreprise puissante sur le marché. Si la position dominante devait en revanche être niée, l'examen de la puissance sur le marché en deviendrait inutile, vu qu'il n'y aurait dans ce cas pas de comportement contraire au droit des cartels au sens de l'art. 7 LCart.

B.1.3 Champ d'application territorial

400. La LCart 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).

⁵¹⁹ A 56, réponse 3.

⁵²⁰ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 2 LCart N 7 et les références citées; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 2 LCart N 14, 17 et 19; arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.3, *Nikon/COMCO*.

⁵²¹ Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472 (ci-après: Message 1995), 534.

⁵²² Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.3, *Nikon/COMCO*; ATF 139 I 72, consid. 4.1 et les références citées (= DPC 2013/1, 114 consid. 4.1 et les références citées), *Publigroupe/COMCO*.

401. Ainsi que cela ressort expressément du Registre du Commerce du canton de Genève, Naxoo déploie ses activités « *en Ville de Genève et, le cas échéant, dans d'autres communes genevoises* ». A cela s'ajoute que dans une réponse du 2 mars 2015, Naxoo indique que le territoire d'activité demeure inchangé et comprend les codes postaux 1201 à 1209.⁵²³

402. Vu que l'activité de Naxoo déploie ses effets en Suisse, elle tombe ainsi sous le champ d'application territorial de la LCart.⁵²⁴

B.2 Destinataire de la décision

403. L'art. 2 al. 1^{bis} LCart prévoit que la LCart s'applique aux entreprises, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique. En revanche, la LCart ne contient pas de définition propre de la capacité d'être partie ou d'ester en justice, et ne déroge ainsi pas au reste de l'ordre juridique, en particulier à la PA à laquelle renvoie l'art. 39 LCart.

404. Selon l'art. 6 PA (par renvoi de l'art. 39 LCart), ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

405. Les conditions pour disposer de la qualité de partie sont la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice.⁵²⁵ La PA ne régit pas ces capacités, qui découlent bien plutôt du droit civil.⁵²⁶ La capacité d'être partie est la capacité d'agir en justice en son propre nom; a cette capacité celui qui jouit des droits civils. Jouissent des droits civils les personnes physiques et morales de droit privé et de droit public. La capacité d'ester en justice est la faculté d'agir valablement en justice en son propre nom ou au nom d'autrui. Elle est donnée si la personne disposant de la capacité d'être partie possède également l'exercice des droits civils.⁵²⁷ L'exercice des droits civils s'examine selon les art. 12 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210).

406. En l'espèce, c'est bien la société anonyme Naxoo qui doit être considérée comme destinataire de la présente décision.

B.3 Lien avec d'autres dispositions légales

407. 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, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart).

408. En l'espèce, les prescriptions qui pourraient entrer en ligne de compte sont celles de la LTC. Selon la doctrine toutefois, la LTC « *n'a pas pour but d'exclure la concurrence, mais plutôt de la rendre possible [...]. Elle n'est par conséquent pas réservée par l'art. 3 I LCart [...]. Elle doit cependant être prise en compte pour dé-*

terminer si un comportement est ou non abusif au sens de l'art. 7 LCart [...] ».⁵²⁹

409. A cela s'ajoute que l'art. 11 LTC garantit notamment l'accès totalement dégroupé à la boucle locale (art. 11 al. 1 let. a LTC; ci-après: TAL) et l'accès à haut débit pendant quatre ans (art. 11 al. 1 let. b LTC). Les notions de TAL et d'accès à haut débit sont définies respectivement à l'art. 3 let. d^{bis} et let. d^{ter} LTC. Il découle de ces définitions que seules les prestations fournies sur la paire torsadée métallique – soit « le cuivre » – sont saisies par la régulation sectorielle actuelle. Partant, les services proposés par l'intermédiaire de câbles coaxiaux n'entrent pas dans le champ de la régulation telle que le prévoit la LTC actuellement.

410. Ainsi, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne restreint l'application de la LCart en l'espèce.

B.4 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

411. 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).

412. Par entreprise 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).

413. Le droit des cartels n'interdit pas une position dominante sur le marché, laquelle n'est pas abusive en soi. L'entreprise en position dominante porte toutefois une responsabilité particulière pour son attitude sur le marché, raison pour laquelle certaines pratiques sont considérées comme illicites.

414. A l'élément constitutif de la position dominante de l'art. 7 al. 1 LCart s'ajoute l'élément constitutif de la pratique illicite. Des pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné de cas en cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. En effet, les pratiques énumérées à titre d'exemples à l'art. 7 al. 2

⁵²³ A 56, réponse 2; voir aussi A 115, p. 3, note 2.

⁵²⁴ Pour un cas récent où ce point a été traité en détail, voir arrêt du TAF, DPC 2016/3, 839 consid. 4.3 et les références citées, *Nikon/COMCO*.

⁵²⁵ Arrêt du TAF E-7337/2006 du 11.2.2008, consid. 3.2.

⁵²⁶ Arrêt du TAF, DPC 2016/3, 837 consid. 4.1.4 et les références citées, *Nikon/COMCO*.

⁵²⁷ Arrêt du TF 2C_303/2010 du 24.10.2011, consid. 2.3.

⁵²⁸ Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10).

⁵²⁹ VINCENT MARTENET/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 3 al. 1 LCart N 45 et les références citées.

L'abus formulé à l'art. 7 al. 1 LCart.⁵³⁰

415. Avant que la position d'une entreprise sur le marché puisse être évaluée, il y a toutefois lieu de définir le marché pertinent. Cette définition s'opère par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE⁵³¹, tant sous l'angle des produits que sous l'angle géographique.⁵³²

416. L'application de l'art. 7 LCart est donc subordonnée aux trois étapes ci-dessous, qui seront chacune examinées en détail:⁵³³

1. déterminer le **marché pertinent** (N 417 ss);
2. examiner si la **puissance détenue par l'entreprise sur le marché** est assez grande pour atteindre le stade de la **dominance**. Il faut que la concurrence soit déjà affaiblie sur le marché en cause du fait de la présence de l'entreprise dominante. Les abus pratiqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante sont généralement sanctionnés par le marché, sans qu'une intervention du droit de la concurrence ne soit nécessaire (N 446 ss);
3. examiner si le comportement de l'entreprise en position dominante constitue des **pratiques illicites** (N 482 ss).

B.4.1 Le marché pertinent

B.4.1.1 Le marché de produits pertinent

417. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

418. La notion de marché pertinent est indirectement subordonnée à l'abus reproché.⁵³⁴ Lorsqu'un abus ou une clause contractuelle liant des entreprises porte sur une infrastructure, le marché pertinent est en général délimité comme étant celui de l'accès à cette infrastructure.⁵³⁵

419. En l'espèce et comme cela sera encore développé plus bas, l'abus de Naxoo consiste à imposer des conditions commerciales inéquitables aux propriétaires d'immeubles. Par conséquent, les partenaires potentiels à l'échange sont les propriétaires d'immeubles (N 33 ss), lesquels demandent le raccordement au télésexeau pour leurs immeubles, et Naxoo, qui fournit ce raccordement sur son territoire d'activité. Le point de vue des propriétaires d'immeubles est ainsi au centre de l'analyse du marché pertinent dans les développements subséquents.

420. Les propriétaires d'immeubles cherchent à relier leurs immeubles à des infrastructures permettant d'acheminer des services de télécommunication jusqu'aux consommateurs (les locataires ou futurs propriétaires). Pour ce faire, les propriétaires d'immeubles les équiènt d'IDI. En général, ils font construire des IDI coaxiales et des IDI cuivre, voire des IDI fibre optique à la place ou parallèlement aux IDI cuivre. L'analyse vise à déterminer en quoi ces différentes IDI sont substituables entre elles dans l'optique des propriétaires.

421. Premièrement, il convient de déterminer si le raccordement au télésexeau est substituable ou non à un raccordement au satellite *du point de vue des propriétaires d'immeubles*. Ceux-ci prennent seuls la décision quant à l'usage des IDI coaxiales en fonction des besoins, intérêts et attentes des consommateurs. En effet, les propriétaires ne décident pas sur la base de ce que souhaite consommer un résident en particulier, mais bien plutôt en fonction de ce que l'ensemble ou la majorité des résidents souhaite ou souhaitera consommer de façon générale. Ils mènent ainsi leur réflexion comme la somme agrégée des consommateurs résidants dans leurs immeubles ou qui y résideront, et sont donc obligés de proposer plusieurs solutions en parallèle. M. Morales de GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES – ancien responsable technique d'Egg-Telsa SA, société qui fournit des prestations à Naxoo⁵³⁶ – a par exemple indiqué en cours d'enquête qu'il était difficile, voire impossible, d'opérer un choix entre le télésexeau ou le système Supermédia si l'un devait exclure l'autre. Selon lui, il paraît « *logique de favoriser la possibilité pour le client final d'opérer lui-même ce choix* ». ⁵³⁷ Il confirme ainsi que les propriétaires doivent laisser le choix aux consommateurs, ce qui signifie aussi que les propriétaires doivent garantir l'accès à plusieurs alternatives, sans exclure d'emblée un système et en favoriser un autre. Ainsi et pour cette raison déjà, le raccordement au télésexeau n'est pas substituable à un raccordement au satellite du point de vue des propriétaires d'immeubles.

⁵³⁰ ATF 129 II 497, consid. 6.5.1 et les références citées; ATF 139 I 72, consid. 10.1.2 (= DPC 2013/1, 114 consid. 10.1.2), *Publigroupe/COMCO*; pour un résumé, voir aussi arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 244, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵³¹ Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

⁵³² ATF 139 I 72, consid. 9.1 (= DPC 2013/1, 114 consid. 9.1), *Publigroupe/COMCO*.

⁵³³ EVELYNE CLERC, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 7 al. 1 LCart N 64.

⁵³⁴ DPC 2000/4, 732 N 5, *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*.

⁵³⁵ Dans le cas *Preispolitik Swisscom ADSL*, la COMCO a reconnu qu'il existait différents marchés pertinents, soit un marché de gros relatif à la connexion au réseau DSL (de Swisscom), lequel était délimité distinctement du marché des consommateurs. En outre, le télésexeau ne constituait pas une alternative à la connexion ADSL pour les fournisseurs de services Internet et n'a pas été inclus dans la délimitation du marché pertinent (DPC 2010/1, 116, N 70 ss, *Preispolitik Swisscom ADSL*, n'est pas encore en force). Dans les cas *FTTH Genève* (DPC 2012/3, 482, *Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable de l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence*), *FTTH Freiburg* (DPC 2012/2, 171, N 192, *FTTH Freiburg*), *FTTH Lausanne* (DPC 2012/3, 721, N 63, *Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG*) ainsi que *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* (DPC 2012/2, 209, N 300, *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*), la COMCO a défini le marché pertinent comme le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. Récemment dans l'enquête *Swisscom WAN-Anbindung*, la COMCO a défini le marché pertinent comme « le marché de l'accès à l'infrastructure physique cuivre », vu qu'il existait une offre (de Swisscom) et une demande (de FDA) pour l'accès à cette infrastructure précise (DPC 2016/1, 128, N 303 ss, *Swisscom WAN Anbindung*, n'est pas encore en force).

⁵³⁶ A 162, réponses 3a et 3b.

⁵³⁷ A 154, réponse 10.

422. A cela s'ajoutent d'autres éléments démontrant qu'un système satellitaire utilisant l'IDI coaxiale n'est pas substituable à un raccordement au téléseu du point de vue des propriétaires d'immeubles. Lorsque les propriétaires décident d'installer un système mixant le téléseu avec le satellite, c'est bien qu'ils souhaitent également raccorder l'IDI coaxiale au téléseu. Dans le cas d'espèce, les propriétaires qui ont souhaité installer un système satellitaire de type Supermédia demandaient également le raccordement au téléseu (N 297 ss). L'absence d'un raccordement au téléseu ou d'un raccordement à un système satellitaire pour ces immeubles – l'un au détriment de l'autre – découle de l'imposition des conditions commerciales de Naxoo et non de la volonté des propriétaires (N 273 ss). Par conséquent, le téléseu n'est pas substituable avec un système satellitaire dans l'optique des propriétaires.

423. En outre, l'offre du raccordement au téléseu est très largement répandue (N 226 ss). Elle apparaît comme incontournable pour la majorité des consommateurs. Il est donc tout à fait 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. Ainsi, une offre satellitaire ne peut se substituer à l'offre du téléseu dans l'optique des propriétaires. A cela s'ajoute que le contenu de l'offre satellitaire diverge substantiellement de l'offre du téléseu pour des raisons techniques: le satellite ne peut offrir des services triple play (N 32). En conclusion, les propriétaires ne peuvent pas objectivement considérer le satellite comme substituable au téléseu.

424. Deuxièmement, il y a lieu de déterminer dans quelle mesure les IDI cuivre ou fibre optique sont substituables à l'IDI coaxiale *du point de vue des propriétaires d'immeubles*. La grande majorité des immeubles est toujours équipée d'une IDI coaxiale et d'une IDI cuivre. L'installation de ces deux IDI en parallèle s'explique par des raisons historiques et techniques. Les IDI coaxiales permettaient la distribution de la télévision et les IDI cuivre le téléphone. Les deux IDI étaient ainsi indispensables et complémentaires dans les bâtiments jusqu'à très récemment. Vu le développement de la technologie IPTV ainsi que des offres triple play, l'absolue nécessité de construire une IDI coaxiale et une IDI cuivre en parallèle sera vraisemblablement remise en question dans le futur. Or, aucun élément du dossier ne permet de retenir que, pour la période visée par l'enquête, les propriétaires se satisfaisaient d'une seule IDI dans des bâtiments contenant plusieurs UH. Au contraire, les propriétaires privilégiaient la construction des deux types d'IDI, ce qui est également confirmé par les déclarations faites par Naxoo au cours de l'enquête: « *Dans chaque immeuble raccordé au téléseu, il existe à tout le moins une alternative, si ce n'est plusieurs, au téléseu pour l'accès à des services multimédias* ». ⁵³⁸

425. Par ailleurs, les modèles d'affaires de Naxoo utilisant les IDI coaxiales et des autres sociétés utilisant les IDI cuivre ou fibre optique diffèrent significativement. Naxoo contracte essentiellement avec les propriétaires par l'intermédiaire de contrats collectifs, lesquels totalisent [...] % des raccordements au téléseu (N 227 s.).

A cela s'ajoute que la taxe de raccordement de base est généralement directement intégrée dans le loyer ou les charges locatives; ce système n'est pas totalement transparent et permet de garder plus facilement le consommateur captif (N 240). Le modèle d'affaires de Naxoo s'oppose au modèle des entreprises utilisant les IDI cuivre ou fibre optique, lesquelles contractent directement avec les consommateurs, sans que les propriétaires d'immeubles n'interviennent directement dans les relations contractuelles. De plus, plusieurs prestataires de services sont susceptibles d'utiliser les IDI cuivre ainsi que les IDI fibre optique (Swisscom, Sunrise, les SIG, Wingo, etc.). En outre, même dans le cas de contrats individuels de raccordement entre les consommateurs et Naxoo, les propriétaires demeurent des partenaires incontournables à l'échange. En effet, ce sont les propriétaires seuls qui signent la CRI (N 234 s.), laquelle est un préalable nécessaire à la conclusion d'un contrat de raccordement individuel, soit l'établissement d'un rapport contractuel entre Naxoo et le consommateur. Partant, ces différences entre les modèles d'affaires démontrent également qu'un raccordement au téléseu n'est pas substituable aux prestations fournies par les IDI cuivre ou fibre optique dans l'optique des propriétaires.

426. Il y a encore lieu de se demander en quoi les prestataires de services via l'IDI cuivre ou fibre optique peuvent exercer une pression suffisante de nature à discipliner le comportement de Naxoo s'agissant des clauses contractuelles problématiques imposées aux propriétaires d'immeubles dans le cas d'espèce. En effet et si tel devait être le cas, ces prestataires devraient alors être pris en compte dans la définition du marché pertinent. Or, il est très difficile de voir en quoi Swisscom ou tout autre prestataire de services multimédias via l'IDI cuivre ou fibre optique pourraient discipliner directement le comportement de Naxoo, 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. Par conséquent, les prestataires de services via les IDI cuivre ou fibre optique n'exercent dans le cas d'espèce aucun effet disciplinant direct sur le comportement de Naxoo. Cependant, ils exercent un effet disciplinant indirect au travers des choix des consommateurs. Cet effet indirect est traité ci-dessous (N 475 ss.). Il n'y a donc pas lieu de les considérer dans le cadre de la définition du marché de produits pertinent.

427. En conclusion, les propriétaires d'immeubles sont les partenaires potentiels à l'échange pour l'exploitant du téléseu (Naxoo en l'espèce). De l'analyse du marché pertinent, il ressort que le raccordement au téléseu n'est pas substituable avec un raccordement au satellite via l'IDI coaxiale du point de vue des propriétaires. De même et toujours du point de vue des propriétaires, le raccordement au téléseu et le raccordement à un système satellitaire ne sont pas substituables aux raccordements possibles via l'IDI cuivre ou fibre optique. Par conséquent, le raccordement au téléseu constitue le marché de produits pertinent dans la présente enquête.

⁵³⁸ A 115, pp. 4 s.; A 17, réponse 2.

B.4.1.2 Le marché géographique pertinent

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

429. Le marché géographique se réfère généralement à une zone géographique dans laquelle les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour tous les opérateurs économiques, de manière à pouvoir y apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise en cause.⁵³⁹

430. Naxoo est le seul propriétaire du télé-réseau ainsi que des boîtes d'injections sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.⁵⁴⁰ Il est par conséquent obligatoire pour les propriétaires d'immeubles de s'approvisionner auprès de Naxoo en matière de télé-réseau. Ainsi, il y a lieu, dans le cadre de la présente enquête, de délimiter le marché géographique en partant du territoire d'activité de Naxoo, soit le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209.

B.4.1.3 Prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché pertinent

431. Dans sa prise de position, Naxoo a contesté la délimitation du marché pertinent opérée par la COMCO. Les points contestés par Naxoo sont présentés et analysés ci-après. La COMCO relève toutefois à titre préliminaire qu'il est difficile de traiter la prise de position de Naxoo sur la délimitation du marché, vu que Naxoo mélange le marché pertinent du raccordement au télé-réseau avec les marchés du contenu situés en aval dans son analyse. L'analyse des marchés du contenu situés en aval s'est limitée aux offres triple play, tant de base qu'à valeur ajoutée, et visait à mettre en lumière le raisonnement des propriétaires dans leur choix d'IDI à construire (N 463 ss). Ce point est traité ci-dessous (N 441 ss et N 475 ss). De cette analyse, il ressort que les offres de Naxoo sont si généralisées dans la région définie par le marché géographique que renoncer à un raccordement au télé-réseau n'est pratiquement pas envisageable pour les propriétaires de bâtiments contenant plusieurs logements.

432. Dans une définition de marché, le premier point déterminant consiste à définir les partenaires potentiels à l'échange. Or, Naxoo n'a pas contesté que les propriétaires étaient des partenaires essentiels à l'échange pour elle. Naxoo a tout au plus relativisé cette assertion en indiquant que les propriétaires d'immeubles n'étaient pas toujours ses partenaires à l'échange, car Naxoo concluait parfois des raccordements directement avec les usagers.⁵⁴¹ Cet argument peine à convaincre, car s'il est vrai que Naxoo conclut dans certains cas précis des raccordements directement avec les usagers (respectivement les consommateurs), la proportion de ce type de raccordement est toutefois faible et varie entre [...] % (N 226 ss), ce à quoi s'ajoute que l'on se trouve ici déjà dans un marché en aval. De plus, ces raccordements individuels au télé-réseau ne pourraient être conclus sans la signature d'une CRI au préalable, laquelle est précisément signée par les propriétaires et comporte les clauses problématiques (N 246 ss). Par conséquent,

même pour cette faible part de raccordements individuels, les propriétaires jouent un rôle essentiel, car sans leur signature, Naxoo ne conclurait pas de raccordement individuel avec l'usager. En conclusion, Naxoo ne saurait valablement contester que les propriétaires sont ses partenaires essentiels à l'échange. Cet élément est essentiel pour la délimitation du marché pertinent, car l'analyse s'effectue dans l'optique des partenaires à l'échange, à savoir dans l'optique des propriétaires d'immeubles en l'espèce.

433. Naxoo prétend que la substituabilité entre le satellite et le télé-réseau est anecdotique dans la présente affaire.⁵⁴² Naxoo présente vraisemblablement cet argument dans l'optique des propriétaires, et il serait incorrect d'éviter cet examen dans leur optique vu que ces derniers sont précisément les partenaires essentiels à l'échange de Naxoo. Or et comme déjà mentionné plus haut (N 421 ss), un raccordement au satellite n'est pas substituable dans l'optique des propriétaires. Premièrement, il ressort du dossier que lorsqu'un propriétaire souhaitait installer un raccordement satellitaire, il souhaitait également un raccordement au télé-réseau (N 297 ss). Si un immeuble n'est au final pas raccordé au télé-réseau, il s'agit d'un comportement unilatéral de Naxoo et non de la volonté des propriétaires. Deuxièmement, le satellite ne permet pas de fournir des offres triple play durant la période d'enquête (N 32): les caractéristiques objectives des offres diffèrent significativement entre Naxoo et le satellite. Par conséquent, le satellite n'est pas substituable au télé-réseau ni dans l'optique des propriétaires ni dans celle des consommateurs.

434. Comme Naxoo le relève elle-même,⁵⁴³ le passage d'un raccordement au télé-réseau à un raccordement au satellite « *ne nécessite pas d'investissements majeurs de la part des propriétaires d'immeubles s'agissant des IDI proprement dites* ». Toutefois, cette affirmation ne vaut que si les propriétaires d'immeubles choisissent effectivement entre le télé-réseau ou le satellite, ce que Naxoo omet de préciser. A l'inverse, du moment où les propriétaires d'immeubles souhaitent disposer pour leurs immeubles d'un raccordement au satellite et au télé-réseau tout en respectant les conditions imposées par Naxoo, les propriétaires devraient nécessairement doubler leurs IDI coaxiales, ce qui constitue a fortiori un investissement important.

⁵³⁹ EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 4 al. 2 LCart N 99.

⁵⁴⁰ A 56, réponse 2.

⁵⁴¹ A 198, N 535.

⁵⁴² A 198, N 537.

⁵⁴³ A 198, N 537.

435. En outre, Naxoo affirme que « *retenir l'impossibilité d'exclure un système et d'en favoriser un autre serait excessif en ce sens que l'exclusion du télé-réseau ou du satellite n'implique pas pour autant une absence de choix des consommateurs* ». ⁵⁴⁴ A nouveau, Naxoo confond l'optique des propriétaires avec celle des consommateurs. En outre, il ne s'agit pas d'imposer un système à tout prix ni de favoriser un quelconque autre système, mais de garantir une liberté de choix aux propriétaires. A cet égard, les propriétaires d'immeubles souhaitent que leurs bâtiments soient aussi raccordés au télé-réseau – indépendamment de tout autre raccordement – vu que les offres de Naxoo sont répandues et connues sur son territoire d'activité.

436. Naxoo indique que la COMCO ne procède pas à un examen sérieux et concret du marché au vu du nombre dérisoire de bâtiments dans lesquels un système Supermédia a été installé. ⁵⁴⁵ Or, la COMCO a tenu compte de toutes les installations Supermédia mentionnées par Gérardonic. ⁵⁴⁶ Au total, [...] installations Supermédia ont pu être dénombrées: [...] installations situées hors du territoire d'activité de Naxoo, et [...] installations situées sur le territoire d'activité de Naxoo. Il est frappant de constater que seulement [...] des installations ont été réalisées sur le territoire d'activité de Naxoo alors que ce territoire, pour l'essentiel la Ville de Genève, aurait constitué un débouché important pour un système satellitaire collectif si l'on considère le nombre élevé de bâtiments à plusieurs UH ainsi que la demande spécifique d'une frange de la population pour des chaînes en langues étrangères ou des chaînes spécialisées. Le chiffre de [...] installations en Ville de Genève paraît en ce sens peu élevé. Toutefois, ce fait doit être compris à la lumière du comportement même de Naxoo qui a cherché au travers de ses clauses à limiter les débouchés de systèmes satellitaires tiers (N 558 ss).

437. Naxoo conteste que l'offre de raccordement au télé-réseau soit incontournable pour une majorité de consommateurs. ⁵⁴⁷ Or et à juste titre, Naxoo ne conteste pas que son offre de raccordement au télé-réseau est largement répandue sur son territoire d'activité. On soulignera que Naxoo mélange à nouveau le point de vue des propriétaires et celui des consommateurs dans sa prise de position. Le caractère incontournable de l'offre n'est pas à comprendre dans l'optique des consommateurs, mais dans l'optique des propriétaires d'immeubles, lesquels ne peuvent faire l'impasse sur une offre de base largement répandue et connue auprès des consommateurs (N 391 s.). Par conséquent, c'est légitimement que les propriétaires cherchent à raccorder leurs immeubles au télé-réseau, indépendamment de la présence d'un raccordement au satellite. Par ailleurs, cela vaut également pour d'autres types de raccordement comme le cuivre ou la fibre optique.

438. Une IDI cuivre n'est pas substituable à une IDI coaxiale. Naxoo indique elle-même que les propriétaires équipent leurs immeubles de plusieurs IDI par immeuble. ⁵⁴⁸ En considérant l'ensemble de la période d'enquête, il s'agit en général en tout cas d'une IDI cuivre et d'une IDI coaxiale. Si l'IDI cuivre devait être substituable à l'IDI coaxiale dans l'optique des propriétaires, il faudrait se demander pour quelle raison une majorité de bâtiments conserve les deux types

d'infrastructure. Naxoo répond d'elle-même à cette question dans sa prise de position: « *C'est donc afin de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix que le propriétaire avait intérêt à proposer diverses alternatives. C'est du reste ce souci qui incite les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle dans leurs immeubles (câble, cuivre, fibre optique)* ». ⁵⁴⁹ Ainsi et pour la période d'enquête, il est retenu qu'une IDI cuivre n'est pas substituable à une IDI coaxiale dans l'optique des propriétaires.

439. Quant à l'IDI fibre optique, elle joue un rôle mineur sur l'ensemble de la période 2011 à 2015. Ce n'est qu'à partir de 2014 tout au plus que l'IDI fibre optique a commencé à être très présente dans les immeubles, et encore, pas dans chaque UH (N 58 s.). En outre, la fibre optique s'ajoute aux autres IDI traditionnelles que sont les IDI cuivre et les IDI coaxiales. Naxoo prétend à la substituable entre les IDI fibre optique et les IDI coaxiales, sans toutefois étayer son argument avec des exemples concrets. Pas plus qu'elle n'a démontré que les propriétaires d'immeubles n'installaient plus d'IDI coaxiales dans leurs nouvelles constructions en raison de l'existence des IDI fibre optique, ni même que les propriétaires renoncent aux IDI cuivre vu la disponibilité des IDI fibre optique. En outre, la COMCO a déjà spécifiquement défini un marché pertinent comme étant le marché de l'accès à une infrastructure permettant la transmission des données à la vitesse de la lumière pour des clients privés. ⁵⁵⁰ Ainsi, l'IDI fibre optique n'est pas substituable à l'IDI coaxiale pendant la période d'enquête (voir aussi N 62).

440. Naxoo indique que son modèle d'affaires ne diffère pas du modèle d'affaires des autres opérateurs et que l'argumentation de la COMCO tomberait à faux. ⁵⁵¹ Son raisonnement est difficilement compréhensible si on considère que Naxoo vise à conclure des contrats collectifs directement avec les propriétaires d'immeubles, lesquels sont les partenaires à l'échange essentiels de Naxoo. Les propriétaires intègrent par la suite la taxe du raccordement de base dans le contrat de bail, que ce soit dans le loyer ou dans les charges. Les transferts monétaires sont doubles pour la taxe de raccordement de base: un premier transfert est effectué entre les consommateurs et les propriétaires, et un deuxième transfert est effectué entre les propriétaires et Naxoo. A l'inverse, vu que les autres opérateurs comme

⁵⁴⁴ A 198, N 538.

⁵⁴⁵ A 198, N 540.

⁵⁴⁶ A 210.

⁵⁴⁷ A 198, N 542.

⁵⁴⁸ A 198, N 536.

⁵⁴⁹ A 198, N 729; voir aussi N 536.

⁵⁵⁰ Voir les cas *FTTH Genève* (DPC 2012/3, 482, *Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable de l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence*), *FTTH Freiburg* (DPC 2012/2, 171, N 192, *FTTH Freiburg*), *FTTH Lausanne* (DPC 2012/3, 721, N 63, *Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG*) ainsi que *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel* (DPC 2012/2, 209, N 300, *Glaserfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*).

⁵⁵¹ A 198, N 549.

Swisscom ou Sunrise concluent directement des contrats avec les consommateurs, les transferts monétaires s'établissent entre l'opérateur et le consommateur sans que le propriétaire n'intervienne d'une quelconque façon. Par conséquent, les deux modèles d'affaires, soit celui de Naxoo et celui des autres opérateurs, diffèrent sans l'ombre d'un doute (N 425).

441. En ce qui concerne les marchés du contenu situés en aval, l'analyse de la COMCO visait avant tout à déterminer le poids des offres de Naxoo auprès des consommateurs afin d'appréhender le raisonnement des propriétaires d'immeubles, respectivement afin de déterminer la raison pour laquelle le raccordement au télé-réseau était indispensable dans un immeuble avec plusieurs UH dans l'optique des propriétaires.

442. L'analyse des marchés du contenu situés en aval a tout d'abord débuté avec l'analyse de l'offre de base triple play de Naxoo liée au raccordement au télé-réseau (N 221 ss). Cette offre de base triple play de Naxoo est dite centrée sur le segment TV au vu de la faible vitesse Internet proposée.⁵⁵² Elle a pour vocation de satisfaire des consommateurs consommant peu de services Internet, mais beaucoup de services TV. Cette offre de base de Naxoo contraste avec les offres triple play à valeur ajoutée, lesquelles proposent une vitesse Internet au moins dix fois supérieure à la vitesse Internet de l'offre de base de Naxoo (N 371 ss).⁵⁵³ De plus, il existe une différence de prix significative entre les deux types d'offres: les offres à valeur ajoutée les moins chères coûtent plus de deux fois plus que l'offre de base de Naxoo.

443. Considérant l'importance des différences tant au niveau du prix que des caractéristiques objectives, il y aurait lieu de définir des marchés distincts. Par exemple, la COMCO a déjà défini un marché de détail de l'Internet à haut débit pour les clients finaux en différenciant les clients commerciaux et privés comme mentionné par Naxoo.⁵⁵⁴ Or, ce marché de l'Internet à haut débit englobe les offres à valeur ajoutée, mais pas les offres de base. On note également que dans cette même décision, la COMCO a défini un marché pertinent comme étant le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une transmission basée sur le cuivre. En soit, il n'est donc pas incorrect de délimiter le marché pertinent en se basant sur une infrastructure spécifique, comme avancé ci-dessus (N 418). Par ailleurs, la décision *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.* distingue également différents marchés du contenu, comme mentionné par Naxoo.⁵⁵⁵ Il est également question d'un marché de l'Internet à haut débit. Les offres triple play à valeur ajoutée relèveraient du marché de l'Internet à haut débit alors que les offres triple play de base liées au raccordement au télé-réseau ne peuvent valablement être incluses dans le marché de l'Internet à haut débit en raison de sa vitesse Internet faible. Ainsi, il existe pour le moins différents marchés du contenu. La différence entre les offres de base et les offres à valeur ajoutée ainsi que la pratique de la COMCO, mentionnée par Naxoo,⁵⁵⁶ appuient cette conclusion. Toutefois et contrairement à l'étonnement dont Naxoo fait preuve, il n'y a rien d'extraordinaire à différencier les marchés selon les types de partenaires (clients commerciaux, clients privés ou encore propriétaires d'immeuble), selon

les caractéristiques objectives des offres (offres de base, offres à valeur ajoutée), ou encore selon les infrastructures.

444. En ce qui concerne la délimitation géographique du marché pertinent, Naxoo ne peut être suivie quand elle focalise son analyse sur les consommateurs et sur les marchés du contenu en aval. En effet, ce ne sont pas les consommateurs, mais bien les propriétaires d'immeubles qui sont les partenaires essentiels à l'échange pour Naxoo (N 419 ss et N 432). L'analyse de la délimitation géographique du marché doit débiter par les partenaires à l'échange, à savoir les propriétaires. A cette fin, il convient de se demander vers quelle entreprise la demande des propriétaires se dirige, et si les propriétaires se comportent de manière raisonnable en dirigeant leur demande vers cette entreprise. Sur le territoire d'activité de Naxoo, les propriétaires s'adressent, respectivement ne peuvent que s'adresser à Naxoo en matière de raccordement au télé-réseau. Seule Naxoo peut leur fournir un raccordement au télé-réseau dans la région essentiellement représentée par la Ville de Genève, et aucun autre câblo-opérateur n'est capable de satisfaire cette demande. Par conséquent, les propriétaires de cette région se comportent de façon raisonnable lorsqu'ils s'adressent à Naxoo et pas à un autre câblo-opérateur pour lui demander un raccordement au télé-réseau. La question de savoir si les propriétaires pourraient substituer une infrastructure à une autre n'est pas pertinente pour la délimitation du marché géographique, et a été traitée dans la délimitation du marché pertinent (N 433 s. et N 438 s.). L'influence des marchés en aval, respectivement des consommateurs est analysée ci-dessous (N 463 ss et N 475 ss).

B.4.1.4 Conclusion intermédiaire

445. Vu ce qui précède, le marché pertinent est défini comme étant le marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209. Les analyses subséquentes se basent sur cette définition du marché pertinent.

B.4.2 Position dominante de Naxoo sur le marché pertinent

446. Il est examiné ici si Naxoo est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Elle ne peut se comporter de façon indépendante en présence d'une concurrence actuelle ou potentielle suffisamment forte.

⁵⁵² A 115, p. 12.

⁵⁵³ A 115, p. 15, tableau 5.

⁵⁵⁴ A 198, N 559.

⁵⁵⁵ A 198, N 561.

⁵⁵⁶ A 198, N 556 ss.

447. A noter que le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels soit sur le même marché dominé, soit sur un marché connexe (en amont ou en aval) 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'entrer.⁵⁵⁷ En l'occurrence, il sera démontré ci-dessous que Naxoo est en position dominante sur le marché pertinent du raccordement au téléseu, et qu'elle utilise cette position dominante pour entraver la concurrence sur les marchés situés en aval, soit les marchés du contenu.

B.4.2.1 Concurrence actuelle

448. L'examen de la concurrence actuelle vise à déterminer si une entreprise peut se comporter de manière indépendante sur le marché pertinent de sorte qu'elle soit capable de fixer les paramètres déterminants de la concurrence, sans égard à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux. A cette fin, il est précisé que le critère des parts de marché n'est pas le seul critère déterminant de la position dominante. La nature de la concurrence doit également être examinée.

449. En l'espèce, Naxoo est la seule entreprise qui exploite le téléseu en Ville de Genève. Par conséquent, Naxoo se trouve en position dominante de fait sur le marché pertinent du raccordement au téléseu sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209, tel que délimité ci-dessus (N 445). Cette position dominante permet à Naxoo d'imposer des conditions commerciales lui assurant un accès exclusif à l'IDI coaxiale, ce qui exclut d'emblée tout tiers. En effet, Naxoo sait qu'aucune autre entreprise ne peut la concurrencer sur le marché du raccordement au téléseu, vu qu'une telle entreprise devrait sinon également disposer de son propre réseau jusqu'aux boîtes d'injection. Par ailleurs, la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseu se reflète également au travers du nombre d'UH raccordées au téléseu. Effectivement, Naxoo a raccordé [...] UH en Ville de Genève, soit un taux de raccordement de [...] % (N 231 s.).

450. La position dominante doit également s'apprécier dans la durée; la stabilité des parts de marché est un bon indicateur de la position dominante. Pour la période allant de 2011 à 2015, le taux de raccordement au Réseau Naxoo en Ville de Genève a [...] %, passant de [...] % (N 231 s.). [...] pas de nature à remettre en question la domination de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseu. En effet, Naxoo détient toujours 100 % du marché pertinent du raccordement au téléseu, vu qu'il n'y a pas d'alternative pour un tel raccordement. Par ailleurs, [...] tend à démontrer que la position dominante de Naxoo est demeurée relativement stable.

451. Les conditions commerciales de Naxoo visent à empêcher l'accès à l'IDI coaxiale par des tiers, accès pourtant nécessaire pour des systèmes comme des systèmes satellitaires collectifs afin d'accéder aux marchés du contenu, situé en aval. En d'autres termes, Naxoo essaie de verrouiller une partie du marché, soit de le forclore.⁵⁵⁸ Si une entreprise en position dominante et verticalement intégrée possède à l'une des étapes de son processus économique une infrastructure ou une

ressource rare ou qu'elle exerce un contrôle sur cette infrastructure ou cette ressource rare, elle peut entraver sérieusement tout concurrent désireux d'entrer sur un marché situé en aval. L'entreprise dominante peut par exemple refuser l'accès à une infrastructure qu'elle contrôle ou tarifier désavantageusement l'accès à cette infrastructure. Cette forclusion du marché se traduit au moins par une atteinte à la concurrence actuelle, voire à la suppression de la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval.

452. En l'espèce, les IDI coaxiales sont indispensables pour le fonctionnement de systèmes tiers comme le système Supermédia (N 19 et 68). Or, parallèlement au téléseu de Naxoo, un tel système offre aux consommateurs la possibilité de consommer des services télévisuels satellitaires par l'IDI coaxiale, lesquels représentent une alternative à l'offre télévisuelle de Naxoo. Vu sa vitesse Internet très faible et sa téléphonie fixe payante pendant la période visée par l'enquête, l'offre de base triple play de Naxoo est centrée sur le segment télévisuel (N 29 ss) et entre bien, au moins en partie, en concurrence avec l'offre télévisuelle disponible par satellite sur les marchés du contenu situés en aval. Naxoo considère d'ailleurs l'offre par satellite comme concurrente de son offre de programmes de télévision (N 89). Forclore l'accès à l'IDI coaxiale par l'imposition de ses clauses commerciales permet ainsi à Naxoo de stabiliser ses parts de marché et d'éliminer au moins une partie de la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval, en particulier pour le segment TV (N 89). Dans tous les cas, les clauses commerciales de Naxoo visant à accaparer les IDI coaxiales empêchent le développement de systèmes satellitaires collectifs, ou plus généralement de tout système ayant besoin de l'IDI coaxiale, ce qui affecte négativement le bien-être des consommateurs qui se voient empêchés d'accéder à du contenu audiovisuel supplémentaire.

453. Finalement, la menace même de la part de Naxoo de ne pas contracter (N 297 ss) renforce l'indice de l'absence de concurrence actuelle, respectivement de tout effet disciplinant sur le marché du raccordement au téléseu. En effet, il n'est pas rationnel pour une entreprise de renoncer à réaliser un chiffre d'affaires alors qu'elle en a la possibilité. Seule l'absence de concurrence actuelle permet à Naxoo de prendre le risque de renoncer à réaliser un chiffre d'affaires, vu qu'elle sait qu'aucun concurrent sérieux ne peut se substituer à elle pour fournir un raccordement au téléseu et que ses offres sont largement répandues sur son territoire d'activité.

⁵⁵⁷ CR Concurrence-CLERC (note 533), art. 7 al. 1 LCart N 66.

⁵⁵⁸ EMMANUEL COMBE, Economie et politique de la concurrence, Paris 2005, chapitre 7, pp. 248 s.

454. En conclusion, il n'existait aucune concurrence « actuelle » suffisamment forte sur le marché du raccordement au téléseu sur le territoire représenté par les codes postaux 1201 à 1209 pour discipliner Naxoo, laquelle pouvait – sur la période visée par l'enquête – se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles et des installateurs de systèmes tiers souhaitant utiliser l'IDI coaxiale pour fournir leurs services.

B.4.2.2 Concurrence potentielle

455. Vu que la concurrence actuelle est trop faible, voire inexistante pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché du raccordement au téléseu, il est nécessaire d'analyser en quoi la concurrence potentielle peut avoir un effet disciplinant sur le comportement de Naxoo. Il est donc nécessaire d'examiner si de potentiels nouveaux partenaires à l'échange pourraient offrir aux propriétaires d'immeubles des prestations similaires au téléseu.

456. L'infrastructure horizontale de Naxoo est unique principalement pour des motifs historiques (N 41 s.) et économiques. En effet, il serait économiquement très coûteux de la dupliquer, ce à quoi s'ajoute qu'il n'est pas certain que cela soit techniquement possible. Ainsi, la duplication d'un téléseu en Ville de Genève est impossible ou très difficilement envisageable dans le cas d'espèce. Par conséquent, une installation ou un équipement indispensable, impossible à dupliquer pour un coût raisonnable, constitue la principale barrière à l'entrée, laquelle limite l'accès au marché et restreint par conséquent la concurrence potentielle.

457. Par ailleurs, les conditions commerciales problématiques de Naxoo cherchent à accaparer les IDI coaxiales à son avantage (N 451 ss). Ainsi, vu que la forclusion du marché vise à empêcher toute concurrence actuelle, elle limite en toute logique également la concurrence potentielle.

458. En ce qui concerne les technologies MoCA (N 25 ss) et LoRA (soit l'« Internet des objets », N 28 ss), lesquelles pourraient également utiliser l'IDI coaxiale, rien n'indique au dossier que ces technologies soient utilisées en Suisse ou qu'elles le seront dans un futur proche. En outre, elles représenteraient vraisemblablement d'autres marchés pertinents du point de vue des propriétaires.

459. Il doit également être tenu compte des développements technologiques du satellite dans le futur. SOS-Télé a indiqué en cours d'enquête qu'en ce qui concerne Internet par satellite, la société ViaSat offrirait à l'horizon 2020 des débits jusqu'à 1 Tbit/s (soit plus que la fibre) avec de nouveaux satellites en orbite basse.⁵⁵⁹ Cela rendrait possibles les offres triple play par satellite, lesquelles pourraient éventuellement apparaître à l'avenir comme substituables en tout cas à l'offre de base du téléseu dans l'optique des propriétaires. Toutefois, cette évolution du marché est incertaine, et rien n'indique qu'une telle offre sera disponible en Suisse dans un futur proche. Partant, l'évolution technologique satellitaire ne peut actuellement être retenue dans le cadre de l'analyse de la concurrence potentielle, même si le satellite semble encore avoir de beaux jours devant

lui, principalement avec l'arrivée de l'Ultra HD^{560,561} Seul le cas où une entreprise aurait été capable d'offrir concrètement ou dans un futur proche un produit substituable dans l'optique des propriétaires au raccordement téléseu aurait pu être retenu dans l'analyse de la concurrence potentielle.

460. En conclusion, les indices comportementaux et structurels relevés ci-dessus indiquent qu'il n'existait pas de concurrence potentielle suffisamment forte pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché pertinent et durant la période visée par l'enquête.

B.4.2.3 Comportement de la demande

461. Afin d'examiner la nature réelle de la concurrence et d'apprécier la position dominante, il est également nécessaire d'examiner le rôle de la demande. Une entreprise en position dominante ne pourra pas se comporter de manière indépendante face à un monopsonne, soit un unique acheteur et donc puissant sur le marché. Il en va différemment si les partenaires potentiels de l'entreprise en position dominante sont caractérisés par leur atomicité, soit un grand nombre de partenaires potentiels sans aucune influence sur le marché pertinent.

462. Dans le cas d'espèce, le nombre de propriétaires auxquels fait face Naxoo est important. Un propriétaire d'immeubles pris individuellement n'est pas puissant sur le marché dans le sens où le chiffre d'affaires réalisé par Naxoo avec un seul immeuble ne représente qu'une fraction minime de son chiffre d'affaires total. Par conséquent, un seul propriétaire n'est pas en mesure de contrebalancer la puissance de Naxoo sur le marché pertinent.

B.4.2.4 Influence des marchés en aval

463. Les marchés du contenu situés en aval peuvent influencer les marchés situés en amont. Ainsi, il ne peut être exclu que les marchés du contenu en aval exercent une pression concurrentielle disciplinant le comportement de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseu. Partant, la situation concurrentielle sur ces marchés situés en aval ainsi que les interdépendances avec le marché pertinent du raccordement au téléseu sont abordées ci-dessous.

464. Sur les marchés du contenu situés en aval, Naxoo a avancé que l'offre de base du téléseu est en concurrence avec d'autres offres similaires.⁵⁶² S'il peut être admis que l'offre *Swisscom Casa* ainsi que l'offre *Combi 1* de Wingo soient similaires à l'offre triple play de base du téléseu en considérant les prestations fournies ainsi que les prix, il n'en va pas de même pour l'offre triple play de base de Sunrise, en considérant des caractéristiques objectives comme la différence de prix et la vitesse d'Internet. Lors de l'analyse du nombre d'offres triple play de base prestées, il a été constaté que Naxoo prestait [...] % des offres de base (N 391 ss)

⁵⁵⁹ A 120, réponse 9.

⁵⁶⁰ *Ultra High Definition*, ultra-haute définition.

⁵⁶¹ Interview de M. Michel Chabrol, Directeur Nouveaux formats TV chez Eutelsat, 6.2.2017, <www.lesnumeriques.com/tv-televiseur/4-questions-a-michel-chabrol-expert-ultra-hd-hdr-chez-eutelsat-a2977.html> (13.2.2017).

⁵⁶² A 115, p.12, tableau 5.

en Ville de Genève pour l'année 2015. Par conséquent, même s'il existe des offres similaires à l'offre de base du téléseu, il n'en demeure pas moins que Naxoo est l'entreprise la plus forte en matière de fourniture d'offres triple play de base.

465. Il est nécessaire de se demander en quoi les services prestés par les IDI cuivre et fibre optique influencent le raisonnement auquel procèdent les propriétaires d'immeubles sur le marché pertinent du raccordement au téléseu. Si le propriétaire est l'unique résident, il est le seul consommateur dans son bien immobilier. Il peut choisir librement le contenu qu'il souhaite consommer et par là même l'infrastructure qui délivre ce contenu. Toutefois et comme relevé plus haut (N 34 ss), la Ville de Genève est caractérisée par une quantité importante d'immeubles contenant plusieurs logements. Les propriétaires doivent nécessairement tenir compte de l'intérêt commun actuel et futur des consommateurs composés par l'ensemble des résidents actuels et futurs de l'immeuble. Partant, les propriétaires raisonnent comme la somme agrégée des consommateurs (N 421).

466. Il est difficile d'imaginer que tous les consommateurs résidant dans un même immeuble se satisfont des services prestés par l'intermédiaire d'une seule IDI. Il ressort du dossier que certains consommateurs souhaitent accéder aux prestations délivrées soit par l'IDI coaxiale, soit par les IDI cuivre ou fibre optique, soit même simultanément aux prestations délivrées par plusieurs IDI différentes.⁵⁶³ Or, vu que Naxoo est en position de force dans la fourniture de l'offre de base triple play et vu que celle-ci est très répandue auprès des consommateurs (N 386 ss et N 464), les propriétaires ne peuvent pas renoncer au téléseu, en tout cas pas dans un avenir proche. A cela s'ajoute que pour des raisons historiques, les consommateurs s'attendent à ce que l'offre de base « gratuite » du téléseu⁵⁶⁴ soit spontanément disponible dans leur appartement, ignorant en règle générale qu'ils paient cette offre de base « gratuite » par l'entremise de leurs charges locatives (N 240). Par conséquent, la marge de manœuvre du côté des propriétaires est très réduite: indépendamment de la possibilité de se connecter aux IDI cuivre ou fibre optique pour consommer des services de tiers à Naxoo, les propriétaires se doivent de donner la possibilité aux consommateurs de se connecter aussi au téléseu, et donc à l'IDI coaxiale.

467. En résumé et pour la période visée par l'enquête, il n'existe pas de pression concurrentielle suffisamment forte des marchés du contenu situés en aval pour remettre en question la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseu.

B.4.2.5 Prise de position de Naxoo sur la question de sa position dominante sur le marché pertinent

468. Tout comme cela a été relevé plus haut (N 431), Naxoo mélange dans sa prise de position les marchés en amont du raccordement au téléseu et les marchés du contenu en aval. Seuls les arguments concernant la situation concurrentielle sur le marché pertinent du raccordement au téléseu sont traités dans l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle. Les arguments qui relèvent des marchés du contenu sont traités dans

l'analyse des influences des marchés en aval (N 475 ss.).

a. Concurrence actuelle

469. Naxoo n'a avancé aucun argument faisant état d'autres concurrents actuels sur le marché pertinent du raccordement au téléseu. En revanche, Naxoo a contesté à nouveau la définition du marché pertinent, laquelle serait erronée selon elle. Elle a également affirmé que la concurrence sur les marchés en aval était suffisamment forte pour contester sa position dominante sur le marché pertinent du raccordement au téléseu.

470. En ce qui concerne la définition du marché pertinent, Naxoo invoque principalement la substituabilité des infrastructures et des technologies.⁵⁶⁵ Or, la construction des IDI coaxiales constitue un coût non négligeable pour les propriétaires d'immeubles. Si les IDI coaxiales étaient substituables avec les autres infrastructures comme les IDI cuivre ou la fibre optique, les immeubles ne seraient pas équipés de plusieurs infrastructures, ce qui démontre que ces infrastructures ne sont pas substituables dans l'optique des propriétaires. Naxoo a par ailleurs elle-même indiqué dans sa prise de position que les propriétaires avaient intérêt à proposer diverses alternatives, et que c'était du reste ce souci qui incitait les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle (câble, cuivre et fibre optique) dans leurs immeubles.⁵⁶⁶ Finalement, la substituabilité entre les différentes infrastructures a déjà été traitée ci-dessus (voir N 438 s.).

471. Quant à la situation concurrentielle sur les marchés en aval, Naxoo apparaît comme un acteur incontournable tant dans la fourniture des offres triple play de base que des offres triple play à valeur ajoutée (voir N 452 ss et N 487 ss). Ainsi, contrairement à ce que Naxoo indique, elle n'en demeure pas moins un acteur incontournable en Ville de Genève pour la période examinée.

b. Concurrence potentielle

472. En ce qui concerne la concurrence potentielle, Naxoo considère que l'analyse de la COMCO est erronée vu que des offres triple play par satellite seraient déjà disponibles dans les pays voisins. Naxoo n'étaye toutefois pas davantage ses assertions avec des faits concrets, ce à quoi s'ajoute qu'*a contrario* si on suit Naxoo, cela signifie que de telles offres triple play par satellite ne sont justement pas disponibles en Suisse. Les informations de la COMCO sont quant à elles basées sur ses propres connaissances ainsi que sur deux

⁵⁶³ A 17, réponses 1b et 6; A 115, p. 12: Naxoo mentionne elle-même qu'il est tout à fait possible que certains consommateurs consomment tant ses services que les services de Swisscom ou de Sunrise par exemple. Aux yeux de ces consommateurs, les services prestés par l'IDI coaxiale et par le cuivre ou la fibre optique n'apparaissent donc pas comme substituables, puisque simultanément consommés.

⁵⁶⁴ Offre numérique de base: <www.upc-cablecom.ch/fr/tools/offre-numerique-de-base> (19.11.2015).

⁵⁶⁵ A 198, N 580 et 583.

⁵⁶⁶ A 198, N 729.

entreprises tierces non parties à la présente procédure et qui n'auraient pas grand intérêt à induire l'autorité en erreur (N 32). Actuellement, des offres triple play par satellite ne seraient pas fournies en Suisse, et même si c'était le cas, ce phénomène serait très marginal. Finalement, il convient de rappeler que la concurrence potentielle doit être examinée pour la période visée par l'enquête.

473. Quant à la « triplification » des infrastructures mentionnée par Naxoo,⁵⁶⁷ elle démontre surtout que les infrastructures ne sont pas substituables entre elles dans l'optique des propriétaires.

c. Comportement de la demande

474. Naxoo conteste que les propriétaires soient caractérisés par leur atomicité au vu qu'il existe des associations, notamment la Chambre Genevoise Immobilière (CGI). Toutefois, Naxoo ne substantifie pas son argument et ne démontre en rien que cette association (ou une autre association) aurait essayé de négocier des CRI pour le compte de ses membres. A l'inverse, dans le cas des immeubles [...] Rue Cramer, c'est le propriétaire, respectivement son mandataire [...] chargé du projet de construction qui a essayé de négocier sans succès les conditions commerciales problématiques de Naxoo (N 277 s.). Aucune intervention de la Chambre Genevoise Immobilière ou d'une autre association n'a été constatée dans ce cas de figure.

d. Influence des marchés en aval

475. Naxoo prétend que les chiffres utilisés par la COMCO dans son analyse des marchés situés en aval sont incomplets et biaisés, et que la notion d'offre triple play de base n'aurait aucune pertinence.⁵⁶⁸ La COMCO a abordé l'ensemble des acteurs essentiels du marché et leur a demandé de lui livrer les informations sur les offres prestées pour la période examinée allant de 2011 à 2015 en Ville de Genève (N 370 ss). Les chiffres examinés par la COMCO sont aussi complets que possible.

476. Le deuxième grief invoqué par Naxoo est également infondé: les chiffres utilisés représentent le nombre d'offres, respectivement le nombre de clients par fournisseurs de services de télécommunication en Ville de Genève. Ils ont certes une portée limitée quant à l'analyse des parts de marché des entreprises, mais demeurent valables pour examiner le nombre de clients de chaque entreprise, respectivement la popularité des offres de chaque entreprise. Il est rappelé qu'il ne s'agit pas sous ce titre de prouver une position dominante sur un des marchés du contenu situés en aval, mais uniquement de démontrer que les offres de Naxoo sont très largement répandues sur son territoire d'activité, ce qui en fait un acteur incontournable dans l'optique des propriétaires. Pour une telle analyse, examiner le nombre de clients par entreprise et par type d'offre est pertinent.

477. Quant au troisième grief, il est difficile de suivre Naxoo lorsque celle-ci affirme que les offres triple play de base ne sont pas pertinentes, en particulier lorsque l'on considère que Naxoo elle-même met continuellement en avant son offre de base de raccordement proposant télévision, Internet et téléphonie, soit les trois services qui définissent une offre triple play.⁵⁶⁹ Pour le

moins, Naxoo ne substantifie pas ce point, pas plus qu'elle n'indique quelle offre il serait pertinent d'analyser.

478. En ce qui concerne les offres triple play de base, Naxoo est le principal, voire l'unique acteur dans la fourniture de ce type d'offre pour la période examinée en Ville de Genève (N 391 s.). Il n'y a pas lieu de supposer que la situation était différente pour les années antérieures à la période examinée. En particulier, il est à noter que Swisscom ne preste des offres triple play de base que depuis 2014 (N 373 s.). En outre et comme exposé ci-dessus, il y a lieu de différencier les marchés du contenu selon les offres de base et les offres à valeur ajoutée (N 441 ss). En effet, les offres à valeur ajoutée correspondraient à un marché d'Internet à haut débit pour les clients privés. Les offres de base ne pourraient pas être comprises dans ce marché au vu de la faible vitesse d'Internet dans ces offres centrées sur le segment télévisuel.

479. Par ailleurs, l'analyse des offres à valeur ajoutée laisse transparaître un pourcentage de clients en faveur de Naxoo variant entre [...] (N 389 s.). Ainsi, Naxoo est le deuxième acteur économique dans la fourniture d'offres à valeur ajoutée, juste derrière Swisscom ([...] des clients) mais loin devant Sunrise ([...] des clients). De ces chiffres, il ressort que Naxoo est au moins puissante dans la fourniture d'offres triple play à valeur ajoutée en Ville de Genève et pour la période examinée. Par ailleurs, s'il est délicat de déduire des parts de marché à partir du tableau 11 (N 387 s.) vu que ce tableau mélange offres de base et offres à valeur ajoutée et vu la différence de prix entre ces deux types d'offres, cette affirmation ne vaut pas pour les tableaux 12 et 13 (N 389 ss.), lesquels présentent de manière séparée offres triple play de base et offres triple play à valeur ajoutée. Toutefois, le tableau 11 démontre clairement que les offres de Naxoo sont largement répandues en Ville de Genève pour la période examinée.

480. En conclusion, Naxoo est de loin le principal acteur dans la fourniture d'offres triple play de base. Elle est au moins puissante dans la fourniture des offres triple play à valeur ajoutée. Considérés dans leur ensemble, les deux types d'offres de Naxoo sont très largement répandus en Ville de Genève pour la période examinée. Ces constatations démontrent le caractère indispensable des offres de Naxoo dans l'optique des propriétaires. Un propriétaire de bâtiments contenant plusieurs UH ne peut faire l'impasse sur un raccordement au télé-réseau. Ainsi, l'examen des influences des marchés en aval ne remet pas en question la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au télé-réseau.

⁵⁶⁷ A 198, N 603.

⁵⁶⁸ A 198, N 612 s.

⁵⁶⁹ Voir par ex. la première page du site Internet de Naxoo <www.naxoo.ch>, ou les visuels utilisés par Naxoo, par ex. A 53, annexe 3; A 57, publicité annexée; A 62, publicité annexée.

B.4.2.6 Conclusion intermédiaire

481. Pour la période visée par l'enquête, tant la concurrence actuelle que la concurrence potentielle demeurent insuffisantes pour discipliner le comportement de Naxoo sur le marché du raccordement au téléseuil. De plus, l'analyse des marchés du contenu situés en aval a montré premièrement que Naxoo est au moins en position de force dans la fourniture d'offres triple play à valeur ajoutée, et deuxièmement qu'elle est le principal acteur dans la fourniture des offres triple play de base pour la Ville de Genève et pour la période examinée. Cet élément renforce la position dominante de Naxoo sur le marché pertinent du raccordement au téléseuil, notamment en considérant que le taux de raccordement est élevé (N 449), que les consommateurs s'attendent à bénéficier de l'accès au téléseuil et que la taxe de raccordement était jusqu'à récemment intégrée dans les charges locatives, souvent sans que les consommateurs s'en rendent compte. Partant, Naxoo occupe une position dominante dans sa zone de desserte sur le marché du raccordement au téléseuil pour la période visée par l'enquête. Elle peut se comporter de manière essentiellement indépendante vis-à-vis des propriétaires d'immeubles, lesquels ne peuvent faire l'impasse sur un raccordement au téléseuil en Ville de Genève.

B.4.3 Pratiques illicites

B.4.3.1 Remarques préliminaires

B.4.3.1.1 En ce qui concerne les relations contractuelles

482. Il est préalablement précisé que Gérardtronic et Naxoo n'entretiennent pas de relations contractuelles directes en ce qui concerne le système Supermédia. Les échanges entre Gérardtronic et Naxoo visent uniquement à essayer de coordonner l'installation du système Supermédia en parallèle aux services de Naxoo, tant sur le plan technique que sur le plan organisationnel.⁵⁷⁰ Selon Naxoo, celle-ci interagit toutefois avec Gérardtronic lors de la mise en place d'IDI réalisées par Gérardtronic indépendamment de tout système Supermédia.⁵⁷¹

483. En revanche, il y a relations contractuelles entre, d'une part, Naxoo et les propriétaires d'immeubles (N 246 ss) et, d'autre part, Gérardtronic et les propriétaires d'immeubles (soit directement, soit indirectement en agissant comme sous-traitant, par ex. pour Egg-Telsa SA⁵⁷²).

B.4.3.1.2 En ce qui concerne le marché sur lequel les abus sont commis

484. En vertu de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, 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.

485. Le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels *sur le marché dominé*, mais aussi *sur un marché connexe* (en amont ou en aval) qui présente un lien de connexité étroit avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas (en core) d'une position dominante, mais où elle est déjà

active ou a l'intention d'entrer.⁵⁷³ Ainsi et comme notamment relevé par le TAF dans l'affaire *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* ou encore la COMCO dans l'affaire *Sport im Pay-TV*, un comportement peut être qualifié d'abusif alors même qu'il se produit et a des effets sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante.⁵⁷⁴

486. La Cour de justice des Communautés européennes (ci-après: la CJCE) applique également l'art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des comportements d'une entreprise dominante qui ont lieu sur un marché distinct du marché dominé, pour autant que l'entreprise en cause dispose d'une prééminence sur le marché distinct et que ce marché soit uni par des liens de connexité étroits avec le marché dominé. Du fait de cette prééminence et de cette connexité, l'entreprise peut manifester sur le marché distinct une indépendance de comportement par rapport aux autres opérateurs présents. Cette indépendance lui confère, sans qu'il faille établir qu'elle y détient une position dominante, une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée.⁵⁷⁵ C'est ainsi que dans l'arrêt *Tetra Pak International SA*, la CJCE a jugé que « *c'est à bon droit que le Tribunal a admis l'application en l'espèce de l'article 86 du traité, compte tenu de ce que la position quasi monopolistique détenue par Tetra Pak sur les marchés aseptiques et sa position prééminente sur les marchés non aseptiques, distinctes, mais étroitement connexes, plaçaient cette entreprise dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause. Une entreprise qui se trouve dans une telle situation est nécessairement en mesure de prévoir que son comportement peut relever de l'article 86 du traité* ». ⁵⁷⁶

487. En l'espèce, il a été démontré plus haut que Naxoo est en position dominante sur le marché du raccordement au téléseuil (N 481). Même si les marchés du contenu situés en aval n'ont pas été délimités, il a toutefois été relevé que Naxoo est au moins puissante dans la fourniture des offres triple play à valeur ajoutée et de base (N 386 ss et N 464). Cette position de force sur les marchés situés en aval – qu'il n'est pas nécessaire de délimiter plus précisément ici – consolide la position dominante de Naxoo sur le marché du raccordement au téléseuil, distinct mais étroitement connexe. Cette situation permet à Naxoo d'éliminer tout système qui a

⁵⁷⁰ Voir par ex. A 52, annexe H, courriel du 5.12.2014.

⁵⁷¹ A 198, N 621.

⁵⁷² A 162, réponse 4b.

⁵⁷³ CR Concurrence-CLERC (note 533), art. 7 I LCart N 66 et les références citées.

⁵⁷⁴ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 636 consid. 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force); affaire *Sport im Pay-TV*, <www.comco.admin.ch> Actualités > Dernières décisions > *Sport im Pay-TV: Verfügung vom 9.5.2016* (allemand), N 607 (n'est pas encore en force).

⁵⁷⁵ CR Concurrence-CLERC (note 533), art. 7 I LCart N 68.

⁵⁷⁶ Arrêt de la CJCE du 14.11.1996 C-333/94P, N 31 s. et 48, *Tetra Pak International SA*.

nécessairement besoin de l'accès à l'IDI coaxiale pour fonctionner. Ainsi, Naxoo sauvegarde au mieux ses intérêts économiques, vu que l'offre télévisuelle disponible par satellite entre en concurrence, au moins en partie, avec l'offre triple play de base de Naxoo (N 89 et 452).⁵⁷⁷

B.4.3.2 Les pratiques illicites de Naxoo en détail

488. Une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart comprend toutes les pratiques d'entreprises en position dominante qui ont des effets économiques dommageables ou qui entravent la liberté économique d'autres entreprises.⁵⁷⁸ Chaque abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart peut directement être sanctionné, notwithstanding la subsomption sous l'art. 7 al. 2 LCart.⁵⁷⁹ Ainsi, la subsomption sous l'art. 7 al. 2 LCart est moins déterminante que celle sous l'art. 7 al. 1 LCart. Finalement, vu qu'une pratique illicite d'une entreprise en position dominante ne peut être retenue que si tous les éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 LCart sont remplis, les différentes pratiques mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart peuvent être soumises au même niveau élevé d'exigence.⁵⁸⁰

Naxoo estime dans sa prise de position que la formulation extrêmement large de l'art. 7 al. 1 LCart ne fournit pas un degré de prévisibilité suffisant pour permettre d'imposer une sanction en dehors de tout rattachement à l'une des situations décrites à l'art. 7 al. 2 LCart.⁵⁸¹ Cette affirmation est toutefois contraire à la dernière jurisprudence en la matière.⁵⁸²

489. L'art. 7 al. 2 LCart dresse donc une liste exemplative de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante, dans la mesure où elles ne sont pas justifiées par un intérêt commercial légitime.

490. En l'espèce, il est retenu non pas plusieurs comportements différents de la part de Naxoo, mais un seul comportement (voir N 614), susceptible de remplir les conditions suivantes de l'art. 7 al. 2 LCart:

1. refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart);
2. imposition de conditions commerciales inéquitable (art. 7 al. 2 let. c LCart);
3. limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart).

491. Ces trois points sont examinés en détail ci-dessous.

B.4.3.3 Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart)

492. Afin de déterminer si l'interdiction visée à l'art. 7 al. 2 let. a LCart doit être retenue, les quatre conditions suivantes doivent être cumulativement remplies:⁵⁸³

- a. le comportement incriminé consiste en un refus d'entretenir des relations commerciales;
- b. le refus porte sur un input objectivement nécessaire afin de pouvoir accéder à une concurrence efficace sur un marché connexe ou situé en aval;
- c. le refus produit des effets anticoncurrentiels;
- d. le refus ne peut pas être justifié par des considérations commerciales légitimes.

B.4.3.3.1 Refus d'entretenir des relations commerciales

a. Remarque théorique

493. Un refus d'entretenir des relations commerciales doit être démontré pour qu'un abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart puisse être retenu. En d'autres termes, un potentiel partenaire commercial doit avoir essayé de construire une relation commerciale et communiqué dans ce but avec l'entreprise en position dominante.

b. En l'espèce

494. Pour la majorité des immeubles examinés dans le cadre de l'enquête, soit l'Hôtel particulier sis Rue Lefort, les immeubles sis Route de Malagnou ainsi que celui sis Rue Abraham-Gevray, ceux-ci ont au final été raccordés au télé-réseau de Naxoo, ce à quoi s'ajoute que des systèmes satellitaires y sont également présents (N 298, 299 et 300). Il en va aussi ainsi de l'immeuble sis Boulevard des Tranchées et cité par Naxoo, raccordé au télé-réseau de Naxoo et équipé d'un système satellitaire.⁵⁸⁴ Vu que ces immeubles ont au final été raccordés au télé-réseau et équipés d'un système satellitaire, il y a lieu de constater que la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée pour ces immeubles. En revanche, Naxoo a toujours impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification avant de raccorder un immeuble.⁵⁸⁵ La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitable par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

495. En ce qui concerne [...] Rue Cramer, celle-ci n'a jamais été raccordée au télé-réseau de Naxoo. Naxoo a indiqué que le raccordement au télé-réseau aurait seulement été reporté du fait du caractère incomplet du dossier technique présenté par Gératronic (N 297). Vu les explications données par Naxoo dans son courrier du 25 février 2013 (daté par erreur de 2012) et dans sa prise de position⁵⁸⁶, il est difficile de retenir d'emblée que Naxoo aurait refusé de raccorder cet immeuble en raison de la seule présence du système Supermédia ou du fait qu'un système tiers était envisagé. Vu les déclarations contradictoires de Naxoo et de M. Morales,⁵⁸⁷ ainsi

⁵⁷⁷ A 5, réponse 5; A 17, réponse 2.

⁵⁷⁸ Voir arrêt du TAF, DPC 2015/3, 636 consid. 388, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁵⁷⁹ Voir arrêt du TAF, DPC 2015/3, 664, 665 et 667 consid. 579, 591 et 602, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁵⁸⁰ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 621 (n'est pas encore en force).

⁵⁸¹ A 198, N 633.

⁵⁸² Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 436 et 441 à 443, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵⁸³ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 615 (n'est pas encore en force); DPC 2011/1, 144 N 306 ss, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force); MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), Bâle 2010, art. 7 LCart N 121 ss.

⁵⁸⁴ A 198, N 16.

⁵⁸⁵ Voir par ex. annexes à l'A 23; A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 28.; A 212, annexes 4 à 11.

⁵⁸⁶ A 1, annexe 7; A 198, N 390 ss.

⁵⁸⁷ A 154, réponse 3a.

que le fait qu'aucune CRI n'a au final été signée pour cet immeuble (N 277), le doute doit profiter à Naxoo et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. En revanche, Naxoo avait, ici également, impérativement exigé la signature de sa CRI sans modification.⁵⁸⁸ La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitable par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

496. En ce qui concerne la Résidence [...], celle-ci n'a jamais été raccordée au téléseu de Naxoo. Naxoo a indiqué que le retour sur investissement n'aurait pas été suffisant (N 301). Vu les explications données par Naxoo dans sa prise de position du 16 octobre 2017, il ne peut pas d'emblée être exclu que le refus de Naxoo de raccorder ce complexe était dû à des circonstances très particulières. Le doute doit ici également profiter à Naxoo, et il ne peut être retenu un refus d'entretenir des relations commerciales dans ce cas. Il n'en demeure pas moins que le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité (solution « tout Téléseu »), Naxoo retirait son offre de relier cette résidence au téléseu (N 280). La question de l'imposition de conditions commerciales inéquitable par la CRI est traitée dans le cadre de l'examen de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 498 ss).

B.4.3.3.2 Conclusion intermédiaire

497. Vu ce qui précède et sur la base du dossier, la condition du refus d'entretenir des relations commerciales n'est pas donnée. Partant, toutes les conditions pour retenir un refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart ne sont pas remplies.

B.4.3.4 Imposition de conditions commerciales inéquitable (art. 7 al. 2 let. c LCart)

B.4.3.4.1 Remarques théoriques

498. L'art. 7 al. 2 let. c LCart porte sur l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable en tant qu'exemple de pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. L'imposition de conditions commerciales inéquitable est l'une des conséquences les plus nuisibles de la détention d'une position dominante.⁵⁸⁹ Par de telles pratiques, les entreprises puissantes sur le marché essaient de maximiser leur profit en utilisant l'absence de concurrence afin d'exploiter les acteurs situés soit en aval, soit en amont. Il convient d'évaluer si les conditions commerciales sont raisonnables par rapport aux prestations d'une entreprise dominant le marché. Cette question ne peut être résolue que dans chaque cas particulier. Des conditions commerciales sont inéquitable quand elles sont manifestement injustes eu égard aux circonstances du cas d'espèce.⁵⁹⁰

499. Afin de retenir un abus au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 7 al. 2 let. c LCart, les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies.⁵⁹¹

- a. le comportement examiné doit viser les prix ou d'autres conditions commerciales;
- b. les prix ou les autres conditions commerciales sont imposés par l'entreprise en position dominante;

- c. les prix ou les autres conditions commerciales s'avèrent inéquitable;
- d. le comportement respectivement les prix ou les autres conditions commerciales inéquitable ne peuvent être justifiés par des considérations commerciales légitimes.

500. La question de savoir si le comportement examiné doit en plus entraîner une entrave à la concurrence sera examinée à l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus (N 543 ss).

B.4.3.4.2 Prix ou autres conditions commerciales

501. Le libellé de l'art. 7 al. 2 let. c LCart vise tant les prix que toutes les autres conditions commerciales, sans qu'une distinction particulière ne soit nécessaire entre les deux. La notion de conditions commerciales recouvre notamment les restrictions de la liberté d'action que l'entreprise dominante impose à ses partenaires,⁵⁹² la notion étant la même pour les lettres b et c de l'art. 7 al. 2 LCart.⁵⁹³ Plus généralement, la notion de conditions commerciales couvre toutes les modalités contractuelles qui ne concernent pas les prix.⁵⁹⁴

502. Le cas d'espèce porte sur les conditions commerciales fixées par Naxoo et que celle-ci impose ou tente d'imposer aux propriétaires. Ces conditions commerciales – soit en premier lieu la CRI puis le cas échéant les Contrats de raccordement individuel ou collectif – donnent la possibilité à Naxoo de couper tout ou partie de ses services si une installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo (N 246 ss). Or, le terme d'*installation intérieure* est très général et va au-delà du terme d'*ID/coaxiale*, ce à quoi s'ajoute qu'il ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.).

503. Dans sa prise de position, Naxoo conteste que la simple possibilité de résilier la CRI en cas de perturbations techniques puisse être considérée comme inéquitable.⁵⁹⁵ Certes, mais ce n'est pas ce qui lui est reproché vu que ce n'est pas ce que prévoit l'art. 9.4 de la CRI dans sa teneur jusqu'en juillet 2015. En effet, cette disposition donne la possibilité à Naxoo de résilier la CRI si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo, et pas seulement en cas de perturbations techniques. Il s'agit là d'une distinction fondamentale que Naxoo ne peut ignorer.

⁵⁸⁸ A 6, annexes 10.

⁵⁸⁹ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 151.

⁵⁹⁰ Message 1995 (note 521), 567.

⁵⁹¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 292.

⁵⁹² Message 1995 (note 521), 567.

⁵⁹³ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 162.

⁵⁹⁴ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 277, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁵⁹⁵ A 198, N 755.

504. Par ailleurs, les Contrats de modernisation des IDI (coaxiales) de Naxoo prévoient qu'en échange de la modernisation, Naxoo obtient l'usage exclusif des IDI pour une durée de cinq ans, une option de sortie n'étant proposée que deux ans après la modernisation et contre rémunération (N 261 ss). Par ces contrats, Naxoo s'arroge contractuellement l'accès exclusif aux IDI coaxiales qui ne sont pourtant pas de sa propriété, écartant ainsi toute possibilité pour un tiers d'accéder également aux IDI coaxiales en parallèle, même pour des services n'interférant pas avec le télé-réseau.

505. Il s'agit ainsi en l'espèce de conditions commerciales visant à monopoliser les IDI coaxiales en faveur d'un raccordement au télé-réseau seul, excluant ainsi tout raccordement au satellite ou à un autre service tiers qui nécessiterait aussi l'utilisation de l'IDI coaxiale. L'exclusion de tout accès de tiers aux installations intérieures affecte la concurrence sur les différents marchés situés en aval et, partant, sur la consommation de services de télécommunication par les consommateurs. L'élément constitutif du comportement visant des conditions commerciales est en conséquence rempli.

506. Il est encore à noter que de telles conditions commerciales visant à restreindre ou entraver la concurrence pourraient également soulever la question d'un examen sous l'angle de l'art. 5 LCart. Un examen tant sous l'angle de l'art. 7 que de l'art. 5 LCart n'est en effet pas exclu vu que de façon générale, des cas de concours idéal d'infractions sont possibles. En l'espèce toutefois, soit les conditions commerciales ont été refusées, soit elles ont été forcées vu que les propriétaires d'immeubles n'avaient pas le choix, raison pour laquelle les faits ne seront pas examinés sous l'angle de l'accord.⁵⁹⁶

B.4.3.4.3 Imposition

507. Le TF a jugé que le critère de l'imposition possède une signification distincte, à savoir que cet élément ne découle pas de la seule existence d'une position dominante.⁵⁹⁷ Plus loin, il a précisé qu'un asservissement économique complet n'était toutefois pas nécessaire. L'art. 7 LCart protège en particulier les concurrents ou partenaires commerciaux contre des entraves abusives, imputables à des entreprises dominant le marché, dans leurs activités commerciales, ou contre des désavantages contraires à la concurrence, subis par eux ou par les consommateurs. Des prix exagérément élevés ou des conditions commerciales inéquitables peuvent cependant également être acceptés volontairement pour des raisons commerciales et, par conséquent, dans le propre intérêt du partenaire commercial. Toujours selon le TF, il n'est pas nécessaire d'élucider si, pour qu'un abus de marché soit réalisé, le consentement aux clauses commerciales inéquitables doit survenir contre la volonté du partenaire commercial, ou s'il suffit que le partenaire se soumette à ces conditions, contre son propre intérêt, uniquement en raison de la situation du marché. Une situation d'abus de marché suppose au moins que le partenaire commercial n'ait rien à opposer à la pression économique ou qu'il ne puisse pas se soustraire à cette pression, celle-ci résultant de la domination du marché.⁵⁹⁸

508. Après avoir résumé la situation doctrinale et jurisprudentielle, le TAF a plus récemment posé le principe que pour retenir l'imposition, il suffit que l'entreprise en position dominante soit en mesure d'entraîner son partenaire commercial à adopter ses conditions commerciales inéquitables, ou que le partenaire commercial n'ait aucune possibilité raisonnable d'y échapper.⁵⁹⁹ Il n'est toutefois pas nécessaire de prouver que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29 et 30 CO^{600, 601}

509. Les exigences quant à la contrainte exercée par l'entreprise dominante ne doivent pas être trop élevées. Il suffit de démontrer que l'entreprise dominante fait pression, même de manière implicite, sur le partenaire commercial. Par ailleurs, il suffit que l'entreprise dominante ait tenté d'imposer des conditions commerciales inéquitables durant les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial ait renoncé à conclure le contrat pour cette raison.⁶⁰² A préciser encore que le fait que les partenaires commerciaux continuent à conclure avec l'entreprise dominante pour poursuivre leur activité ne permet pas d'exclure le caractère excessif des conditions commerciales.

510. Dans le cas d'espèce, les propriétaires d'immeubles se doivent de proposer la possibilité de recevoir le télé-réseau à leurs locataires ou futurs propriétaires afin – comme l'indique Naxoo à juste titre – de permettre aux habitants de disposer d'un véritable choix entre différentes alternatives⁶⁰³ et de garantir une vraie plus-value aux biens immobiliers⁶⁰⁴. Les spécificités du marché en Ville de Genève (N 34 ss) rendent indispensable de pouvoir offrir la possibilité de choisir le télé-réseau, même si en fin de compte le locataire ou le futur propriétaire choisit des services auprès d'un autre prestataire (N 466). Naxoo disposant d'une position dominante en Ville de Genève sur le marché du raccordement au télé-réseau, les propriétaires n'ont d'autre choix

⁵⁹⁶ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 784 (n'est pas encore en force).

⁵⁹⁷ ATF 137 II 199, consid. 4.3.4, *Terminierungspreise im Mobilfunk*; arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force). Selon CLERC/KÉLLEZI, il s'agirait toutefois de circonstances particulières entourant une réglementation sectorielle, et l'« imposition » ne constituerait donc pas un élément distinct du comportement abusif en dehors des circonstances particulières du cas ou celles découlant d'une réglementation sectorielle, CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 181.

⁵⁹⁸ ATF 137 II 199, consid. 4.3.5, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

⁵⁹⁹ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 s. et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁰⁰ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations, CO; RS 220).

⁶⁰¹ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁰² Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 281 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force); CR CONCURRENCE-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 179 et 183.

⁶⁰³ A 198, N 729.

⁶⁰⁴ A 53, annexe 3.

que de contracter avec Naxoo afin d'être en mesure de proposer cette possibilité de recevoir le téléseu à leurs locataires ou futurs propriétaires, et se voient ainsi contraints d'accepter les conditions commerciales de Naxoo. L'enquête a démontré que si les propriétaires refusaient, ils se trouvaient généralement contraints de se tourner vers une solution TNT (N 297 et 300) ou de construire une seconde IDI coaxiale (N 299 et 300), alors qu'une telle construction n'est pas toujours nécessaire (N 368). La menace de ne pas raccorder l'immeuble au téléseu en l'absence de signature d'une CRI – et donc en l'absence d'exclusivité sur l'installation intérieure de l'immeuble – est ainsi le moyen de pression principal utilisé par Naxoo, au minimum de manière implicite. Le fait que des propriétaires acceptent les conditions commerciales de Naxoo n'y change rien.⁶⁰⁵

511. Dans sa prise de position, Naxoo avance qu'à partir du moment où la partie cocontractante peut résister mais décide de ne pas le faire et d'entamer des relations contractuelles avec l'entreprise en position dominante, cette dernière ne se comporterait pas de manière abusive vu qu'il manque le lien de causalité nécessaire.⁶⁰⁶ En l'occurrence, les propriétaires qui résisteraient se trouveraient dans l'impossibilité de proposer la possibilité de recevoir le téléseu à leurs locataires ou futurs propriétaires, alors que cela n'est pas dans leur intérêt selon les propres déclarations de Naxoo.⁶⁰⁷ Or, l'imposition provient de cette nécessité, qui découle de la position dominante de Naxoo. La remarque de Naxoo n'est ainsi pas pertinente vu qu'en l'espèce, il n'est pas égal pour le cocontractant d'entamer des relations contractuelles ou non avec l'entreprise en position dominante, mais cela est *nécessaire* pour le cocontractant, vu que *c'est dans son intérêt* en premier lieu, ainsi que dans *l'intérêt des locataires ou futurs propriétaires* en second lieu. En l'espèce par ailleurs, le seul partenaire possible du cocontractant est l'entreprise en position dominante, soit Naxoo.

512. Partant, la condition de l'imposition est également donnée.

B.4.3.4.4 Caractère inéquitable des conditions commerciales

513. Déterminer de façon générale si une condition commerciale est inéquitable ou non est impossible. Cela doit être examiné à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Il ne doit pas être tenu compte uniquement de la gravité de l'atteinte à la libre concurrence du partenaire commercial lors de l'examen du caractère inéquitable de conditions commerciales, mais également des entraves éventuelles imposées à des sociétés tierces.⁶⁰⁸ Conformément au principe de proportionnalité, il faut que les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté de concurrence des partenaires commerciaux, voire d'entreprises concurrentes, soient dans un rapport raisonnable.⁶⁰⁹

514. A préciser que le caractère inéquitable des conditions commerciales est aggravé lorsque celles-ci constituent en plus une entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché. Lorsque les conditions commerciales en cause affectent à la fois les partenaires commerciaux et les concurrents de l'entreprise

dominante, celle-ci a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché.⁶¹⁰

515. Il sera démontré ci-dessous que les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables non seulement par rapport aux propriétaires d'immeubles, mais également par rapport aux sociétés tierces ou encore aux consommateurs.

516. Premièrement, les propriétaires d'immeubles ne sont pas libres de contracter avec une société tierce comme Géatronc en plus de Naxoo pour le téléseu, cela afin d'offrir une plus-value à leurs biens immobiliers et des services supplémentaires aux consommateurs. Les conditions commerciales – par lesquelles Naxoo s'arroge l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures ou qui laissent entendre que Naxoo ne raccordera pas l'immeuble au téléseu si l'installation intérieure n'est pas utilisée exclusivement pour l'accès à des services fournis par Naxoo – sont ainsi inéquitables déjà pour les propriétaires d'immeubles, qui se voient notablement limités dans le choix de services pourtant techniquement compatibles entre eux (N 368).

517. Deuxièmement, les sociétés tierces, comme Géatronc, se voient entravées dans leurs possibilités d'entrer sur le marché et d'exercer leur activité commerciale. Cette entrave intervient sans raison vu qu'un système tiers peut cohabiter avec le téléseu suivant la configuration des installations (N 368). En conséquence et ici également, les conditions commerciales de Naxoo sont inéquitables pour les sociétés tierces.

518. Finalement, les consommateurs se trouvent limités sans raison dans leur choix de services de télécommunication, en tant que conséquence de l'entrave pour les sociétés tierces à l'accès aux installations intérieures.

519. Ainsi et en vertu de ce qui précède, il doit être retenu qu'avec ses conditions commerciales, Naxoo vise à s'accaparer des installations intérieures des immeubles vu l'exclusivité qu'elle cherche à obtenir. Cela réduit également le choix des consommateurs. En outre, Naxoo ne limite pas son comportement à ce qui est raisonnablement indispensable à son activité économique, vu qu'elle est déjà en position dominante sur le marché du raccordement au téléseu et puissante dans la fourniture de l'offre de base triple play (N 386 ss et N 464). Les intérêts de Naxoo et l'atteinte à la liberté des partenaires commerciaux (propriétaires d'immeubles)

⁶⁰⁵ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 791 et la référence citée (n'est pas encore en force); CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 183.

⁶⁰⁶ A 198, N 458 ss.

⁶⁰⁷ A 198, N 729; A 53, annexe 3.

⁶⁰⁸ Message 1995 (note 521), 567; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 166 ss; voir aussi arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 278, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁰⁹ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 176; arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 279 et les références citées, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶¹⁰ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 178 et les références citées.

ainsi que des entreprises tierces (installateurs de systèmes satellitaires notamment) ne sont pas dans un rapport raisonnable et proportionné en l'espèce. La coexistence du télé-réseau d'UPC avec le système Supermédia dans certaines configurations (N 363) montre pourtant qu'il est possible d'exercer une activité économique dans le domaine du télé-réseau sans toutefois imposer des conditions commerciales inéquitables et disproportionnées, ce que Naxoo a d'ailleurs également démontré, mais bien trop tardivement (N 365 ss). En conséquence pour Naxoo, la condition du caractère inéquitable est donnée.

B.4.3.4.5 Absence de considérations commerciales légitimes

a. Remarques théoriques

520. Le comportement d'une entreprise en position dominante est uniquement illicite s'il n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes (*legitimate business reasons*).⁶¹¹ Dans ce cadre, une distinction doit être opérée entre les motifs justificatifs objectifs et les motifs justificatifs d'efficacité.⁶¹² La pratique de la COMCO s'appuie par ailleurs sur la pratique de la Commission européenne.⁶¹³

521. Les motifs justificatifs *objectifs* portent en premier lieu sur des motifs d'ordre économique (« principes commerciaux »⁶¹⁴). Ceux-ci sont donnés si le comportement en question est objectivement nécessaire.⁶¹⁵ Une entreprise en position dominante agit en principe d'une manière objectivement justifiable si elle ne se comporte pas différemment d'une entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché.⁶¹⁶

522. Les motifs justificatifs d'*efficacité* entrent ensuite également en considération en tant que motifs justificatifs.⁶¹⁷ Ceux-ci sont uniquement donnés si le principe de proportionnalité est respecté. Cela signifie notamment qu'il n'existe aucune autre possibilité d'adopter un comportement différent et moins susceptible de fausser la concurrence (principe de l'indispensabilité).⁶¹⁸

523. En matière de refus d'entretenir des relations commerciales, il doit en particulier être examiné si ces refus sont nécessaires à l'entreprise dominante afin de protéger les investissements ou garantir l'incitation à innover.⁶¹⁹

524. A préciser finalement que si le refus est inspiré par un motif anticoncurrentiel, le fait qu'il vise aussi un objectif légitime ne suffit pas nécessairement à le justifier.⁶²⁰

b. Examen des motifs justificatifs objectifs

525. L'examen des motifs justificatifs objectifs porte avant tout sur des facteurs techniques.⁶²¹

526. En l'espèce, les potentiels motifs justificatifs objectifs avancés par Naxoo ont varié depuis l'observation de marché, et cela jusqu'aux auditions devant la COMCO.

527. Au début de l'observation de marché, Naxoo a dans un premier temps fait valoir des problèmes liés aux abonnements individuels des usagers, en avançant une impossibilité pour elle de plomber (le cas échéant) la prise du consommateur dans l'hypothèse où le signal du satellite serait mélangé à celui de Naxoo.⁶²² La plupart

des immeubles sont généralement configurés en étoile (N 52), ce qui permet selon Naxoo de connecter au télé-réseau ou déconnecter du télé-réseau une UH de manière indépendante, sans même intervenir dans l'UH elle-même.⁶²³ Ainsi, en configuration B par exemple (N 73), Naxoo était en mesure de déconnecter une UH de façon indépendante, sans plomber physiquement la prise du consommateur. Par ailleurs, il ressort des schémas au dossier que la prise présente chez le consommateur contient plusieurs « trous », et que le signal du satellite n'utilise pas le même « trou » que le télé-réseau.⁶²⁴ Il n'aurait ainsi pas été insurmontable pour Naxoo de prévoir un moyen technique simple permettant uniquement de plomber le « trou » principalement utilisé par le télé-réseau, et non celui utilisé par le satellite. Cela aurait été possible en configuration A sans voie de retour par exemple (N 72 et 351 s.). Finalement, quand bien même il serait impossible de plomber une partie de la prise ou de déconnecter une UH individuellement à cause d'une configuration du réseau en série, il existe très vraisemblablement d'autres moyens moins dommageables afin de résoudre cette question sans qu'il ne soit nécessaire de suspendre immédiatement le raccordement au télé-réseau de tout un immeuble. Il n'y a donc ici aucun motif justificatif objectif valable de la part de Naxoo.

528. Dans un deuxième temps, Naxoo a invoqué la maintenance technique au début de l'observation de marché. Selon elle, l'insertion du système Supermédia entre la boîte d'injection et la prise poserait non seulement des problèmes de diagnostics aux équipes techniques de Naxoo, mais également d'attribution des responsabilités entre Gérardtronic et Naxoo.⁶²⁵ Ce grief n'est

⁶¹¹ DPC 2010/1, 167 N 325, *Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁶¹² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 65 ss.

⁶¹³ Voir DPC 2011/1, 165 N 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force).

⁶¹⁴ Message 1995 (note 521), 564.

⁶¹⁵ Voir 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 28 ss.

⁶¹⁶ Voir décision de la REKOWEF, DPC 2004/3, 884 s. consid. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG*; voir aussi DPC 2008/4, 579 N 174 s., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 50.

⁶¹⁷ Voir DPC 2004/3, 798 ss, N 69 ss, *Ticketcorner*; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 615), N 30; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 63 ss.

⁶¹⁸ Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 69 ss et 135; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 615), N 28 ss.

⁶¹⁹ Voir BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 132 ss; Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 615), N 89 s.; Commission UE, COMP/C-3/37.792 du 24.3.2004, *Microsoft*, N 709 ss.

⁶²⁰ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 53.

⁶²¹ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 685 (n'est pas encore en force).

⁶²² A 5, réponse 2, p. 3.

⁶²³ A 115, réponse 48a; A 222, réponse 1.

⁶²⁴ A 1, annexe 3.

⁶²⁵ A 5, réponse 2, pp. 3 s.

pas pertinent. En effet et pour une situation technique identique, UPC n'exclut pas d'emblée toute cohabitation avec un système tiers, comme y procède pourtant Naxoo. A cela s'ajoute que selon une déclaration de Naxoo de juin 2013, « *la seule possibilité [...] consisterait à décliner toute responsabilité pour les défaillances survenant sur un réseau partagé avec le système Géra-tronic au-delà du point de mélange* ». ⁶²⁶ C'est bien ce qu'a fait UPC en mai 2005 par simple courrier, mais pas Naxoo. ⁶²⁷ Celle-ci s'est bien plutôt contentée de gagner du temps, pour finalement ne pas trouver de solution en matière d'attribution de responsabilité (N 302 à 311). Retenir un motif justificatif objectif dans une telle situation reviendrait à tolérer le comportement anticoncurrentiel de Naxoo. Partant, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu à ce titre.

529. Le Secrétariat ayant informé Naxoo que les motifs justificatifs avancés jusqu'alors n'en constituaient pas, ⁶²⁸ Naxoo a alors invoqué pour la première fois en octobre 2013 des potentiels problèmes techniques dus à un éventuel futur chevauchement des gammes de fréquences utilisées par le télé-réseau et la gamme de fréquences utilisée par les systèmes tiers. Selon Naxoo, « *les gammes de fréquences utilisées par les deux systèmes sont déjà trop proches, de sorte qu'il n'est pas possible d'exclure, aujourd'hui déjà, des perturbations sur les systèmes dues à leur coexistence sur un même support* ». ⁶²⁹ Or, Naxoo a fini par admettre lors de son audition qu'il n'y avait en réalité pas eu de chevauchement des bandes de fréquences pendant la période de l'enquête, ⁶³⁰ ce qui est confirmé par son expertise privée (N 342). En conséquence et ici également, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu.

530. Dans sa prise de position du 16 octobre 2017, Naxoo avance un nouveau motif justificatif potentiel, appuyé par son expertise privée. En effet selon elle, le couplage de signaux DVB-C (télé-réseau) et DVB-S (satellite) sur une même IDI coaxiale engendrerait l'impossibilité pour les consommateurs de bénéficier des services Internet et téléphonie de Naxoo (pas de triple play possible), et l'impossibilité correspondante pour Naxoo d'offrir ces services. ⁶³¹ Naxoo se contredit toutefois doublement à ce sujet lors de son audition. D'une part, Naxoo indique que la voie de retour, qui est « le chemin de l'utilisateur », fonctionne, ⁶³² alors qu'elle indiquait précédemment et qu'elle l'indique encore dans la suite de son audition qu'il n'y a pas de voie de retour en cas de mixage. ⁶³³ D'autre part, Naxoo indique que le problème c'est qu'il n'y a pas de réponse à la requête du client puisque la réponse ne peut pas être transmise sur la bande de fréquence Internet occupée par le satellite. ⁶³⁴ Or, elle venait de mentionner qu'il n'y a pas eu de chevauchement des fréquences tant pendant l'enquête qu'actuellement, et que c'est la voie de retour qui ne fonctionne pas. ⁶³⁵ Plus loin lors de son audition, Naxoo déclarera encore que c'est en fait le boîtier de mélange SPAUN qui engendrerait la disparition de la voie retour. ⁶³⁶ Cela laisse à penser que Naxoo ne connaît pas l'origine réelle des problèmes, et que rien n'indique que ces problèmes sont effectivement issus du mixage entre le télé-réseau et le satellite.

531. Le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'avait jamais été invoqué en tant que tel par

Naxoo avant sa prise de position, et il en va de même d'un éventuel problème qui proviendrait du boîtier de mélange SPAUN (N 77) ⁶³⁷ – boîtier et terme mentionnés pour la première fois lors de l'audition. Naxoo avait bien mentionné la qualité de transmission des données sur la « voix de retour » en vrac parmi d'autres potentiels motifs dans un courrier du 17 octobre 2013, ⁶³⁸ mais elle l'a fait en ignorant la source réelle du problème, et en ignorant si le système Supermédia en était bien la cause. Naxoo l'admettra d'ailleurs à deux reprises, une fois lors de son audition (« *On a imaginé les problèmes théoriques que cela pouvait poser. Quand les techniciens ont eu accès aux immeubles [le 5 octobre 2017], ils ont compris les problèmes techniques* ») ⁶³⁹, puis dans un courrier du 5 décembre 2017 (« *il s'est avéré difficile de mettre en relation les problèmes signalés aux équipes techniques de naxoo avec la présence du système Supermédia dans un immeuble. Ce n'est qu'au cours des derniers mois, voire des semaines écoulées, que le lien a pu être établi, notamment grâce aux vérifications effectuées sur la base de la liste d'immeubles disposant du Supermédia* ») ⁶⁴⁰. Or, une entreprise ne saurait être admise à invoquer en quelque sorte préventivement, en vrac et de façon purement théorique toutes sortes de motifs non vérifiés, cela afin qu'elle puisse justifier un comportement anticoncurrentiel en se basant des années après sur le fait que, pratiquement par hasard, un des motifs invoqués en vrac et à titre purement théorique se soit au final révélé vaguement correct.

532. En l'espèce, le motif de perturbation ou de disparition de la voie de retour n'entrerait de toute manière en ligne de compte que pour une configuration bien particulière. La question peut toutefois rester ouverte vu que, d'une part, rien n'indique que le système Supermédia est 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 de Naxoo dans sa première teneur ne tient compte ni des différentes configurations possibles d'un immeuble, ni de la volonté des propriétaires (N 368 s.).

533. En conclusion et en vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif objectif ne saurait être retenu pour des conditions commerciales inéquitables ayant une portée aussi générale. Il convient toutefois d'examiner encore l'existence d'éventuels motifs justificatifs d'efficacité.

⁶²⁶ A 5, réponse 2, p. 4.

⁶²⁷ A 1, annexe 5; voir aussi A 10.

⁶²⁸ Par exemple A 7.

⁶²⁹ A 12, pp. 2 ss.

⁶³⁰ A 222, réponse 3, p. 4 et réponse 4, p. 5.

⁶³¹ A 198, N 18, 53 ou encore 455 parmi d'autres.

⁶³² A 222, réponse de [...] début de la p. 5 sur questions du Président en fin de p. 4.

⁶³³ A 222, réponse 3.2 en p. 4 de [...] et réponse 4 en p. 5 de [...].

⁶³⁴ A 222, réponse 4 en p. 5 de [...].

⁶³⁵ A 222, pp. 4 s.

⁶³⁶ A 222, réponse 5, pp. 6 et 7.

⁶³⁷ A 222, réponse 5, p. 7.

⁶³⁸ A 12, p. 3.

⁶³⁹ A 222, réponse 4, p. 5 *in fine*.

⁶⁴⁰ A 225, Titre 2, p. 2.

c. Examen des motifs justificatifs d'efficacité

534. Valent pour motifs justificatifs d'efficacité les motifs justificatifs qui sont propres à compenser, voire même à supplanter les coûts sociaux de l'entrave à la concurrence.⁶⁴¹ En matière de motifs justificatifs d'efficacité, la pratique de la COMCO demande à ce qu'un certain nombre de conditions soient cumulativement données.⁶⁴²

535. En ce qui concerne la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité, Naxoo motive le retrait de son offre en indiquant par exemple dans un courrier du 20 mai 2008: « *Votre décision de choisir le système commuté [...] nous conduit à retirer notre offre, car nous ne pourrions jamais atteindre le retour sur investissement nécessaire au déploiement et la mise en place d'un tel projet [soit un projet ne prévoyant que le téléseu]* ». ⁶⁴³ Toutefois, Naxoo ne peut pas d'un côté refuser de relier un complexe immobilier entier 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 le complexe au téléseu. En effet, les services de Naxoo auraient été consommés de toute manière par le biais de contrats de raccordement individuel ou collectif, vu qu'en réalité, aucun propriétaire n'installerait cumulativement le téléseu et un système satellitaire collectif si ces deux services étaient parfaitement substituables dans l'optique des propriétaires. Il faut également garder à l'esprit que l'IDI coaxiale est entièrement financée par le propriétaire, qui en acquiert la propriété. Partant, lors de la construction de nouveaux immeubles (voir tous les cas exposés aux N 296 ss), la question d'une éventuelle modernisation de l'IDI coaxiale est sans objet vu que cette dernière est neuve. Quant aux autres investissements effectués par Naxoo, ceux-ci portent selon toute vraisemblance sur des éléments nécessaires au fonctionnement du téléseu, et qui sont donc essentiels pour Naxoo indépendamment de la présence ou non d'un système tiers sur l'IDI coaxiale. A relever encore que le raccordement d'un immeuble au Réseau Naxoo, même si aucune UH ne devait au final bénéficier de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif), n'est pas dénué d'intérêt pour Naxoo 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 que s'il avait fallu passer d'un immeuble à l'autre par la voie publique.⁶⁴⁴

536. Parlant de la Résidence [...], Naxoo indique dans sa prise de position que s'agissant du nécessaire amortissement de l'investissement réalisé en cas de raccordement au téléseu, le Secrétariat perdrait de vue que les propriétaires et consommateurs demeurent libres de conclure ou pas un contrat de raccordement collectif ou individuel. Ainsi, le seul raccordement ne générerait aucun revenu pour Naxoo, mais bien la conclusion d'abonnements.⁶⁴⁵ Certes, mais la réflexion de Naxoo est valable indépendamment de la présence ou non d'un système tiers, d'autant plus que la résidence était aussi raccordée au réseau Swisscom. Naxoo ajoute encore à juste titre que « *[C]'est donc afin de permettre aux habi-*

tants de la résidence de disposer d'un véritable choix que le propriétaire avait intérêt à proposer diverses alternatives. C'est du reste ce souci qui incite les propriétaires à intégrer diverses IDI en parallèle (câble, cuivre, fibre optique) dans leurs immeubles ». ⁶⁴⁶ Naxoo résume ici parfaitement l'objet de l'enquête, à savoir que c'est effectivement afin de permettre aux habitants d'un immeuble de disposer d'un véritable choix que le propriétaire a intérêt à proposer diverses alternatives, et c'est ce qui incite ce dernier à intégrer diverses technologies en parallèle. Un système satellitaire comme le système Supermédia est une de ces alternatives, alternative que Naxoo s'est attelée à écarter.

537. L'argument de Naxoo de l'absence de retour sur investissement si l'option « téléseu uniquement » n'est pas choisie est donc sans fondement. Naxoo cherche à faire changer les propriétaires d'avis en leur faisant comprendre que s'ils n'excluent pas d'emblée tout tiers au téléseu de l'IDI coaxiale, elle ne reliera pas les immeubles au téléseu. Le courrier du 20 mai 2008 est d'ailleurs sans équivoque à ce sujet, vu qu'il s'empresse d'ajouter que « *nous [Naxoo] sommes cependant prêts à envisager de revenir sur notre décision si la copropriété souhaitait, après réflexion, revenir à une solution tout Téléseu* ». ⁶⁴⁷ En conclusion sur ce point, la protection des investissements en tant que motif justificatif d'efficacité ne peut être retenue.

538. Il résulte également de ce qui précède que le comportement de Naxoo ne réalise pas des gains d'efficacité. En effet, on ne voit pas en quoi le fait pour Naxoo d'essayer d'écarter un tiers d'un réseau qui ne lui appartient pas (l'IDI coaxiale) et qui permet d'accéder à des services seulement partiellement concurrents à ceux de Naxoo viserait des améliorations techniques de la qualité des biens ou une réduction du coût de production ou de distribution, alors qu'une cohabitation du téléseu avec un système tiers est possible dans un certain nombre de cas (N 368). Pour cette raison déjà, il n'y aurait pas lieu d'examiner les autres conditions des gains d'efficacité, vu que celles-ci doivent être cumulativement remplies.

539. On peut toutefois relever que le comportement indispensable à la réalisation des gains d'efficacité n'est pas non plus donné. Pendant la période visée par l'enquête, les Contrats de modernisation des IDI coaxiales donnaient à Naxoo la possibilité de s'opposer à ce qu'un tiers utilise les IDI coaxiales dont elle aurait financé la modernisation (N 259 et les références au dossier citées). Or, il ne s'agit pas de la pratique la moins anticoncurrentielle possible. En effet, une solution moins anticoncurrentielle serait que les propriétaires

⁶⁴¹ Voir sur le tout BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 133 s.; *Affaire Sport im Pay-TV* (note 574), N 694 (n'est pas encore en force).

⁶⁴² *Affaire Sport im Pay-TV* (note 574), N 695 (n'est pas encore en force); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 68; voir aussi Communication relative à l'art. 82 du traité CE (note 615), N 30.

⁶⁴³ A 91, annexe 20, p. 1.

⁶⁴⁴ A 115, p. 23.

⁶⁴⁵ A 198, N 729.

⁶⁴⁶ A 198, N 729.

⁶⁴⁷ A 91, annexe 20, p. 2.

d'immeubles restent libres d'utiliser leurs IDI coaxiales à d'autres fins que la seule transmission des signaux du télé-réseau, moyennant toutefois indemnisation de Naxoo pour les investissements réalisés. Naxoo a certes entrepris une modification contractuelle allant dans ce sens, mais en 2016, après l'ouverture de l'enquête par la COMCO.⁶⁴⁸ A cela s'ajoute encore que Naxoo a démontré elle-même qu'un comportement plus nuancé et constructif était possible (N 367). Partant, la seconde condition n'est pas non plus remplie et il n'y a pas lieu de poursuivre l'examen.

540. A titre de remarque finale, il est encore relevé qu'il est possible que des immeubles soient raccordés au Réseau Naxoo par une CRI sans qu'aucune UH ne bénéficie de l'offre de base (absence de Contrat de raccordement individuel ou collectif, voir N 234). Dans un tel cas, aucune incompatibilité technique ne peut se produire sur l'IDI coaxiale entre le signal du télé-réseau et le signal satellitaire. Partant, exclusion d'office tout tiers des installations intérieures à l'art. 9.4 de la CRI, sous prétexte d'assurer la qualité de réception du signal du télé-réseau et la prévention des interférences, est un argument spécieux vu qu'au stade de la signature de la CRI, rien n'indique qu'une UH sera bien connectée au télé-réseau par la suite. Une CRI n'a donc aucune raison de se prononcer déjà sur l'état des installations intérieures, si ce n'est dans le but de consolider une position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau.

541. En vertu de tout ce qui précède, aucun motif justificatif d'efficacité ne saurait être retenu. La condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est ainsi remplie.

d. Conclusion

542. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie l'application des conditions commerciales inéquitables de Naxoo aux propriétaires d'immeubles ou aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée.

B.4.3.4.6 La question de l'entrave à la concurrence

543. A l'issue de l'examen des quatre éléments constitutifs ci-dessus, il y a encore lieu de déterminer si l'imposition de conditions commerciales inéquitables doit en plus entraîner une entrave à la concurrence.

544. Il peut premièrement être relevé que le TAF ne considère pas l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables.⁶⁴⁹ La doctrine va dans le même sens, et considère plutôt l'entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché comme une aggravation du caractère inéquitable des conditions commerciales.⁶⁵⁰ Partant, il n'y a pas lieu de retenir en l'espèce l'entrave à la concurrence comme un élément constitutif à part entière de l'imposition de conditions commerciales inéquitables.

545. Toutefois, il est constaté que le comportement de Naxoo visant à imposer strictement ses conditions commerciales (N 272 ss) entraînait des entraves à la

concurrence. Plus précisément, l'imposition des conditions commerciales permettait à Naxoo d'entraver ou d'empêcher les tiers ayant également besoin de l'IDI coaxiale d'accéder au marché si les propriétaires se résignaient à signer la CRI. En outre, les pratiques de Naxoo sont assimilables à un comportement visant à forclure le marché (N 451 s.). Or, d'une pratique de forclusion découle au moins une entrave à la concurrence effective, si ce n'est une suppression de la concurrence effective, tant sur le marché en amont que sur les marchés en aval. Dans le cas d'espèce, Naxoo entravait ou empêchait ainsi le développement de tout autre système nécessitant l'IDI coaxiale, ce qui restreignait voire éliminait l'offre télévisuelle par satellite sur les marchés du contenu situés en aval, laquelle est en concurrence avec le segment TV des offres de Naxoo (N 89).⁶⁵¹ Ceci affectait négativement la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval et permettait à Naxoo de protéger sa position, respectivement d'éviter l'érosion de sa clientèle au profit du satellite.

546. Naxoo indique dans sa prise de position que lorsque l'effet anticoncurrentiel d'une pratique est examiné, il convient d'examiner le critère de l'*equally efficient competitor*. La logique derrière ce critère selon Naxoo serait qu'un comportement dirigé contre une entreprise inefficace est inoffensif du point de vue des consommateurs. Or selon Naxoo, non seulement la solution technique du système Supermédia et son installation par Gérardronic souffriraient de défaillances techniques et ne répondraient pas aux standards de la branche, mais encore le système souffrirait d'une absence quasi totale de marketing effectuée par Gérardronic, ce qui expliquerait le quasi-anonymat de ce dernier en Ville de Genève.⁶⁵²

547. En ce qui concerne premièrement la question de l'*equally efficient competitor test*, un tel test n'est pertinent que si la structure de coûts des acteurs économiques est comparable. En l'espèce, une telle comparabilité n'est déjà pas donnée vu les très grandes différences de taille, de chiffre d'affaires et également de prestations fournies entre Naxoo et Gérardronic. A cela s'ajoute que Naxoo est en position dominante sur le marché du raccordement au télé-réseau, et qu'elle est au moins puissante dans la fourniture d'offres triple play. Elle est la seule entreprise qui dispose et exploite un télé-réseau sur son territoire d'activité. Or, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace.⁶⁵³ C'est la raison pour laquelle un *equally efficient competitor test* n'est pas adapté au cas d'espèce. Par ailleurs, le critère du concurrent aussi

⁶⁴⁸ A 115, pp. 35 s. et annexe 35, art. 7.2.

⁶⁴⁹ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁵⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 292 et 319; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 178.

⁶⁵¹ A 5, réponse 5; A 17, réponse 2.

⁶⁵² A 198, N 686 ss.

⁶⁵³ Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 59, *Post Danmark A/S/Konkurrenzeradet*.

efficace n'est qu'un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante.⁶⁵⁴ Concernant deuxièmement la question du marketing, Naxoo omet ici le fait que les consommateurs ne sont pas directement les partenaires potentiels à l'échange pour Gérardronic (N 419 ss), ce qui peut expliquer également une certaine absence de marketing ouvert et « visible » pour les consommateurs finaux. Par ailleurs et contrairement à ce qu'affirme Naxoo, le dossier contient bien du matériel marketing de Gérardronic destiné aux professionnels de la branche ou encore aux promoteurs immobiliers ou aux propriétaires, à savoir les principaux clients potentiels de Gérardronic.⁶⁵⁵ Finalement, les qualificatifs d'inefficacité et d'insuccès commercial utilisés par Naxoo pour décrire l'activité de Gérardronic – bien que non avérés – doivent dans tous les cas être mis en relation avec le travail de sappe de Naxoo envers Gérardronic entrepris depuis de nombreuses années (N 588).

548. Vu ce qui précède, le comportement de Naxoo produisait des effets anticoncurrentiels puisqu'il restreignait voire éliminait la concurrence exercée par le satellite sur le segment TV des offres de Naxoo, sur les marchés du contenu situés en aval. Partant et même si elle n'est pas nécessaire à part entière, la condition de l'entrave à la concurrence est également donnée et aggrave le caractère inéquitable des conditions commerciales.

B.4.3.4.7 Casuistique pertinente pour le cas d'espèce

a. Le cas « Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich »

549. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* récemment jugé par le TAF⁶⁵⁶ portait sur une clause de la société Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich SA (ci-après: AGH SA) relative à la billetterie. Cette clause prévoyait que lors de la prise de location du Hallenstadion, l'organisateur de l'événement en question devait commercialiser au minimum 50 % des billets au travers de la société Ticketcorner SA. Cette clause résultait d'un accord de coopération relatif à la billetterie conclu entre AGH SA et Ticketcorner SA.

550. Le TAF a en particulier retenu qu'il existait suffisamment d'indices permettant de retenir des pratiques illicites d'AGH SA au sens de l'art. 7 LCart, notamment en matière d'imposition de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.⁶⁵⁷

551. En ce qui concerne Ticketcorner SA en revanche, il est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas d'imposition par Ticketcorner SA de conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, vu que la clause relative à la billetterie n'était pas intégrée (directement) dans le contrat conclu entre l'organisateur et Ticketcorner SA en tant que condition commerciale proprement dite. Le comportement de Ticketcorner SA constitue toutefois une imposition envers des partenaires commerciaux qui tombe sous la clause générale au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.⁶⁵⁸

552. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* présente des similitudes avec la présente enquête. En effet et en l'espèce, Naxoo se réserve l'accès aux IDI

coaxiales dans les conditions commerciales qu'il soumet aux propriétaires, alors qu'un certain nombre d'entre eux souhaiteraient également raccorder leurs immeubles au satellite. Le choix des consommateurs s'en retrouve au final limité. Le cas *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* fait l'objet de recours devant le TF.

b. Le cas « Van den Bergh Foods Ltd »

553. Dans le cas *Van den Bergh Foods Ltd*⁶⁵⁹ – qui portait notamment sur une condition commerciale inéquitable, respectivement une clause d'exclusivité inéquitable –, la CJCE a jugé que lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met 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 dudit producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expansion 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.

554. La CJCE ajoute encore une remarque générale importante, à savoir que si la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il lui incombe, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun.⁶⁶⁰

555. Ce cas est très proche de la situation d'espèce si l'on remplace le producteur de glaces par Naxoo et les détaillants par les propriétaires d'immeubles. Bien que Naxoo ne mette pas l'IDI coaxiale à disposition (les congélateurs), elle en assure gratuitement la modernisation en concluant des Contrats de modernisation des IDI coaxiales, à condition qu'aucun tiers à Naxoo ne puisse accéder aux IDI coaxiales pendant une certaine durée. Naxoo incite ainsi les propriétaires d'immeubles à ne s'approvisionner qu'exclusivement auprès d'elle (soit en raccordement au téléseuil) pendant plusieurs années. Comme jugé par la CJCE, une telle clause nuit aux concurrents (par ex. Gérardronic) de l'entreprise dominante, aux intérêts des détaillants (les propriétaires d'immeubles) et finalement aux consommateurs qui se retrouvent avec un choix restreint de produits.

⁶⁵⁴ Arrêt de la CJCE du 6.10.2015 C-23/14, N 61, *Post Danmark A/S /Konkurrenzeradet*.

⁶⁵⁵ Par ex. A 1, annexes 3; A 91, annexes 10, 11 et 15.

⁶⁵⁶ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 276, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁵⁷ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 274 à 291, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁵⁸ Arrêt du TAF B-3618/2013 du 24.11.2016, consid. 429 à 441, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (n'est pas encore en force).

⁶⁵⁹ TPI, arrêt *Van den Bergh Foods Ltd* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4662, confirmé par CJCE, arrêt *Unilever Besfoods / Commission* du 28.9.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091.

⁶⁶⁰ TPI, arrêt *Van den Bergh Foods Ltd* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4720 N 158.

c. Le cas « BPB Industries et British Gypsum »

556. Dans ce cas qui portait également sur une condition commerciale inéquitable, la Commission européenne a jugé que la conclusion de contrats de fourniture exclusive avec un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché constitue une entrave à l'accès d'autres fournisseurs au marché. Plus précisément, elle a notamment jugé que « *le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive de cette position [...]* ». ⁶⁶¹

B.4.3.4.8 Conclusion intermédiaire

557. Vu les développements qui précèdent, les conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (N 499) sont remplies. Il est ainsi prouvé que Naxoo abuse de sa position dominante en imposant ou en essayant d'imposer des conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart aux propriétaires d'immeubles et par là même aux tiers qui prestent des services supplémentaires par l'entremise de l'IDI coaxiale. Les conditions commerciales de Naxoo visent à pousser les propriétaires à refuser d'entretenir des relations commerciales avec les tiers désireux d'utiliser les IDI coaxiales, ou alternativement à entraver tout tiers dans l'accès à l'IDI coaxiale. Elles excluent ainsi le marché du raccordement au satellite au profit du raccordement au télé-réseau, affectant la concurrence sur les marchés du contenu situés en aval. Ces conditions commerciales constituent par ailleurs des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

B.4.3.5 Limitation des débouchés ou du développement technologique (art. 7 al. 2 let. e LCart)

B.4.3.5.1 Remarques théoriques

558. L'art. 7 al. 2 let. e LCart – qui porte sur la limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique –, vise les pratiques d'entraves et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci. ⁶⁶² A préciser que dans le cas d'espèce, le comportement qui est reproché à Naxoo porte uniquement sur la limitation du développement technologique et des débouchés.

Naxoo indique dans sa prise de position que l'art. 7 al. 2 let. e LCart revêtirait un caractère subsidiaire et qu'une partie de la doctrine estime qu'elle doit être interprétée de manière restrictive, en ce sens que seuls les comportements qui rendent les produits ou prestations de concurrents moins attractifs sont interdits. ⁶⁶³ En l'espèce, le fait que Naxoo ait rendu Gérardon et son système Supermédia moins attractifs transparaît pour le moins du dossier (voir par ex. N 272 ss, 292 ss ou encore courrier aux propriétaires annexé à l'A 49).

559. Afin de déterminer s'il y a abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies:

- Le comportement incriminé limite artificiellement l'accès au marché; ⁶⁶⁴
- Le comportement incriminé affecte la capacité concurrentielle des concurrents;
- Le comportement incriminé n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes. ⁶⁶⁵

B.4.3.5.2 Limitation artificielle de l'accès au marché

560. Le comportement d'une entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion de concurrents. Le caractère artificiel de la limitation découle du fait qu'elle ne résulte pas de l'évolution du marché, mais 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 technologique, soit imposer à d'autres entreprises d'adopter de telles mesures limitatives. ⁶⁶⁶

561. A préciser que par « limitation des débouchés » au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart, on entend en particulier les comportements d'une entreprise en position dominante qui visent à réduire la portée marketing de la concurrence et ainsi à restreindre artificiellement l'accès de cette dernière au marché. ⁶⁶⁷ Sont ainsi concernés tant la limitation des débouchés propres que les effets sur les débouchés de concurrents. ⁶⁶⁸

562. Dans le cas d'espèce et par ses clauses contractuelles, Naxoo vise à obtenir l'exclusivité de l'utilisation des installations intérieures et ainsi à exclure tout tiers ayant également besoin d'accéder aux installations intérieures pour fournir ses services, par exemple Gérardon avec son système Supermédia. Or, un système satellitaire entre partiellement en concurrence avec les offres de Naxoo, et pourrait entraîner certains clients ou potentiels clients de Naxoo à se tourner vers un système satellitaire, au détriment des prestations de Naxoo, en particulier de son offre de base focalisée sur la TV. En agissant de la sorte, Naxoo écarte les tiers qui proposent des systèmes concurrents au télé-réseau de Naxoo

⁶⁶¹ TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission* du 1.4.1993, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, N 66 à 68.

⁶⁶² CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 234 s.

⁶⁶³ A 198, N 795.

⁶⁶⁴ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 235.

⁶⁶⁵ DPC 1999/2, 204 N 37 à 41, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*; voir aussi CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 241.

⁶⁶⁶ CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (note 539), art. 7 al. 2 LCart N 235 et les références citées.

⁶⁶⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (note 583), art. 7 LCart N 418 et 441.

⁶⁶⁸ ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e édition, Berne 2005, N 688.

sur le segment TV (N 89), des systèmes supplémentaires au téléseu ou encore des technologies innovantes. Naxoo indique dans sa prise de position que Gérardtronic ne saurait être considéré comme un *equally efficient competitor*.⁶⁶⁹ A ce sujet, il peut être renvoyé au N 546.

563. Pour prendre exemple du système Supermédia, celui-ci permet non seulement grâce à une antenne parabolique collective installée en toiture de distribuer le signal satellitaire dans l'ensemble d'un immeuble, mais également de mixer les signaux du téléseu et du satellite afin de permettre l'utilisation des deux services en parallèle. Selon un rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES à Genève, le système Supermédia permettrait au consommateur de bénéficier de toutes les fonctionnalités du téléseu (télévision, téléphone et Internet, soit le triple play), tout en offrant la possibilité de profiter également d'un système satellitaire (environ 3'500 chaînes), répondant ainsi aux besoins d'une très grande frange de la population. En matière purement télévisuelle, l'offre en nombre de chaînes serait largement supérieure via le satellite par rapport aux opérateurs traditionnels.⁶⁷⁰

564. Dans sa prise de position, Naxoo avance que le rapport de l'entreprise individuelle GM ETUDES TECHNIQUES D'ELECTRICITE MORALES est incomplet et partial.⁶⁷¹ Naxoo n'indique toutefois aucun élément qui permettrait d'affirmer que le rapport serait incomplet. De plus, le rapport considéré comme « partial » par Naxoo est daté d'octobre 2015, soit avant que l'enquête ne soit ouverte et bien avant que M. Morales n'ait connaissance du questionnaire du Secrétariat du 30 juin 2016.⁶⁷² Bien qu'on ne saurait être aussi catégorique que le rapport précité en ce qui concerne la pleine compatibilité du système Supermédia avec les services triple play de Naxoo, la présente décision a toutefois démontré qu'une cohabitation est possible pour certaines configurations (N 368 s.).

565. La condition de la limitation artificielle de l'accès au marché est ainsi donnée.

B.4.3.5.3 Atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents

566. Il y a atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents ou de potentiels concurrents lorsque cette capacité concurrentielle s'en trouve affectée négativement.

567. Dans le cas d'espèce, il y a atteinte à la capacité concurrentielle de tiers vu que le comportement de Naxoo vise à empêcher, sur les IDI coaxiales en Ville de Genève, le développement de systèmes tiers en mesure de concurrencer Naxoo sur les marchés du contenu situés en aval, et notamment sur le segment télévisuel (N 89). Or, la Ville de Genève est essentiellement constituée d'immeubles de plusieurs logements (N 34), dont une grande majorité est pourvue d'une antenne parabolique collective (N 165). Partant, la Ville de Genève représente un marché avec des débouchés importants pour Gérardtronic ou pour tout autre tiers utilisant les IDI coaxiales, que cela soit pour un système satellitaire collectif ou d'autres services. En outre, Gérardtronic a indiqué que depuis le 1^{er} janvier 2016, l'entreprise n'aurait réali-

sé aucune recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches qui auraient été effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI coaxiales en Ville de Genève.⁶⁷³ Par conséquent, la capacité concurrentielle de Gérardtronic est négativement affectée par le comportement de Naxoo (N 315),⁶⁷⁴ et il ne peut être exclu que d'autres tiers aient également vu leur capacité concurrentielle affectée.

568. De façon plus générale en ce qui concerne les entraves à la concurrence, il peut être renvoyé aux considérants développés plus haut (N 543 ss).

569. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'il doit être démontré en quoi le comportement incriminé résulte en une atteinte durable et tangible de la concurrence en tant que telle, et non uniquement de certains concurrents. Le droit de la concurrence protégerait la concurrence en tant que telle et non les concurrents. De plus, Naxoo conteste à nouveau que Gérardtronic soit un *equally efficient competitor*.⁶⁷⁵ En l'espèce, Naxoo omet de tenir compte du fait que la présente enquête repose sur les conventions et contrats de Naxoo (N 233 ss), ainsi que sur la stricte mise en œuvre des conditions commerciales problématiques de ces conventions et contrats (N 272 ss). Le fait qu'une entreprise soit touchée en particulier dans le cas présent n'y change rien, c'est bien les conventions et contrats de Naxoo et leur mise en œuvre qui constituent les comportements reprochés. Or, ces conventions et contrats s'appliquent à tout acteur économique confronté à Naxoo, que cela soit en tant que partenaire ou concurrent. Finalement, en ce qui concerne l'*equally efficient competitor*, il est renvoyé au N 546.

570. La condition de l'atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents est ainsi également donnée.

B.4.3.5.4 Absence de considérations commerciales légitimes

571. Pour ce point, il est renvoyé aux considérants portant sur l'absence de considérations commerciales légitimes développés plus haut (N 520 ss).

572. Il est ainsi constaté qu'aucun motif ne justifie la limitation par Naxoo des débouchés ou du développement technologique sur l'IDI coaxiale. Partant, la condition de l'absence de considérations commerciales légitimes est également donnée.

⁶⁶⁹ A 198, N 800.

⁶⁷⁰ A 154, Rapport annexé, N 3; A 166, réponse 9; A 159, réponses 9 et 10.

⁶⁷¹ A 198, N 802.

⁶⁷² A 154.

⁶⁷³ A 91, réponses B3 et B4.

⁶⁷⁴ Arrêt du TF 6B_824/2007 du 17.4.2008, consid. 2.1.2.

⁶⁷⁵ A 98, N 805 s.

B.4.3.5.5 Conclusion intermédiaire

573. Vu les développements qui précèdent, les trois conditions cumulatives qui constituent l'abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart (N 559) sont remplies. Partant, il est prouvé que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé des tiers comme Gérardonic dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en l'espèce par satellite. Cela constitue une pratique illicite entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

B.4.4 Résultat

574. Les mesures prises par Naxoo ces dernières années – comme le refus de raccorder les immeubles au télé-réseau en l'absence de la signature d'une CRI permettant d'exclure tout tiers des installations intérieures, l'envoi de courriers alarmants aux propriétaires ou aux futurs propriétaires, ou encore des contrats de modernisation visant à s'assurer et à maintenir l'exploitation exclusive des IDI coaxiales – amènent à la constatation que Naxoo a tenté activement d'obtenir l'usage exclusif de l'IDI coaxiale en abusant de sa position dominante sur son territoire d'activité.

575. En vertu de tout ce qui précède, il est retenu que Naxoo a abusé de sa position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. c et let. e LCart, ce qui constitue des pratiques illicites entravant l'accès d'entreprises tierces à la concurrence ou son exercice, et désavantageant les partenaires commerciaux au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

C Mesures

576. En vertu de l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO décide des mesures à ordonner ou de l'approbation d'un accord amiable. Les mesures au sens de cette disposition portent tant sur des injonctions visant à éliminer les restrictions à la concurrence que sur des sanctions monétaires.

C.1 Injonction portant sur des mesures

577. En présence de restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures par lesquelles elle fixe aux parties concernées des obligations contraignantes portant sur un comportement donné (obligation) ou sur une abstention (interdiction). De telles décisions formatrices doivent toujours être conformes au principe de proportionnalité, raison pour laquelle les mesures doivent être adaptées à la nature et à l'intensité des infractions à la concurrence.⁶⁷⁶

578. En l'espèce, vu l'évolution rapide des technologies et des marchés liés notamment à la réception, à la diffusion ou encore à la fourniture de services de télécommunications, la COMCO n'ordonne pas de mesures à la charge de Naxoo.

C.2 Sanction

579. Du fait de leur *ratio legis*, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – en particulier celles introduites avec la révision 2003 portant sur des sanctions directes aux infractions les plus graves au droit des cartels – ont pour but d'assurer la mise en œuvre effec-

tive du droit des cartels et d'en renforcer l'effet préventif.⁶⁷⁷ Des sanctions directes ne peuvent être prononcées que de pair avec une décision finale qui constate l'illicéité d'une restriction à la concurrence. De plus, la sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, ne présuppose pas de faute, c'est-à-dire qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement entravant le droit pénal.⁶⁷⁸

C.2.1 Éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart

580. Les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart doivent être donnés pour qu'une sanction puisse être mise à la charge des parties à la procédure.

C.2.1.1 L'entreprise

581. Les restrictions illicites à la concurrence auxquelles l'art. 49a al. 1 LCart fait référence doivent être commises par une « entreprise ». Pour la notion d'entreprise, il est renvoyé à l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart.⁶⁷⁹ En l'espèce, il est renvoyé aux N 395 ss concernant la qualification de Naxoo en tant qu'entreprise.

C.2.1.2 Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart

582. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est sanctionnée.

583. Il est déduit de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart qu'une sanction présuppose des pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante au sens de l'art. 7 LCart.

584. Afin d'éviter toute redondance, il peut être renvoyé aux considérants qui précèdent en ce qui concerne les pratiques illicites, en particulier aux N 395 ss (entreprise), 446 ss (position dominante) et 482 ss (pratiques illicites). Plus généralement, il est constaté que les éléments constitutifs sont donnés en l'espèce.

585. Naxoo indique dans sa prise de position du 16 octobre 2017 que l'enquête ayant été ouverte le 30 mars 2016, elle ne peut être sanctionnée pour des faits survenus avant le 30 mars 2011 ou si une éventuelle position dominante – contestée par Naxoo – aurait cessé d'exister avant cette date. Elle invoque à cet effet l'art. 49a al. 3 let. b LCart.⁶⁸⁰ L'interprétation de Naxoo est toutefois contraire à la lettre de la loi. La disposition précitée indique en effet seulement qu'aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête. Elle ne porte pas sur la prescription des faits

⁶⁷⁶ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279, art. 30 LCart N 58 s.

⁶⁷⁷ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 (ci-après: Message 2001), en particulier 1912, 1922 ss et 1929; BILGER (note 284), p. 92.

⁶⁷⁸ Message 2001 (note 677), 1922.

⁶⁷⁹ Entre autres: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3e édition, Zurich 2011, art. 49a LCart N 6.

⁶⁸⁰ A 198, N 842.

comme l'avance Naxoo. En l'espèce, la restriction à la concurrence de Naxoo s'est étendue bien au-delà du 30 mars 2011 (N 609 s.), et l'argument de Naxoo tombe à faux.

C.2.2 Imputabilité

586. Selon la pratique de la COMCO ainsi que des tribunaux, il doit au moins pouvoir être reproché à l'entreprise concernée – en plus de la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction et de l'illicéité du comportement – d'avoir agi par négligence, et donc d'avoir violé objectivement un devoir de diligence au sens des faits reprochés. Un manque objectif de diligence est en particulier donné si une entreprise déploie un certain comportement tout en ayant conscience que celui-ci pourrait potentiellement être contraire au droit de la concurrence.⁶⁸¹ Un manque objectif de diligence au sens d'une faute au niveau de l'organisation est déterminant.⁶⁸²

587. Dans le cas d'espèce, Naxoo a mis en place une politique commerciale dont elle devait connaître les effets restrictifs de concurrence au plus tard suite au courrier du Secrétariat du 6 août 2013, qui lui indiquait que les trois solutions qu'elle proposait n'étaient pas aptes à résoudre le problème de l'exploitation en parallèle avec Gérardtronic de l'IDI coaxiale.⁶⁸³

588. Le comportement de Naxoo était conscient et délibéré, comme illustré par les aspects suivants:

- le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss);
- quelques semaines plus tard, le 20 mai 2008, Naxoo retirait son offre de relier au téléseuveau la Résidence [...] en raison de la présence du système Supermédia, le but étant que le propriétaire écarte le système tiers au profit du téléseuveau (N 280);
- fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275);
- malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,⁶⁸⁴ Naxoo a indiqué les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, à savoir ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277);
- le 7 mars 2014, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du téléseuveau en raison de l'absence de signature de sa CRI, à savoir de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279);
- le courriel du 23 avril 2015 adressé à Naxoo par le directeur de la société DSAT est également évocateur (N 288 s.), en particulier à la lumière du fait qu'une enquête préalable avait été ouverte à l'encontre de Naxoo le 29 janvier 2015.

589. Les éléments ci-dessus démontrent que le comportement de Naxoo constitue – à tout le moins – une violation objective du devoir de diligence. L'illicéité du com-

portement de Naxoo peut donc bien être imputée à Naxoo.

590. En résumé, il doit être retenu que, par son comportement, Naxoo a rempli les éléments constitutifs de la deuxième variante d'infraction mentionnée à l'art. 49a al. 1 LCart durant la période s'étendant de juin 2008 à fin juin 2015 (N 610), et doit donc être sanctionnée.

C.2.3 Calcul de la sanction

591. La conséquence juridique d'une violation de la loi au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'une sanction pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, et le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise – pour autant qu'il soit calculable⁶⁸⁵ – est dûment pris en compte pour le calcul du montant.⁶⁸⁶

592. Les critères concrets de calcul du montant de la sanction ainsi que les détails du calcul sont exposés dans l'OS LCart⁶⁸⁷ (voir art. 1 let. a OS LCart). En principe, la fixation du montant de la sanction dépend du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui tient compte du principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart) ainsi que du principe de l'égalité de traitement.⁶⁸⁸ La COMCO détermine le montant effectif de la sanction selon les circonstances concrètes du cas d'espèce, mais la sanction doit être adaptée individuellement et dans les limites de la loi à chaque entreprise ayant pris part à l'infraction.⁶⁸⁹

C.2.3.1 Calcul concret de la sanction

593. Selon l'art. 49a al. 1 LCart, le montant concret de la sanction est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, dans les limites du cadre de la sanction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites est dûment pris en compte. Pour le calcul concret du montant de la sanction, l'OS LCart part en premier lieu d'un montant de base, qui est dans un deuxième temps adapté à la durée des pratiques illicites, avant que ne soient prises en considération dans un troisième temps les circonstances aggravantes et atténuantes.

⁶⁸¹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 363 consid. 8.2.2.1, *Publigroupe/COMCO*.

⁶⁸² Voir ATF 139 I 72, consid. non publié 12.2.2 (= DPC 2013/1, 135 consid. 12.2.2) et les références citées, *Publigroupe SA et al./COMCO*; le récent cas *Nikon/COMCO* résume bien la question de l'imputabilité, arrêt du TAF, DPC 2016/3, 863 consid. 8.2.2 et les références citées.

⁶⁸³ A 7.

⁶⁸⁴ A 2.

⁶⁸⁵ <www.comco.admin.ch> sous Documentation > Communications/Notes explicatives > Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), p. 1.

⁶⁸⁶ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.1, *Gaba*.

⁶⁸⁷ Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5).

⁶⁸⁸ PETER REINERT, in: *Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Baker & McKenzie* (éd.), Berne 2007, art. 49a LCart N 14; DPC 2006/4, 661 N 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁸⁹ DPC 2009/3, 212 s. N 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

C.2.3.1.1 Montant de base

594. Le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question *sur les marchés pertinents* au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart). Ce montant a pour but de confisquer la rente cartellaire.⁶⁹⁰

595. A préciser que l'art. 3 OS LCart porte bien sur le chiffre d'affaires réalisé *sur les marchés pertinents*, et non sur le chiffre d'affaires réalisé grâce au comportement anticoncurrentiel. La disposition ne fait pas de différenciation s'agissant du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents. En conséquence, il n'y a pas lieu de déterminer quelle part de ce chiffre d'affaires a été réalisée grâce à un comportement anticoncurrentiel, et si corrélativement une partie du chiffre d'affaires n'est pas liée avec un comportement anticoncurrentiel. Une telle différenciation ne ressort pas non plus du sens et du but de la disposition.⁶⁹¹

a. Limite supérieure du montant de base

596. La limite supérieure du montant de base se monte selon l'art. 3 OS LCart à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question *sur les marchés pertinents* au cours des trois derniers exercices.

597. Il y a donc premièrement lieu de déterminer les marchés pertinents qui doivent être retenus pour le calcul. Les marchés pertinents sont ceux qui ont été *concrètement* affectés par la restriction à la concurrence. En plus du marché directement visé, les marchés pertinents comprennent également ceux de produits ou services

qui, « en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés » (art. 11 al. 3 let. a OCCE), peuvent être substitués à ceux considérés à titre liminaire. La substituabilité étend naturellement le marché au-delà des produits de l'entreprise ou des entreprises strictement concernées par l'affaire; cette extension donne en conséquence une marge d'appréciation à l'autorité sanctionnatrice.⁶⁹²

598. En l'espèce, le marché pertinent qui est retenu par la COMCO dans le cadre de sa marge d'appréciation est le marché du raccordement au télé-réseau. En effet, c'est en particulier à partir de ce marché que se produisent les conséquences économiques des pratiques illicites de Naxoo. A relever que la presse genevoise indique également que la source de revenus de Naxoo est « *le réseau, présent dans les foyers genevois, à travers lequel Naxoo commercialise un abonnement mensuel de base à CHF 29.95* ». ⁶⁹³

599. Le nombre de prises payantes (y compris locaux commerciaux) pour les années 2014 à 2016 doit ainsi être multiplié par le montant de CHF 25.55 HT, soit le montant hors TVA et hors droits d'auteur payé par les abonnés pour bénéficier de l'offre de base.⁶⁹⁴ La TVA et les droits d'auteur sont déduits par application analogique de l'art. 4 al. 1 OCCE. A préciser que le montant mensuel de CHF 25.55 HT est dû par chaque UH raccordée au Réseau Naxoo, que ce soit par le biais d'un Contrat de raccordement collectif ou d'un Contrat de raccordement individuel⁶⁹⁵:

	Chiffre d'affaires en CHF sur le marché pertinent		
	2014	2015	2016
Nbr de prises payantes ⁶⁹⁶	[...]	[...]	[...]
Montant mensuel / annuel HT par UH	CHF 25.55 / CHF 306.60	CHF 25.55 / CHF 306.60	CHF 25.55 / CHF 306.60
Montants totaux par années	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Total pour les 3 années	CHF [...]		

⁶⁹⁰ Voir aussi DPC 2012/2, 404 s. N 1083 table 3 ainsi que 407 s. N 1097 table 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (n'est pas encore en force); DPC 2016/2, 384 N 326 et 332, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)* (n'est pas encore en force).

⁶⁹¹ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 645 consid. 722 s., *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁶⁹² ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Bâle 2013, art. 49a LCart N 25; DPC 2009/2, 143, *Sécateurs et cisailles*.

⁶⁹³ A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016.

⁶⁹⁴ A 115, réponse 19.

⁶⁹⁵ A 115, pp. 10 s.

⁶⁹⁶ A 189; A 115, réponse 14.

600. La limite supérieure du montant de base se monte ainsi en l'espèce à CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. [...].

601. Dans sa prise de position, Naxoo requalifie le marché pertinent en raccordement d'immeubles au télé-réseau pour ensuite indiquer qu'elle ne perçoit aucune rémunération sur ce marché.⁶⁹⁷ Certes, mais on ne voit pas en quoi cette réflexion liée à une requalification unilatérale changerait le calcul de la COMCO. Plus loin, Naxoo indique que ses chiffres d'affaires 2014 à 2016 pour le raccordement au Réseau Naxoo sont inférieurs⁶⁹⁸ à ceux retenus par la COMCO,⁶⁹⁹ sans toutefois expliquer cet écart ou les raisons pour lesquelles le calcul de la COMCO serait incorrect.

b. Prise en compte du type et de la gravité de l'infraction

602. Selon l'art. 3 OS LCart, le montant de base doit être calculé selon la gravité et le type d'infraction. Il doit ainsi être déterminé de quel niveau de gravité l'infraction est à qualifier. Les critères objectifs figurent au premier plan.⁷⁰⁰

603. En principe, la gravité de l'infraction doit être examinée au cas par cas et en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Selon la jurisprudence du TAF, aucune implémentation schématique du montant de base ne doit intervenir dans le cadre de la sanction. Une gradation selon la gravité et le risque potentiel des pratiques illicites individuelles d'entrave et d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart est généralement difficilement praticable.⁷⁰¹

604. En tenant compte des circonstances juridiques et économiques précitées, des faits relatifs au cas concret ainsi que de l'abandon *in dubio pro reo* de la lettre a de l'art. 7 al. 2 LCart par la COMCO dans la décision finale par rapport à la proposition du Secrétariat du 20 juillet 2017, il est justifié de fixer le montant de base de la sanction à [3] % du chiffre d'affaires réalisé par Naxoo sur le marché pertinent au cours des trois derniers exercices, ce qui correspond à une gravité d'infraction moyenne inférieure. Les restrictions à la concurrence ont certes été limitées à la Ville de Genève, et ont touché principalement un seul acteur, soit Gérardtronic. Toutefois, le comportement illicite de Naxoo est voulu et durable. A cela s'ajoute que la Ville de Genève est composée d'un pourcentage très élevé de bâtiments qui contiennent plusieurs logements (N 34), et que la grande majorité des immeubles disposent de paraboles collectives installées en toiture (N 63), condition nécessaire pour l'installation d'un système satellitaire collectif. Par conséquent, la Ville de Genève représente un débouché important pour des fournisseurs de systèmes satellitaires collectifs comme Gérardtronic.

605. L'énergie déployée par Naxoo sur la durée pour écarter un acteur économique gênant permet d'exclure une gravité d'infraction faible. En effet, Naxoo a tenté sciemment d'empêcher le développement de systèmes tiers comme la technologie Supermédia en cherchant à s'octroyer contractuellement l'exclusivité de l'utilisation des IDI coaxiales. A cela s'ajoute que le courriel du directeur de la société DSAT SA envoyé à Naxoo le 23 avril 2015 (N 288 s.) ainsi que les déclarations de

M. Morales (N 290 s.) démontrent la volonté de Naxoo de saborder toute relation commerciale qui impliquerait M. Emery. D'ailleurs, les dirigeants de Naxoo avaient déjà été condamnés par le TF en date du 17 avril 2008 pour concurrence déloyale (N 292 ss). Ainsi, avant même le comportement problématique du point de vue du droit des cartels, Naxoo avait déjà tenté de faire trébucher Gérardtronic. Par conséquent, il n'est pas possible de qualifier la gravité de l'infraction comme faible, et Naxoo ne peut être suivie sur ce point,⁷⁰² étant précisé que les considérations de Naxoo dans sa prise de position se basent sur une gravité d'infraction qui a depuis été requalifiée à la baisse dans la décision finale.

606. En conclusion, le montant de base s'élève ainsi à CHF [...].

C.2.3.1.2 Durée de l'infraction

607. Selon l'art. 4 OS LCart, si la pratique anticoncurrentielle a duré de un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire.⁷⁰³

608. Dans ce cadre, la majoration tient du pouvoir d'appréciation de la COMCO, et dépend de la nature et teneur de la restriction à la concurrence ainsi que son impact au fil du temps. Dans sa jurisprudence récente en matière d'atteinte à la concurrence, le TAF est parti du principe qu'une atteinte qui dure plus de cinq années a en règle générale une incidence uniforme, respectivement périodique sur la ligne du temps.⁷⁰⁴ Par conséquent dans de tels cas, une majoration linéaire de la sanction est indiquée. Cela correspond à une majoration par palier de 0.8333 %⁷⁰⁵ par mois entamé, dès le moment où le comportement anticoncurrentiel est exercé.

609. En l'espèce, les faits (chronologiques) suivants peuvent être mis en évidence dans le cadre de l'examen de la durée de l'infraction:

- un jugement du Tribunal de première instance genevois du 14 janvier 2014 retient dans sa partie en fait que « *Depuis le début de la commercialisation du système Supermédia en 2001, [Naxoo] a toujours refusé les propositions de collaboration de Gérardtronic qui souhaitait raccorder son système Supermédia au réseau du câble installé et exploité par [Naxoo] dans les immeubles situés en ville de Genève* »;⁷⁰⁶

⁶⁹⁷ A 198, N 862.

⁶⁹⁸ A 189, p. 3, Tableau 11.

⁶⁹⁹ A 189, N 863 s.

⁷⁰⁰ A savoir des critères qui ne sont pas basés sur la responsabilité pour faute, voir DPC 2010/4, 760 N 386 et les références citées, *Baubeschläge für Fenster und Türen*; voir aussi CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zurich 2007, 230.

⁷⁰¹ Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 365 consid. 8.3.4, *Publigroupe/COMCO*.

⁷⁰² A 198, N 868 ss.

⁷⁰³ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 685), pp. 3 s.

⁷⁰⁴ Arrêt du TAF, DPC 2015/3, 690 consid. 755 ss, *Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL* (n'est pas encore en force).

⁷⁰⁵ Correspond à un douzième de 10 %.

⁷⁰⁶ A 17, jugement annexé du 14.1.2014, consid. 5.

- le 17 avril 2008, Naxoo était condamnée définitivement par le TF pour concurrence déloyale envers Gérardtronic, pour des faits s'étant déroulés fin 2004 (N 292 ss);
- le 20 mai 2008 et faute d'exclusivité, Naxoo retirait son offre de relier au télé-réseau la Résidence [...] (N 280);
- fin février 2013, Naxoo indiquait à Gérardtronic que son système Supermédia n'était pas autorisé par les prescriptions techniques de Naxoo (N 275);
- malgré l'intervention du Secrétariat le 31 mai 2013,⁷⁰⁷ Naxoo a fait savoir les 6 et 19 juin 2013 qu'elle entendait appliquer strictement ses CRI, respectivement ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 277);
- le 7 mars 2014 et alors que l'intervention du Secrétariat durait depuis plus de 9 mois, Naxoo indiquait une suspension de la mise en service du télé-réseau en raison de l'absence de signature de sa CRI, respectivement de ses conditions de raccordement écartant tout tiers à Naxoo de l'IDI coaxiale (N 279);
- l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo a une teneur problématique depuis en tout cas décembre 2009, et cela jusqu'en juillet 2015 approximativement (N 251 ss);
- Gérardtronic indique que depuis le 1^{er} janvier 2016, elle n'aurait plus réalisé de recette avec le système Supermédia. Cette situation s'expliquerait par les incertitudes juridiques liées aux CRI de Naxoo et aux démarches effectuées par Naxoo auprès d'Egg-Telsa SA, mandatée pour la rénovation des IDI en Ville de Genève.⁷⁰⁸ La liste des installations Supermédia fournie par Gérardtronic mentionne quant à elle une dernière installation réalisée en 2013.⁷⁰⁹

610. Sur la base de ce qui précède, il est retenu que Naxoo a débuté son comportement illicite au plus tard dès début juin 2008. Quant à la fin de la période, il est retenu que le comportement illicite de Naxoo s'est étendu jusqu'à fin juin 2015, vu la nouvelle teneur de l'art. 9.4 de la CRI de Naxoo approximativement dès juillet 2015.⁷¹⁰ En résumé, il sera retenu que le comportement illicite de Naxoo a débuté en juin 2008, et qu'il s'est étendu jusqu'à juin 2015 y compris. Cela correspond à 7 années et 1 mois. Selon la pratique, le montant de base sera ainsi majoré de 70.83 %, soit à CHF [...].

C.2.3.1.3 Circonstances aggravantes et atténuantes

611. La dernière étape consiste à tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes au sens des art. 5 et 6 OS LCart, étant précisé que les différentes circonstances mentionnées par l'ordonnance ne sont pas exhaustives.⁷¹¹

a. Circonstances aggravantes

612. En présence de circonstances aggravantes, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré, notamment lorsque l'entreprise: a contrevenu de

manière répétée à la LCart (let. a); a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (let. b); a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (let. c) (art. 5 al. 1 OS LCart).

Contraventions répétées

613. Il y a contraventions répétées au sens de l'art. 5 al. 1 let. a OS LCart premièrement lorsque les autorités de la concurrence ont déjà constaté à l'occasion d'une décision antérieure entrée en force une violation du droit des cartels par l'entreprise faisant l'objet de la nouvelle procédure, à savoir qu'il y a quasiment une « récidive ». Il y a également contraventions répétées si plusieurs comportements sont à juger ensemble dans le cadre d'une unique procédure – en d'autres termes s'il y a une pluralité d'actions.⁷¹²

614. En l'espèce, la COMCO estime que Naxoo ne s'est pas rendue coupable de plusieurs comportements différents au point où il faudrait retenir une circonstance aggravante. En particulier et contrairement à ce qui a été retenu dans l'affaire *Sport im Pay-TV*, le comportement de Naxoo ne pourrait pas être examiné dans le cadre de plusieurs procédures indépendantes, même si un comportement peut remplir plusieurs variantes d'infraction à l'art. 7 LCart (N 490).⁷¹³ En effet, c'est principalement l'adoption de clauses contractuelles problématiques et la stricte mise en œuvre de celles-ci qui constituent le comportement problématique de Naxoo, sans que l'on puisse retenir par là une pluralité d'actions différentes au point de retenir une circonstance aggravante. Partant, aucune circonstance aggravante ne sera retenue à ce titre.

Gain particulièrement élevé

615. Un « gain normal » obtenu grâce au comportement illicite est déjà inclus dans le montant de base. En revanche, si la rente cartellaire illicite est supérieure au gain normal, il doit en être tenu compte conformément aux art. 2 al. 1 et 5 al. 1 let. b OS LCart. Le cas échéant, le montant de la sanction doit être augmenté dans tous les cas de manière à ce qu'il dépasse le montant du gain illicite tiré de l'infraction.⁷¹⁴

616. L'enquête n'a pas démontré que Naxoo aurait réalisé un gain particulièrement élevé par le biais de l'infraction (voir aussi N 621 ss). Aucune augmentation de la sanction ne se justifie ainsi à ce titre.

⁷⁰⁷ A 2.

⁷⁰⁸ A 91, réponse B4.

⁷⁰⁹ A 91, annexe 4.

⁷¹⁰ A 163, réponse 4.

⁷¹¹ CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 692), art. 49a LCart N 42; Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 685), pp. 4 ss.

⁷¹² Voir DPC 2010/4, 763 N 412, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren* (n'est pas encore en force); BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (note 279), art. 49a LCart N 67.

⁷¹³ Affaire *Sport im Pay-TV* (note 574), N 887 (n'est pas encore en force).

⁷¹⁴ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 685), p. 5.

Refus de coopérer

617. Le refus de coopérer avec l'autorité ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent des circonstances aggravantes. Est notamment considéré comme une tentative d'obstruction particulièrement grave le fait de détruire des pièces à conviction.⁷¹⁵

618. En l'espèce, Naxoo a coopéré avec les autorités de la concurrence dans la mesure de ce qu'il était permis d'attendre d'elle. Aucune circonstance aggravante ne peut ainsi être retenue à ce titre.

b. Circonstances atténuantes

La cessation du comportement illicite

619. Le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du Secrétariat, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart).

620. Dans sa prise de position, Naxoo indique qu'elle a confirmé à de réitérées reprises que la seule présence d'une installation tierce sur une IDI coaxiale ne représentait pas, per se, un motif de résiliation de la CRI.⁷¹⁶ La COMCO relève toutefois que Naxoo n'a concrètement modifié la clause 9.4 de la CRI qu'en juillet 2015 (N 251 ss), soit plus de deux ans après la première intervention du Secrétariat le 31 mai 2013, ce à quoi s'ajoute que la nouvelle teneur laisse dans une certaine mesure la possibilité à Naxoo de déterminer si une IDI coaxiale est conforme à ses propres spécifications techniques (voir à ce sujet N 253). La modification de la CRI n'est ainsi concrètement intervenue qu'après l'ouverture de l'enquête préalable. Partant, aucune circonstance atténuante ne doit être retenue à ce titre (art. 6 al. 1 OS LCart).

L'absence de profit

621. Pour les cas exceptionnels dans lesquels aucun profit n'a été obtenu, l'autorité de la concurrence peut en

tenir compte en tant que circonstance atténuante, sur la base de l'art. 2 al. 1 LCart.⁷¹⁷ Toutefois, un gain particulièrement faible – par opposition au gain particulièrement élevé de l'art. 5 al. 1 let. b OS LCart – ne conduit pas à une réduction de la sanction, une telle réduction n'étant envisageable que si l'opération est « blanche », à savoir qu'elle n'a généré aucun profit.⁷¹⁸

622. En l'espèce, la COMCO retient que Naxoo a très vraisemblablement réalisé un gain relativement faible grâce à ses agissements, bien qu'il soit dans tous les cas difficile à chiffrer. Naxoo n'a ainsi vraisemblablement pas augmenté substantiellement ses profits grâce à ses agissements, mais a surtout nui au profit de tiers tout en consolidant ses parts de marché. En conséquence et à ce titre, la COMCO ne retient pas de circonstance atténuante.

C.2.3.2 Sanction maximale

623. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Comme cela ressort notamment du Message du Conseil fédéral portant sur la LCart de 2003,⁷¹⁹ on entend les trois derniers exercices clos avant l'adoption de la décision.⁷²⁰ Le chiffre d'affaires au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est calculé selon les critères du calcul du chiffre en matière de concentrations d'entreprises; les art. 4 et 5 OCCE s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne représente pas le point de départ du calcul concret du montant de la sanction; c'est bien plutôt à l'issue du calcul concret du montant de la sanction, à la lumière des autres critères mentionnés dans la LCart et l'OS LCart, qu'il convient de vérifier si le montant maximal de la sanction n'est pas dépassé (art. 7 OS LCart); le cas échéant, une réduction correspondante doit intervenir.

624. Dans le cas d'espèce, les exercices 2014, 2015 et 2016 sont pertinents. Naxoo a réalisé en Suisse les chiffres d'affaires suivants pour ces trois exercices:

Chiffre d'affaires en CHF		
2014	2015	2016
[...] ⁷²¹	[...] ⁷²²	[...] ⁷²³
Total pour les années 2014 à 2016: CHF [...]		

625. Il résulte des chiffres qui précèdent une sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart de CHF [...], soit le 10 % du total ci-dessus. Il est constaté que la sanction maximale au sens des art. 49a al. 1 LCart et 7 OS LCart n'est pas dépassée par le montant de la sanction retenu, soit CHF [...].

⁷¹⁵ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 685), p. 5.

⁷¹⁶ A 198, N 890, qui renvoie à l'A 52.

⁷¹⁷ Notes explicatives relatives à l'OS LCart (note 685), p. 1.

⁷¹⁸ CR Concurrence-ROTH/BOVET (note 692), art. 49a LCart N 55; DPC 2009/3, 196 N 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷¹⁹ Message 2001 (note 677), 1925.

⁷²⁰ Voir DPC 2011/1, 191 N 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* (n'est pas encore en force); DPC 2016/2, 384 N 326, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)* (n'est pas encore en force).

⁷²¹ A 189, p. 4.

⁷²² A 189, comptes annexés.

⁷²³ A 189, comptes annexés.

C.2.3.3 Examen de la proportionnalité

626. Finalement et au regard du principe de proportionnalité, une sanction doit aussi être supportable pour l'entreprise concernée.⁷²⁴

627. En l'espèce, la sanction prononcée est supportable pour une entreprise qui considère elle-même que sa

santé financière est bonne,⁷²⁵ ce à quoi s'ajoute que la sanction finale n'atteint pas le montant de la sanction maximale possible (N 625).

C.2.4 Résultat

628. Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Naxoo pour un montant de base de [3] %:

Montant de base (facteur [3] %)	CHF [...]
Majoration en raison de la durée	+ 70.83 %
Résultat intermédiaire	CHF [...]
Circ. aggravantes / atténuantes	-
Résultat intermédiaire	CHF [...]
Proportionnalité	-
Sanction	CHF [3'571'936.-]

629. En vertu des considérations qui précèdent et en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce ainsi que des circonstances aggravantes et atténuantes, la COMCO retient qu'une sanction administrative d'un montant de CHF [3'571'936.-] est adaptée à la violation de l'art. 49a al. 1 LCart par Naxoo.

630. Cette sanction est mise à la charge de la société Naxoo SA.

D Frais

631. Selon l'art. 2 al. 1 OE mol-LCart⁷²⁶, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

632. La procédure d'enquête au sens des art. 27 ss LCart est assujettie aux émoluments, si l'établissement des faits conclut à l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, ou si les parties acquiescent. Il y a également acquiescement si une ou plusieurs entreprises – ayant déclenché une procédure en raison de leur comportement entravant potentiellement la concurrence – cessent le comportement incriminé et que la procédure prend fin car devenue sans objet.⁷²⁷ Dans le cas d'espèce, l'entreprise visée par l'enquête est en conséquence tenue de s'acquitter des émoluments.

633. Selon l'art. 4 OE mol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre CHF 100.- et CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument.

634. Sur la base des classes de salaire des employés chargés de l'affaire d'espèce, le tarif horaire varie entre CHF 130.- et CHF 290.-. Le temps consacré porte sur [1'262] heures. En conséquence, le montant des émoluments est de CHF [260'460.-].

635. En l'espèce, la destinataire visée par l'enquête au sens du droit des cartels est Naxoo, raison pour laquelle les frais sont mis à sa charge.

E Résultat

636. Se fondant sur les faits de la cause et en vertu des considérants qui précèdent, la COMCO arrive à la conclusion que Naxoo détient une position dominante sur le marché suivant, au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'art. 4 al. 2 LCart (section B.4.2):

- marché du raccordement au télé-réseau sur le territoire représenté par les codes postaux suisses 1201 à 1209

Imposition de conditions commerciales inéquitables (section B.4.3.4)

637. Il a été démontré que Naxoo a 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. Les conditions commerciales de Naxoo 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 Naxoo à accéder à l'IDI coaxiale. Ces impositions ou tentatives d'impositions ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris.

⁷²⁴ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.7.2, Gaba; pour un examen détaillé, voir DPC 2009/3, 218 N 150 et les références citées, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁷²⁵ A 109, article de presse paru dans la Tribune de Genève le 12.5.2016.

⁷²⁶ Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (OE mol-LCart; RS 251.2).

⁷²⁷ ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1 (= DPC 2002/3, 546 s.), *BKW FMB Energie AG*; art. 3 al. 2 let. b et c OE mol-LCart a contrario.

Limitation des débouchés ou du développement technologique (section B.4.3.5)

638. L'examen a démontré que Naxoo a limité les débouchés de tiers ou le développement technologique de services tiers en abusant de sa position dominante. Naxoo a empêché ou entravé fortement certains tiers dans le développement d'une technologie différente de réception de services de télécommunication, en particulier par satellite. Ces limitations ont débuté en juin 2008, et elles se sont étendues jusqu'à juin 2015 y compris.

Mesures et frais (sections C et D)

639. Il n'est pas ordonné de mesures à charge de Naxoo.

640. Une sanction administrative au sens de l'art. 49a al. 1 LCart d'un montant de CHF [3'571'936.-] est mise à la charge de Naxoo, qui doit également prendre en charge les frais de la procédure.

F Dispositif

En vertu de l'état de fait et des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence:

1. 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 3'571'936.- (trois-millions-cinq-cent-septante-et-un-mille-neuf-cent-trente-six).
2. Met les frais de procédure d'un montant total de CHF 260'460.- à la charge de la société Naxoo SA.
3. Notifie la décision à:
 - Naxoo SA, Genève, représentée par [...]
4. Communique une copie de la décision à:
 - Géatronix, Pascal Emery, Grand-Lancy, représentée par [...]
 - Swisscom (Suisse) SA, Berne
 - Conseil administratif de la Ville de Genève, Genève

[Voies de droit]

B 2.2

2. Währungswechselkurse: Zwischenverfügung vom 17. November 2018 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG

Zwischenverfügung vom 17. November 2017 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG betreffend Untersuchung gemäss Art. 27 KG Währungswechselkurse gegen [...] vertreten durch [...]

A Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Bereich der Fixierung diverser Wechselkurse im Devisenkassahandel vor. Laut den vorliegenden Informationen besteht der Verdacht, dass unzulässige Wettbewerbsabreden im Devisenkassahandel zwischen verschiedenen Händlern von Banken getroffen wurden. Die vermuteten fehlbaren Verhaltensweisen betreffen insbesondere koordinierte Handlungen zur Beeinflussung des WM/Reuters Fix oder des Fixings der Europäischen Zentralbank (EZB) sowie der Koordination von Kauf und Verkauf von Devisen in Bezug auf bestimmte Gegenparteien. Ausserdem betreffen sie die allgemeine Koordination in Bezug auf den Devisenkauf und -verkauf von bzw. an nicht an der Absprache beteiligten Marktteilnehmern zu abgesprochenen Preisniveaus, der Austausch über das aktive Auslösen von Stop-Loss Kunden-Aufträgen zum Nutzen der Bank sowie den Austausch von vertraulichen Informationen, um sich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Marktteilnehmern zu verschaffen. Das Sekretariat eröffnete daher im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegt.

2. Die Adressatin der vorliegenden Verfügung, [...] (nachfolgend: [...] oder Verfügungsadressatin), ist eine der im Devisenkassahandel tätigen Banken, gegen die sich die vorliegende Untersuchung richtet.²

3. Die Untersuchung wurde anfänglich gegen acht³ Banken eröffnet und im Verlauf der weiteren Ermittlung am 10. September 2015 auch gegen [...] sowie am 21. Februar 2017 gegen [...] eröffnet.

4. Das Sekretariat verlangte zu Beginn der Untersuchung einerseits Informationen zu den für die Jahre [...] bis [...] tätigen Mitarbeitenden im Devisenkassahandel und andererseits die elektronisch gespeicherte Kommunikation über externe Chats (Bloomberg, Reuters Thomson, etc.) sowie unternehmensinterne Chats und E-Mails der im Fokus der Untersuchung stehenden Personen.⁴ In Gesprächen mit den Parteien, u.a. mit der Verfügungsadressatin, wurde der Umfang des Fragebogens vom 28. März 2014 – soweit sachgerecht – eingegrenzt. Für die Aufbereitung der geforderten Kommunikationen setzte das Sekretariat den Parteien eine relativ lange Frist (im Verhältnis zu den Fristen für Auskunftsbegehren) zur Einreichung der geforderten Daten an und erstreckte die Frist mehrfach, da es sich um relativ umfangreiche Datenlieferungen handelte.

5. Im Rahmen der Datenaufbereitung ersuchte die Verfügungsadressatin am 18. Juni 2014 um Erlass einer formellen Verfügung mit Bezug auf die ausserhalb der Schweiz gelegenen E-Mail Kommunikationen, da die Schweizer Gesellschaft auf diese keinen Zugriff habe.⁵ Die Wettbewerbsbehörden kamen dem Ersuchen nach und erliessen am 29. Juli 2014 eine Zwischenverfügung.⁶ Die Verfügungsadressatin lieferte die gemäss Fragebogen vom 28. März 2014 geforderten Kommunikationen in mehreren Teilen.

6. Die elektronischen Kommunikationen der Verfügungsadressatin sowie die Kommunikationen der anderen Verfahrensparteien wurden vom Sekretariat analysiert und die relevanten Chat-Auszüge in Form einer Tabelle zusammengetragen und den Parteien zu einem späteren Zeitpunkt zur Einsicht vorgelegt.⁷

7. Am 29. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien eine Einladung für ein erstes gemeinsames Treffen für den 4. Mai 2016 zu, um die einstweiligen Ergebnisse zu präsentieren sowie die Möglichkeiten für den weiteren Verfahrensverlauf aufzuzeigen. Das Treffen fand – nach einer Terminverschiebung durch das Sekretariat – am 19. September 2016 statt. Danach erfolgten bilaterale Treffen mit den einzelnen Verfahrensparteien.⁸

8. Im weiteren Verlauf der Untersuchung erarbeitete das Sekretariat ein weiteres Auskunftsbegehren betreffend die Grundlage für die Umsatzberechnung für eine allfällige Sanktion. Die gewonnenen Erfahrungen des Sekretariats zur Erlangung von Umsatzzahlen in einer ähnlichen Untersuchung im Finanzbereich zeigten, dass die Erhebung der Umsatzzahlen einerseits eine gewisse Komplexität aufweist und andererseits die Aufbereitung und Einreichung für die Verfahrensparteien einen entsprechenden zeitlichen Aufwand mit sich bringen kann. Deshalb wandte sich das Sekretariat rechtzeitig mit der Erhebung der Umsatzzahlen an die Verfahrensparteien.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. Kopie Untersuchungseröffnungsschreiben - sowie der Fragebogen als Beilage - vom 28. März 2014 (Beilage 1).

³ Vgl. die aufgeführten Verfahrensparteien im Schreiben des Sekretariats vom 28. März 2014 (Fn 2).

⁴ Vgl. Fn 2; Fragebogen des Sekretariats vom 28. März 2014.

⁵ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 18. Juni 2014 (Beilage 2).

⁶ Vgl. Zwischenverfügung der Wettbewerbsbehörden vom 29. Juli 2014 (Beilage 3).

⁷ Vgl. auch Rz 7.

⁸ Die Beschaffung und Einreichung der Umsatzzahlen der [...], gestützt auf das Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016, lief bzw. läuft parallel dazu.

9. Am 13. Mai 2016 sandte das Sekretariat an alle (dannzumal neun) Verfahrensparteien das Auskunftsbegehren mit der Aufforderung, die für die Untersuchung 22-0428 erzielten massgeblichen Umsätze auditiert einzureichen.⁹ Das Sekretariat gewährte den Verfahrensparteien bereits erstmals eine – im Vergleich zur bestehenden Praxis – überaus lange erste Frist bis 11. Juli 2016.

10. Inhaltlich gliedert sich das Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016 in drei Teile: Der erste Teil betrifft vom Sekretariat vorgegebene Definitionen und Anforderungen als Leitlinie für die Verfahrensparteien, der zweite Teil beinhaltet Fragen zum massgebenden Umsatz und schliesslich enthält der dritte Teil Vorgaben zum Audit. Um eine mögliche Sanktionsberechnung vornehmen zu können, forderte das Sekretariat die Verfahrensparteien auf, im Bereich Devisenkassatransaktionen der G10-Währungspaare die massgebenden Umsätze „Total Notional Amounts Traded“ sowie das „Trading Income“, jeweils weltweit, mit Bezug Schweiz sowie (lediglich für die „Total Notional Amounts Traded“) EWR-weit einzureichen.

11. Eine Präzisierung in Bezug auf die EWR-weiten Umsätze der „Non-financial customers“ erfolgte durch das Sekretariat am 25. Mai 2016.¹⁰

12. Am 7. Juni 2016 gelangte die Verfügungsadressatin mit einer Frage betreffend die Qualifikation von Intragroup-Transaktionen an das Sekretariat, welches in der E-Mail vom 8. Juni 2016 klarstellte, dass für die Zwecke des Auskunftsbegehrens Devisen(kassa)transaktionen für die Pensionskasse der Verfügungsadressatin als konzernintern gelten können, in Bezug auf den Anlagefonds hingegen zu differenzieren ist, ob ein Kundenbezug besteht oder nicht.¹¹

13. Im Schreiben vom 28. Juni 2016, welches allen Verfahrensparteien zugestellt wurde, nahm das Sekretariat eine Präzisierung zum Teil des Audits hinsichtlich der Abstimmung der Jahresrechnung mit „Notional Amounts“ vor.¹²

14. Am 11. Juli 2016 stellte die Verfügungsadressatin dem Sekretariat die intern ausgearbeitete Methodologie für die Erfassung und Aufbereitung der Daten gemäss Auskunftsbegehren zu und bat um Prüfung der geschilderten Prozesse. Zudem legte sie dem Sekretariat einige offene Punkte vor und ersuchte um Fristerstreckung bis 12. September 2016.¹³ Das Sekretariat kündigte mit Schreiben vom 14. Juli 2016 Anpassungswünsche und Bemerkungen an und erstreckte die Frist bis 15. September 2016.¹⁴

15. Das Sekretariat prüfte die Methodologie eingehend und nahm mit Schreiben vom 22. Juli 2016 Stellung zur vorgelegten Methodologie und beantwortete die offenen Fragen im Begleitschreiben der Verfügungsadressatin.¹⁵

16. Am 2. August 2016 räumte das Sekretariat den Verfahrensparteien als Erleichterung die Möglichkeit ein, den Audit alternativ als „Positive Assurance“ oder als „Agreed-upon procedures“ einzureichen.¹⁶

17. Am 9. September 2016 führte das Sekretariat auf Wunsch der Verfügungsadressatin mit ihr eine Telefonkonferenz, in welcher die Verfügungsadressatin um eine

Fristabnahme für das gesamte Auskunftsbegehren ersuchte, da sie mit dem Case Team der EU Kommission bezüglich der Definition des „FX spot business“ (Devisenkassahandel) in Gesprächen stehe und diese Definition angeblich nicht nur für die Bestimmung der „Notional Amounts“ von Relevanz sei, sondern auch weitere Fragen des Auskunftsbegehrens vom 13. Mai 2016 betrefte.¹⁷

18. Am 12. September 2016 nahm das Sekretariat der [...] die – bis 15. September 2016 erstreckte Frist – zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 13. Mai 2016 während der Diskussion der [...] mit der EU-Kommission ab. Gleichzeitig erbat das Sekretariat um umgehende Kontaktaufnahme, sobald der Gegenstand mit der EU geklärt ist.¹⁸

19. Am 3. Oktober 2016 sandte die Verfügungsadressatin dem Sekretariat die Version der Methodologie, welche sie dem EU Case Team zugestellt hatte und informierte, dass sie parallel daran sei, die entsprechende Schweizer Methodologie zu entwerfen.¹⁹

20. Schliesslich reichte die Verfügungsadressatin am 18. Oktober 2016 einen Vorschlag der Methodologie – für die Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 13. Mai 2016 ein, die gemäss Verfügungsadressatin weitestgehend der EU Methodologie entspreche.²⁰ Das Sekretariat sah sich die überarbeitete Methodologie an und nahm Stellung dazu. Gleichzeitig setzte es am 22. November 2016 die Frist zur Einreichung der Daten auf den 16. Januar 2017 an.²¹

21. Mit Schreiben vom 16. Januar 2017 reichte die Verfügungsadressatin die Zahlen gemäss Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016 und der zugrunde liegenden geführten Korrespondenz zwischen Mai bis November 2016 ein. Zu diesem Zeitpunkt waren die eingereichten Zahlen noch nicht auditiert. Die Verfügungsadressatin kündigte die Auditierung sowie eine Bestätigung bis Anfang März 2017 an.²²

⁹ Vgl. Kopie Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 13. Mai 2016 (Beilage 4).

¹⁰ Vgl. Ausdruck E-Mail des Sekretariats vom 25. Mai 2016 (Beilage 5).

¹¹ Vgl. Ausdruck E-Mail des Sekretariats vom 8. Juni 2016 (Beilage 6).

¹² Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 28. Juni 2016 (Beilage 7).

¹³ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 11. Juli 2016 (Beilage 8).

¹⁴ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 14. Juli 2016 (Beilage 9).

¹⁵ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 22. Juli 2016 (Beilage 10).

¹⁶ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 2. August 2016 (Beilage 11).

¹⁷ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 8. (Beilage 12) und 13. September 2016 (Beilage 13).

¹⁸ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 12. September 2016 (Beilage 14).

¹⁹ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 3. Oktober 2017 (Beilage 15).

²⁰ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 18. Oktober 2017 (Beilage 16).

²¹ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 22. November 2016 (Beilage 17).

²² Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 16. Januar 2017 (Beilage 18).

22. Am 24. Januar 2017 reichte die Verfügungsadressatin die noch nicht gelieferten Angaben zum Trading Income für das Jahr [...] und mit Schreiben vom 17. März 2017 eine Korrektur in Bezug auf das Trading Income [...] ein.²³

23. Die Verfügungsadressatin sandte mit Schreiben vom 29. Mai 2017 den – basierend auf der Methode „Agreed-upon procedures“ – Prüfbericht der [...] ein.²⁴ Bei der Prüfung des Audits stellte das Sekretariat fest, dass die FX Spot Transaktionen für [...] Kunden nicht enthalten waren²⁵ und bat am 14. Juni 2017 die Verfügungsadressatin um Berechnung und Einreichung der „Total Notional Amounts“ der Jahre 2009 – 2011 auch für die [...] Transaktionen.²⁶ Die Verfügungsadressatin stellte sich auf den Standpunkt, dass gemäss ihrer neuesten, im Schreiben vom 18. Oktober 2016 dargelegten Methodologie die Transaktionen des [...] ausgeschlossen seien und dieser Umstand vom Sekretariat am 22. November 2016 genehmigt worden sei. Sie erklärte sich jedoch bereit, auch die [...] Zahlen als zusätzliche Daten zu liefern.²⁷

24. Am 29. Juni 2017 setzte das Sekretariat Frist bis 31. Juli 2017 zur Einreichung der [...] Transaktionen an.²⁸

25. Die Verfügungsadressatin sandte am 10. Juli 2017 den Entwurf der entsprechenden Methodologie und anerbote ein Gespräch zur Besprechung. Zudem wies sie auf die Möglichkeit hin, auf der Basis der Bestätigung der Methodologie durch das Sekretariat zusätzliche Daten zu erheben.²⁹

26. Am 21. Juli 2017 sandte die Verfügungsadressatin – nach einem Telefongespräch mit dem Sekretariat – eine angepasste Methodologie (sowie eine mark-up Version) in Bezug auf die „Hedging/Liquidity Provision“ sowie das „FX Prime Brokerage“ und bat um definitive Bestätigung der Methodologie.³⁰

27. Das Sekretariat teilte der Verfügungsadressatin am 21. Juli 2017 mit, dass sie die überarbeitete Methodologie intern besprechen werde und bat um Information betreffend das Timing der Datenproduktion. Die Verfügungsadressatin klärte die Dauer der Datenerhebung und -bearbeitung ab und teilte am 26. Juli 2017 mit, dass sie in Anbetracht von diverser Ferienabwesenheiten von einer Dauer von bis zu acht Wochen ab Mitteilung der definitiven Methodologie ausgehe.³¹

28. Am 31. Juli 2017 ersuchte das Sekretariat zusätzliche Informationen zum Geschäftstyp [...], um die Methodologie bestätigen zu können und bat zwecks Klärung der Frage um die Angabe einer oder mehreren zuständigen Personen von der [...].³² Am 4. August 2017 liess die Verfügungsadressatin dem Sekretariat eine schriftliche Erklärung zum [...]Geschäft zukommen, so dass die Frage des Sekretariats geklärt werden konnte. Das Sekretariat setzte daraufhin Frist bis 19. September 2017 zur Einreichung der Zahlen des [...].³³

29. Die Verfügungsadressatin sandte am 19. September 2017 ein Fristerstreckungsgesuch bis zum 19. Oktober 2017 und begründete das Gesuch mit der erheblichen Datenmenge und des damit verbundenen Aufwands.³⁴ Das Sekretariat erstreckte die Frist wunschgemäss bis 19. Oktober 2017.³⁵

30. Am 19. Oktober 2017 ersuchte die Verfügungsadressatin bezüglich der Dateneinreichung um eine weitere Fristerstreckung (bis 31. Oktober 2017), welche damit begründet wurde, dass die Koordination auf der Ebene des Managements der [...] bezüglich der angeforderten Daten und entsprechenden Entscheide über die Freigabe von Datenlieferungen an die Wettbewerbskommission noch nicht abgeschlossen werden konnte. Für die Beantwortung ersuchte die Verfügungsadressatin eine zusätzliche Frist bis 31. Oktober 2017, welche das Sekretariat grundsätzlich letztmals erstreckte.³⁶

31. Am 30. Oktober 2017 ersuchte die Verfügungsadressatin um eine telefonische Besprechung – die am 31. Oktober 2017 stattfand – zum Gegenstand des Auskunftsbegehrens.³⁷ In der schriftlichen Rückmeldung vom 31. Oktober 2017 bestätigt die Verfügungsadressatin, dass sie die zusätzlichen am 14. Juni 2017 verlangten Daten am 31. Oktober 2017 nicht einreichen wird. Zu den Gründen verweist sie auf die Erklärung während des Telefongesprächs und hebt hervor, dass sie mit der Abweichung von der am 18. Oktober 2016 eingereichten und bestätigten Methodologie nicht einverstanden sei. Ausserdem erwarte die [...] noch die Stellungnahme des Sekretariats zur ihrer materiell-rechtlichen Beurteilung im Nachgang des Treffens vom 15. Februar 2017. Schliesslich ersucht die Verfügungsadressatin das Sekretariat auf die Einreichung der Daten gemäss dem zusätzlichen Auskunftsbegehren vom 14. Juni 2017 zu verzichten oder um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.³⁸

²³ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 24. Januar (Beilage 19) und 17. März 2017 (Beilage 20).

²⁴ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 29. Mai 2017 [in dieser Beilage ohne Anhänge des Prüfberichts] (Beilage 21).

²⁵ Zwischen der Methodologie vom 11. Juli 2016 und derjenigen vom 18. Oktober 2016 besteht eine Diskrepanz in Bezug auf die [...] Transaktionen. In der früheren festgelegten Methodologie waren diese Zahlen noch enthalten, in der späteren Methodologie wurden sie exkludiert; Vgl. Fn 13, Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 11. Juli 2016 (Beilage 8).

²⁶ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 8. (Beilage 22) und 14. Juni 2017 (Beilage 23).

²⁷ Gemäss mündlichen Besprechungen vom 8. und 9. Juni 2017 zwischen Vertretern der Verfügungsadressatin und dem Sekretariat.

²⁸ Vgl. Schreiben der Verfügungsadressatin vom 27. Juni 2017 (Beilage 24) sowie das Schreiben des Sekretariats vom 29. Juni 2017 (Beilage 25).

²⁹ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 10. Juli 2017 (Beilage 26).

³⁰ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 21. Juli 2017 (Beilage 27).

³¹ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 26. Juli 2017 (Beilage 28).

³² Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 31. Juli 2017 (Beilage 29).

³³ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 4. August 2017 (Beilage 30) sowie die Kopie Schreiben des Sekretariats vom 7. August 2017 (Beilage 31).

³⁴ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 19. September 2017 (Beilage 32).

³⁵ Vgl. Kopie Schreiben des Sekretariats vom 21. September 2017 (Beilage 33).

³⁶ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 19. Oktober 2017 (Beilage 34) sowie Kopie Schreiben des Sekretariats vom 27. Oktober 2017 (Beilage 35).

³⁷ Vgl. Ausdruck E-Mails der Verfügungsadressatin vom 30. Oktober 2017 (Beilage 36).

³⁸ Vgl. Kopie Schreiben der Verfügungsadressatin vom 31. Oktober 2017 (Beilage 37).

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

32. Auskunftsverfügungen dienen der Erhebung des Sachverhaltes und sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.³⁹ Zuständig für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen ist gemäss Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

B.2 Auskunftspflicht der Verfügungsadressatin

33. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gilt in allen kartellrechtlichen Verfahren, also auch in Untersuchungen.⁴⁰ Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG ist zudem weit gefasst und verpflichtet einen breiten Personenkreis zur Mitwirkung an der sich oftmals komplex gestaltenden Abklärung kartellrechtlicher Sachverhalte. Sie ergänzt die amtliche Sachverhaltsermittlung und dient damit direkt dem öffentlichen Interesse an der effizienten und beförderlichen Durchsetzung des Kartellrechts.

34. Inhaltlich beschlägt die Auskunftspflicht – wie vorstehend erwähnt – jegliche Informationen, die im Zusammenhang mit einer Abklärung der Wettbewerbsbehörden stehen und hierfür erforderlich sind. In der vorliegenden Untersuchung 22-0428 sind folglich für die Bestimmung der massgeblichen Umsätze im Devisenkassahandel im Hinblick auf eine allfällige Sanktion gemäss Art. 49a KG i.V.m. Art. 1 ff. SVKG⁴¹ alle Informationen bzw. Daten für die Umsatzberechnung gemäss SVKG zur Verfügung zu stellen. Das Sekretariat forderte als massgebliche Umsätze die „Total Notional Amounts Traded“ (Ziffer 1), das „Traded Income“ (Ziffer 2), den Bruttoertrag der letzten drei Geschäftsjahre (Ziffer 3) sowie den Marktanteil im Devisenkassahandel (Ziffer 4) für die als relevant definierte Periode ein.⁴² Einerseits dienen bestimmte Zahlen zur Berechnung einer konkreten Sanktion bzw. der Sanktionsobergrenze, andererseits können Angaben wichtig sein für Vergleichszwecke, etwa zur Plausibilisierung der eingereichten Daten.

35. Das Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 13. Mai 2016 sowie die mit der Verfügungsadressatin vereinbarte Methodologie vom 18. Oktober 2016 sind nicht strittig.⁴³ Hingegen will die Verfügungsadressatin die Zahlen gemäss Schreiben vom 14. Juni 2017 nicht (mehr) einreichen. Sie teilte am 31. Oktober 2017 mit, dass sie die verlangten Daten am 31. Oktober 2017 nicht einreichen wird und ersuchte um Verzicht der Einreichung der Daten gemäss Auskunftsbegehren vom 14. Juni 2016 oder um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.⁴⁴

36. Das Sekretariat stellt zur Bestimmung der massgeblichen Umsätze im Devisenkassahandel seit Beginn der Umsatzberechnung auf sämtliche ausgeführte Transaktionen im Devisenkassahandel ab. Die Definition der „Notional Amount“ enthält keine Ausnahmestimmungen für Devisenkassatransaktionen. Das Sekretariat hat sich bei allfälligen Bemerkungen bzw. Anfragen der Parteien stets auf den Standpunkt gestellt, dass für die Er-

fassung der Daten sämtliche ausgeführte Transaktionen im Devisenkassahandel relevant sind. Folglich fliessen nicht nur Kapitalmarkttransaktionen im [...] in die Berechnung ein, sondern auch Devisenkassatransaktionen [...]. Dies widerspiegelt sich auch in der ursprünglichen Fassung der Methodologie der Verfügungsadressatin vom 11. Juli 2016, in welcher [...] Transaktionen enthalten waren.⁴⁵

37. Nachfolgend wird geprüft, ob die Verfügungsadressatin sich auf das Recht berufen kann, die Auskunft zu verweigern. Gemäss Art. 40 Satz 2 KG richtet sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 und 17 VwVG⁴⁶. Im vorliegenden Verfahren wurden solche Auskunftsverweigerungsgründe weder geltend gemacht, noch sind solche ersichtlich.

38. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Sachen *Terminierungspreise im Mobilfunk*⁴⁷ festgehalten, dass das aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK⁴⁸ abgeleitete Verbot des Selbstbelastungszwangs, wonach eine Person sich nicht selbst beschuldigen muss, zumindest dem Grundsatz nach auch im Sanktionsverfahren vor der WEKO zu beachten ist.⁴⁹ Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergebe sich insbesondere, dass Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden seien.⁵⁰ Gleichzeitig hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass das Verbot des Selbstbelastungszwangs Beschränkungen unterworfen und unter Umständen auch ein mittels Verwaltungsstrafen ausgeübter Zwang gerechtfertigt sein kann.⁵¹

39. Das Bundesverwaltungsgericht erwähnte weiter den in der Lehre vertretenen Standpunkt, wonach die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten über kein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht verfügen, sondern nur über eines, das sich auf Fragen beschränkt,

³⁹ RPW 2007/3, 487 Rz 3, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 3 m.Nw., *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*.

⁴⁰ RPW 2007/3, 487 Rz 4, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 5, *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*; BENOÎT MERKT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 40 KG N 7; STEFAN BILGER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* [Hrsg.], 2010, Art. 40 N 3; ders., *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 239 (zit. BILGER, *Verwaltungsverfahren*).

⁴¹ Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, KG-Sanktionsverordnung; SVKG; SR 251.5.

⁴² Vgl. Fn 9.

⁴³ Vgl. Fn 38.

⁴⁴ Vgl. Fn 38 sowie Rz 31 in Bezug auf die Gründe.

⁴⁵ Vgl. Rz 15 und Fn 13.

⁴⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

⁴⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, 275 ff. E. 5.7 ff., *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

⁴⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

⁴⁹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 275 E. 5.7.2, *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

⁵⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 275 f. E. 5.7.3, *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

⁵¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 276 E. 5.7.4.1, *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

durch die das Unternehmen direkt oder indirekt dazu gezwungen würde, ein „wettbewerbswidriges Verhalten“ einzugestehen. Nach dieser Sicht⁵², die sich an der Praxis des EuGH in europäischen Wettbewerbsverfahren orientiert, müssen solche – aber nur solche – Fragen nicht beantwortet werden. Auskünfte dürfen nach dieser Rechtsprechung allerdings nicht damit verweigert werden, dass die Informationen dazu verwendet werden könnten, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen. Auskünfte „rein tatsächlicher Art“ müssen – im Gegensatz zu Angaben, welche das „Eingeständnis einer Zuwiderhandlung“ enthalten – stets gegeben werden.⁵³

40. Ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht ist auch abzulehnen, weil ein solches die behördliche Sachverhaltsabklärung im Rahmen komplexer Wettbewerbsverfahren und damit letztlich die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes in unverhältnismässiger Weise erschweren könnte. Ausserdem stünde die bisherige Praxis der REKOWEF entgegen, welche Art. 40 Satz 1 KG als unerlässliches Instrument der Wettbewerbsbehörden bezeichnete, um den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen zu können.⁵⁴ Andere den Behörden zur Verfügung stehende Instrumente zur Ermittlung des Sachverhalts – wie etwa Hausdurchsuchungen und Beschlagnahme von Dokumenten nach Art. 42 KG – führen in aller Regel zu einem erheblich stärkeren Eingriff in die Freiheit und Rechte der Verfahrensbeteiligten, weshalb sie generell nicht ohne weiteres und auch im vorliegenden Fall nicht als Alternative zu schriftlichen Auskunftsbegehren dienen können.

41. Vorliegend hat sich die Verfügungsadressatin (wie erwähnt) nicht auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen. Die vorliegende Auskunftsverfügung erfolgt deshalb, weil die Verfügungsadressatin das Sekretariat am 31. Oktober 2017 trotz vereinbarter Methodologie vom 21. Juli 2017⁵⁵ unvermittelt informierte, dass sie die verlangten Daten gemäss Auskunftsbegehren vom 14. Juni 2017 nicht (mehr) einreichen wird und begründet dies insbesondere mit der Abweichung von der vereinbarten Methodologie vom 18. Oktober 2016 sowie einer offenen Stellungnahme des Sekretariats zur materiell rechtlichen Beurteilung der Sicht der Verfügungsadressatin.⁵⁶ Die Verfügungsadressatin wird nur um Auskünfte rein tatsächlicher Natur ersucht. Sie wird durch keine der gestellten Fragen dazu angehalten, Angaben zu machen, welche ein Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gegen das KG enthalten. Auf die Verfügungsadressatin wird kein unerlaubter Zwang ausgeübt. Wie nachfolgend dargelegt wird, sind die einverlangten Auskünfte im Übrigen nicht nur geeignet und notwendig, um das Ziel des vorliegenden Verfahrens zu erreichen, sondern stehen auch in einem vernünftigen Verhältnis zum Eingriff in die Freiheit der Verfügungsadressatin. Die Anforderungen an das Selbstbelastungsverbot im Sinne der EMRK sind damit erfüllt. Zudem hat die Verfügungsadressatin der Datenlieferung am 21. Juli 2017 zugestimmt und war seither – bis zur Mitteilung am 31. Oktober 2017 – bestrebt, die ergänzenden Daten zu liefern.⁵⁷

42. Zu beachten ist schliesslich, dass Differenzen in der materiell-rechtlichen Einschätzung des Falles zwischen der vorläufigen Würdigung des Sekretariates vom

29. November 2016⁵⁸ und der diesbezüglichen Stellungnahme der Verfügungsadressatin vom 15. Februar 2017 bzw. 12. April 2017⁵⁹ keinen Grund bilden, Auskünfte oder die Einreichung von Unterlagen gemäss Art. 40 KG zu verweigern. Die materiell-rechtlichen Vorbringen der Verfügungsadressatin werden einerseits durch das Sekretariat berücksichtigt und gewürdigt im Rahmen der Antragstellung gemäss Art. 30 KG (sei dies mit oder ohne eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG) und letztlich durch die WEKO als Entscheidbehörde. Gleiches gilt für eine abweichende Auffassung der Verfügungsadressatin, welche Umsätze massgebend sein sollen. Grundsätzlich sind sich Sekretariat und Verfügungsadressatin bezüglich der Methodologie einig, der Grund für die Verweigerung besteht darin, dass die Angaben einen Bereich betreffen (das [...]), welches die Verfügungsadressatin als nicht relevant für die Umsatzberechnung erachtet. Es obliegt aber dem Sekretariat im Rahmen der Untersuchungs- und Officialmaxime festzulegen, welche Beweise bzw. im vorliegenden Fall Zahlen es als erforderlich erachtet. Der Verfügungsadressatin bleibt es unbenommen, im Rahmen der Endverfügung geltend zu machen, die Umsatzberechnung sei nicht korrekt; ein Verweigerungsgrund schon nur die Angaben zu liefern, bildet es hingegen nicht.

43. Die Verfügungsadressatin ist somit gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet.

B.3 Gegenstand und Frist

44. Gegenstand der vorliegenden Auskunftsverfügung bildet das Auskunftsbegehren vom 13. Mai 2016 i.V.m. dem Schreiben des Sekretariats vom 14. Juni 2017 und der am 21. Juli 2017 vereinbarten Methodologie zur Einreichung der [...] Transaktionen.⁶⁰

45. [...] ist verpflichtet, dem Sekretariat bis am 27. November 2017 die „Total Notional Amounts Traded“ der [...] für die Jahre 2009 – 2011 gemäss Schreiben vom 14. Juni 2017 und der vereinbarten Methodologie vom 21. Juli 2017 einzureichen.

⁵² Nach einer anderen (vom BVGer i.S. *Swisscom Terminierung Mobilfunk* erwähnten, vgl. E. 5.7.4.3.2) Auffassung gelte ein absolutes Aussageverweigerungsrecht. Ein Unternehmen sei nicht dazu verpflichtet, durch entsprechende Auskünfte oder die Herausgabe von Dokumenten selber zu seiner Verurteilung zu einer Geldbusse beitragen zu müssen. Vertreter dieser Auffassung argumentieren, die von den Europäischen Gerichten vertretene Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Aussagen mit eigentlichem Geständnischarakter sei „artifizial“ und nicht überzeugend.

⁵³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 276 f. E. 5.7.4.3.1, *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 277 E. 5.7.5.1.2, *Swisscom Terminierung Mobilfunk/WEKO*.

⁵⁵ Vgl. Ausdruck E-Mail der Verfügungsadressatin vom 21. Juli 2017 (Beilage 27); Schreiben des Sekretariats vom 7. August 2017 (Beilage 31).

⁵⁶ Vgl. Rz 31.

⁵⁷ Vgl. Fn 55.

⁵⁸ Anlässlich des bilateralen Treffens vom 29. November 2016 zwischen Vertretern der [...] und dem Sekretariat.

⁵⁹ Anlässlich des bilateralen Treffens vom 15. Februar 2017 zwischen Vertretern der [...] und dem Sekretariat. Am 12. April 2017 reichte die [...] den Inhalt der Präsentation als mündliche Protokollerklärung ein.

⁶⁰ Vgl. Fn 9 und Fn 31.

B.4 Verhältnismässigkeit

46. Auskunftsverfügungen haben dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen. Daher müssen die einverlangten Auskünfte ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das Ziel des jeweiligen Verfahrens erreichen zu können. Zudem müssen sie in einem vernünftigen Verhältnis zum Eingriff in die Freiheit des Auskunftspflichtigen stehen.⁶¹

47. Im vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren nach Art. 27 KG soll abgeklärt werden, ob der untersuchte Sachverhalt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellt, was gegebenenfalls zur Belastung der beteiligten Unternehmen mit einer Sanktion oder anderen Massnahmen führen kann. Aufgrund der durchgeführten Analyse der elektronischen Kommunikationen der Verfügungsadressatin ist das Sekretariat zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Ansicht, dass ein Verstoss gegen Art. 5 KG vorliegt und der Verfügungsadressatin voraussichtlich eine Sanktion gemäss Art. 49a KG aufzuerlegen ist.

48. Das an die Verfügungsadressatin gerichtete Auskunftsbegehren dient der Klärung der massgeblichen Umsatzzahlen. Die Zahlen, die das Sekretariat für die Berechnung einer allfälligen Sanktion benötigt, können nur aus den Systemen der Verfügungsadressatin selber beschafft werden und sind nicht öffentlich zugänglich. Aus diesem Grund ist es auch auf die Informationen der Verfügungsadressatin angewiesen. Die anderen im Gesetz vorgesehenen Instrumente zur Informationsbeschaffung – so namentlich Hausdurchsuchungen (Art. 42 KG) – sind im vorliegenden Verfahrensstadium zur Klärung des Sachverhalts weniger geeignet bzw. keine milderen Mittel als ein schriftliches Auskunftsbegehren. Die Einforderung der genannten Auskünfte ist im vorliegenden Fall somit geeignet und erforderlich um die Berechnung einer allfälligen Sanktion gemäss Art. 49a KG i.V.m. Art. 1 ff. SVKG vornehmen zu können.

49. Die aufbereiteten Daten entsprechend der Methodologie vom 21. Juli 2017 liegen der Verfügungsadressatin bereits vor. In Ihrem Fristerstreckungsgesuch vom 19. Oktober 2017 teilte sie mit, dass entsprechende Entscheide über die Freigabe von Datenlieferungen an die Wettbewerbskommission noch nicht abgeschlossen werden konnte.⁶² Der Aufwand zur Einreichung der bereits vorliegenden Daten ist minim. Die Verfügungsadressatin hat im Übrigen auch zu keiner Zeit geltend gemacht, es sei ihr unmöglich oder unzumutbar, die eingeforderten Auskünfte zu liefern. Die Auskunftsverfügung ist damit auch verhältnismässig im engeren Sinne.

50. Schliesslich sei erwähnt, dass die Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 25 KG an das Amtsgeheimnis gebunden sind und keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Es ist somit gewährleistet, dass die durch die Verfügungsadressatin eingereichten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen.

B.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung

51. Auskunftsverfügungen stellen Zwischenverfügungen dar. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die Beurteilung, ob

diese Voraussetzung in casu erfüllt und somit auf eine allfällige Beschwerde einzutreten wäre, obliegt der Beschwerdeinstanz.

52. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen; dabei hat eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.⁶³

53. Für die Weiterführung der Untersuchung werden die von der Verfügungsadressatin mittels Auskunftsbegehren einverlangten Zahlen zum jetzigen Zeitpunkt benötigt und – gestützt auf die gegenwärtige Beurteilung – vom Sekretariat unabhängig der Art der Verfahrensbeendigung benötigt. Eine Verlängerung des Verfahrens infolge Verzögerung der Sachverhaltsklärung ist aus Gründen der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots zu vermeiden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es der Verfügungsadressatin unbenommen bleibt, im Rahmen der Endverfügung geltend zu machen, dass die Umsatzberechnung nicht korrekt sei (vgl. Rz 42). Dies gilt vorliegend umso mehr, als in diesem Verfahren auch andere Parteien, welche die einverlangten Umsatzzahlen bereits geliefert haben, beteiligt sind. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird daher im öffentlichen Interesse an der effizienten Durchsetzung des Kartellrechts und im privaten Interesse aller Verfahrensbeteiligten an der beförderlichen Durchführung des kartellrechtlichen Verfahrens die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.6 Verwaltungs- und Strafsanktionen

54. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis zu CHF 100'000.00 belastet.

55. Zudem wird eine natürliche Person, welche vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, gemäss Art. 55 KG mit Busse bis zu CHF 20'000.00 bestraft.

56. Sollte die Verfügungsadressatin die mit dieser Verfügung geforderten Auskünfte dem Sekretariat der WEKO nicht bis am 27. November 2017 zustellen, kann die WEKO sowohl eine Verwaltungs- als auch eine Strafsanktion gemäss Art. 52 und 55 KG verhängen.

⁶¹ RPW 2007/3, 487 Rz 9, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 11, *IMS Health GmbH*, je m.w.Hw.

⁶² Vgl. Rz 30 und Fn 36.

⁶³ RPW 2007/3, 487 Rz 14, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 19, *IMS Health GmbH*; statt vieler HANSJÖRG SEILER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., und REGINA KIENER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14, je m.Nw.

57. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.⁶⁴

B.7 Kosten

58. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁶⁵ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 lit. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.00 bis CHF 400.00 richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Den Erlass der Zwischenverfügung hat im vorliegenden Verfahren die Verfügungsadressatin verursacht.

59. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 22 Stunden à 200.00 und 2 Stunden à 290.00, also insgesamt CHF 4'980.00. Diese Kosten hat die Verfügungsadressatin zu tragen.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die [...] ist verpflichtet, dem Sekretariat bis am 27. November 2017 die „Total Notional Amounts Traded“ der [...] für die Jahre 2009 – 2011 gemäss Schreiben vom 14. Juni 2017 und der vereinbarten Methodologie vom 21. Juli 2017 einzureichen.
2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 4'980.00 werden der [...] auferlegt.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - [...] vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

⁶⁴ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

⁶⁵ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. AXA SA/XL Group 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 18. Juni 2018

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. August 2018

1. Am 18. Juli 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt gemäss Bestimmungen des Fusionsvertrags Camelot Holdings Ltd, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der AXA, mit XL zu fusionieren. XL wird die überlebende Gesellschaft sein und zu einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft von AXA werden. Das Zusammenschlussvorhaben besteht im Erwerb alleiniger Kontrolle durch AXA über XL. Eine Verkäuferin besteht indes nicht, da die Aktien der XL öffentlich gehandelt werden und breit gestreut sind.

2. AXA ist eine Aktiengesellschaft nach französischem Recht und an der Pariser Börse Euronext kotiert. AXA ist die Holdinggesellschaft der AXA-Gruppe, einer globalen Versicherungsgruppe mit Sitz in Paris. Die AXA-Gruppe gliedert sich in drei Geschäftseinheiten: Lebensversicherung und Vorsorge (life and savings), Sach- und Schadensversicherung (property and casualty) und Asset Management. AXA ist hauptsächlich in den Regionen Frankreich, Europa, Asien und USA tätig. Geschäftlich tätig ist AXA auch in im mittleren Osten, Lateinamerika und Afrika.¹

3. XL ist durch ihre Tochtergesellschaften ein globales Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen mit Sitz auf den Bermudas. Die XL-Gruppe bietet weltweit Sach-, Schaden- und Spezialversicherungen für Industrie-, Handels- und Gewerbebetriebe, Versicherungen und andere Unternehmen an.²

4. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. c VKU berechnen sich bei Versicherungsunternehmen anhand der Bruttoprämieneinnahmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2017 einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Mrd. und in der Schweiz einen Umsatz von je über CHF 100 Mio. Somit ist der Zusammenschluss meldepflichtig.

5. Der Zusammenschluss fügt sich in AXAs Strategie ein, den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit vom Bereich Lebensversicherung und Vorsorge auf den Bereich Sach- und Schadenversicherung zu verschieben. XL bietet zum einen spezialisierte Produkte an, die AXAs bestehendes Versicherungsportfolio für Unternehmen ergänzen und diversifizieren. Zum anderen verfügt XL über Rückversicherungsmöglichkeiten, die AXA den Zugang zu weiterer Diversifizierung und alternativem Kapital ermöglichen werden.

6. Praxisgemäss sind Versicherungen in Erst- und Rückversicherungen zu unterteilen.³ Erstversicherungen sind dann weiter in Lebensversicherungen und Nicht-Lebensversicherungen zu unterteilen.⁴ Von den Zusammenschlussparteien ist nur AXA im Lebensversicherungsgeschäft in der Schweiz tätig, welches noch weiter in Einzel-, Kollektiv- und Anteilgebundene Lebensversicherung unterteilt wird.⁵

7. Im Bereich der Nicht-Lebensversicherungen sind beide Unternehmen tätig. Unterteilt wird dieser Markt weiter in Unfallversicherung, Krankenversicherung, Haftpflichtversicherung, Motorfahrzeugversicherung, Transportversicherung, sonstige Schadensversicherungen und sonstige Versicherungen. Krankenversicherung und Motorfahrzeugversicherung wird in der Schweiz jedoch nur von AXA betrieben.

8. Von den beteiligten Unternehmen ist in der Schweiz nur XL im Bereich der Rückversicherung und nur AXA im Bereich des Asset Managements tätig.

9. Räumlich werden die Märkte für Erstversicherung (Lebens- und Nicht-Lebensversicherung) grundsätzlich national und der Markt für Rückversicherung global abgegrenzt. Gemäss Praxis der WEKO wird der Markt für Asset Management national oder weiter abgegrenzt. Da es bzgl. Asset Management aber auch bei einer engen, nur auf die Schweiz bezogenen räumlichen Marktabgrenzung, zu keiner Marktanteilsaddition kommt und kein betroffener Markt vorliegt, kann die Marktabgrenzung offengelassen werden.

¹ Vgl. weitere Angaben im Jahresbericht 2017 unter: <https://www.axa.com/en/newsroom/publications/2017-annual-report>.

² Vgl. weitere Angaben im Jahresbericht 2017 unter: <https://investor.xlgroup.com/static-files/0b12c2a1-47b7-4813-9c53-54f438aa495c>.

³ Vgl. RPW 2014/3, 542, Rz 18, Helvetia/Nationale; RPW 2006/3, 494, Rz 11 f., Axa/Winterthur.

⁴ Vgl. RPW 2014/3, 542, Rz 18, Helvetia/Nationale; RPW 2005/2, 387, Rz 54, Vaudoise / La Suisse, RPW 2008/3, 468, Rz 31, Berkshire/Hathaway / Munich Re / Global Aerospace.

⁵ Vgl. RPW 2014/3, 542, Rz 19, Helvetia/Nationale; RPW 2005/2, 387, Rz 54, Vaudoise / La Suisse.

Geschätzte Marktanteile in der Schweiz im Jahr 2017 (in %)

Relevante Produktmärkte	AXA	XL	Gemeinsamer Marktanteil
Einzel-Lebensversicherung	18	0	18
Kollektiv-Lebensversicherung	29.4	0	29.4
Anteilgebundene (fondsgebundene) Lebensversicherung	6	0	6
Unfallversicherung (Einzel und Kollektiv)	15	<1	<16
Krankenversicherung	4	0	4
Haftpflichtversicherung	17.5	2.4	19.9
Motorfahrzeugversicherung	23	0	23
Transportversicherung	12	2	<14
Feuer-, Elementarschäden und andere Sachversicherungen	15	<1	<16
Andere Versicherungen (z.B. Kredit und Sicherheit, Rechtsschutz, Reise)	16	1	17
Rückversicherung (weltweit)	0.3	2	2.3
Asset Management	3.5	0	3.5

10. Die gemeinsamen Marktanteile übersteigen in keinem der Märkte, in welchem das Zusammenschlussvorhaben zu Marktanteilsadditionen führt, die Schwelle von 20 %. Zudem betragen die Marktanteilsadditionen nirgends mehr als 2,5 %. Auch wenn der zukünftige Marktanteil von AXA im Markt Haftpflichtversicherung nahe bei 20 % zu liegen kommt, sind weiterhin andere starke Konkurrenten auf dem Markt. Auf nationaler und internationaler Ebene sind zahlreiche Unternehmen tätig, insbesondere Zurich Insurance Group, Helvetia, Mobiliar, Swiss Life, Basler Versicherungen und Allianz. Mit Bezug auf weitere Märkte, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht, übersteigen die Marktanteile keiner Partei 30 %. Im Bereich der Kollektiv-

Lebensversicherung wird die Schwelle jedoch nur ganz knapp nicht erreicht (29.4%). Jedoch erfolgt auf diesem Markt keine Marktanteilsaddition und auch hier sind weitere grössere Wettbewerber auf dem Markt tätig.

11. Der Zusammenschluss führt demnach zu keinen betroffenen Märkten i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

2. Vontobel Holding AG/Notenstein La Roche Privatbank 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 18. Juni 2018

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. Juni 2018

1. Am 31. Mai 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Vontobel Holding AG (nachfolgend: Vontobel) alle Aktien und Partizipationsscheine der Notenstein La Roche Privatbank AG (nachfolgend: Notenstein) von der Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (nachfolgend: Raiffeisen) zu erwerben.

2. *Vontobel* ist die Muttergesellschaft der Vontobel-Gruppe, die primär in den Bereichen des Private Bankings, des Investment Bankings und des Asset Managements tätig ist. Vontobel verfügt über Niederlassungen im In- und Ausland. Vontobel ist an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange kotiert.¹

3. *Notenstein* ist primär im Bereich des Private Bankings tätig und deckt dabei die verschiedenen Bedürfnisse der Vermögensgestaltung für Privatkunden ab. Notenstein verfügt über verschiedene Zweigniederlassungen in der Schweiz. Notenstein ist weder im Ausland tätig, noch an der Schweizer Börse kotiert.²

4. Vontobel schloss einen Aktienkaufvertrag mit Raiffeisen ab und beabsichtigt – sobald die Vollzugsvoraussetzungen eingetreten sind – alle Aktien und Partizipationsscheine der Notenstein zu erwerben. Vontobel erhält dadurch die *alleinige Kontrolle* über die Notenstein i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG³.

5. Mit Schreiben vom 1. Juni 2018 wurde die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (nachfolgend: FINMA) gemäss Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU⁴ über den Zusammenschluss informiert. Die FINMA bestätigte mit Schreiben vom 5. Juni 2018, dass sie den Zusammenschluss als nicht aus Gründen des Gläubigerschutzes für notwendig erachtet.

6. Anstelle des Umsatzes sind für Banken, die den Rechnungslegungsvorschriften gemäss BankG⁵ unterstellt sind, die Bruttoerträge massgebend (Art. 9 Abs. 3 KG). Die Summe der Bruttoerträge, welche die rechtlichen Einheiten von Vontobel mit Standort in der Schweiz im Jahr 2017 erzielten, beträgt CHF 1'108.3 Mio. Notenstein erzielte die Bruttoerträge in der Höhe von CHF 170 Mio. ausschliesslich in der Schweiz. Damit ist der Zusammenschluss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

7. Als Folge der Entwicklung ihres Anlagegeschäfts hat sich Raiffeisen entschlossen, das Geschäftssegment

Anlagekunden neu auszurichten und als Konsequenz davon Notenstein an Vontobel zu verkaufen. Vontobel ergänzt mit dem Zukauf von Notenstein das eigene Private Banking Geschäft für vermögende Kunden und baut mit den zusätzlichen Standorten von Notenstein ihre Präsenz in der Schweiz aus.

8. Praxisgemäss grenzt die WEKO einen *Markt für Private Banking* ab.⁶ Es gibt im vorliegenden Fall keine Gründe, von dieser Praxis abzuweichen, weshalb von einem Markt für Private Banking als sachlich relevanter Markt ausgegangen wird. Das meldepflichtige Unternehmen bringt vor, dass der räumlich relevante Markt international abgegrenzt werden sollte, da Private Banking Dienstleistungen von vermögenden Privatkunden weltweit nachgefragt würden. I.c. kann die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts offengelassen werden, da es durch den Zusammenschluss, auch bei einer engen, nur auf die Schweiz bezogenen räumlichen Markt-abgrenzung, lediglich zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition kommt, durch die keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird:

9. Gemäss Praxis der WEKO wird für die Berechnung des Gesamtmarkts für Private Banking auf die Daten der Schweizerischen Nationalbank zu den Wertschriftenbeständen in Kundendepots bei Schweizer Banken abgestellt.⁷ Per Ende 2017 betrug dieses Volumen rund CHF 6'170 Mrd. Davon entfielen rund CHF 1'123 Mrd. auf Privatkunden.⁸

10. Vontobel verwaltete per Ende 2017 ein Vermögen von rund CHF 54 Mrd., so dass ein Marktanteil von 5 % resultiert. Notenstein verwaltete per Ende 2017 ein Vermögen von rund CHF 16.8 Mrd., was einem Marktanteil von 1 % entspricht. Der gemeinsame Marktanteil beträgt nach dem Zusammenschluss somit rund 6 %. Auf nationaler und internationaler Ebene sind im Private Banking weiterhin zahlreiche Unternehmen tätig, u.a. die beiden Grossbanken UBS und Credit Suisse, so dass der Zusammenschluss kaum Auswirkungen auf die Marktstruktur aufweist.

¹ Vgl. weitere Angaben im Geschäftsbericht 2017 unter: <https://www.vontobel.com/de-ch/ueber-vontobel/investor-relations/finanzreporting/>.

² Vgl. weitere Angaben im Geschäftsbericht 2017 unter: https://www.nostenstein-laroche.ch/de/NLR_geschaeftsbericht-2017.

³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

⁵ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankgesetz, BankG; SR 952.0).

⁶ RPW 2014/3, 514, Rz 28, LGT Bank Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank SA; RPW 2012/1, 122, Rz 15 ff., Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA; RPW 2009/1, 92, Rz 21 f., Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.

⁷ RPW 2014/3, 514, Rz 34, LGT Bank Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank SA.

⁸ <https://data.snb.ch/de/topics/banken#!/chart/bawebedosecmch> (besucht am 04.06.2018).

11. Der Zusammenschluss führt demnach selbst bei einer nationalen Abgrenzung zu *keinen betroffenen Märkten* i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die vorläufige Prüfung ergibt somit 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. Lenovo Group Limited/Fujitsu Limited/Fujitsu Client Computing Limited

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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 6. April 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. April 2018

A Sachverhalt

1. Am 7. März 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Lenovo Group Limited (nachfolgend: Lenovo) und die Fujitsu Limited (nachfolgend: Fujitsu) die Gründung eines Joint Ventures durch Lenovos Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an bestimmten Vermögenswerten im Zusammenhang mit Fujitsus Personal Computer-Geschäft, wobei Fujitsu die betreffenden Vermögenswerte in einem ersten Schritt in ihr Tochterunternehmen Fujitsu Client Computing Limited (nachfolgend: FCCL) gruppieren wird und in einem zweiten Schritt eine Mehrheitsbeteiligung von 51 % an der FCCL an ein alleiniges Tochterunternehmen von Lenovo transferieren wird.

2. Lenovo mit Sitz in Hongkong, China, ist ein multinationaler Computertechnologiekonzern, der Desktop- und Notebook-PCs, Workstations, Server, Speicherlaufwerke und IT-Management-Software entwickelt, herstellt und vertreibt, Smart Mobile Devices herstellt und IT-Services anbietet. Der Legend Holdings Corporation gehören 31,47 % des Lenovo-Aktienkapitals, Lenovo wird aber weder durch diesen Aktionär noch durch einen anderen Aktionär oder eine andere Aktionärsgruppe kontrolliert (Stand: 31. März 2017).

3. Fujitsu mit Sitz in Kawasaki, Kanagawa, Japan, ist ein Informations- und Kommunikationstechnologieunternehmen, das seinen Kunden eine breite Palette von Technologieprodukten, -lösungen und -dienstleistungen anbietet. Es hat drei Hauptgeschäftsbereiche: Technology Solutions (Geschäftslösungen basierend auf Systemplattformen und Dienstleistungen für Geschäftskunden), Ubiquitous Solutions (Personal Computer, nachfolgend: PC, Mobiltelefone und mobile Hardware) und Device Solutions (Large Scale Integration LSI und elektronische Komponenten).

4. FCCL mit Sitz in Kawasaki, Kanagawa, Japan, wurde am 1. Februar 2016 gegründet und wird im Bereich der Herstellung und der Forschung und Entwicklung von Notebooks, Tablets, Zubehör und Peripheriegeräten tätig sein sowie dem Verkauf von Desktops, Notebooks, Tablets, Zubehör und Peripheriegeräten an Privatkunden.

5. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, die komplementären Stärken von Lenovo und Fujitsu im PC-

Geschäft zusammenzubringen. Gemäss den Parteien wird das Joint Venture in der Lage sein, sowohl Lenovos globale Reichweite bei der Beschaffung von Materialien (Hardware/Software) als auch FCCLs Stärken zu nutzen wie z.B. bezüglich der Entwicklung und Vermarktung von Produkten für japanische Privatkunden. Die Parteien erwarten erhebliche Effizienzvorteile.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 7. März 2018 bei der Europäischen Kommission angemeldet. Die reguläre Frist läuft bis 16. April 2018. Es wird zudem in Japan, China, Taiwan, der Türkei und Indonesien gemeldet (Stand: 7.3.2018).

B Erwägungen**B.1 Unternehmenszusammenschluss**

7. Nach dem Transfer von 51 % des Aktienkapitals der FCCL an die Lenovo-Gruppe (vgl. Rz 1) wird Fujitsu einen Anteil von 44 % des Aktienkapitals der FCCL behalten, während die Development Bank of Japan 5 % des Aktienkapitals der FCCL halten wird. [...] Somit werden Lenovo und Fujitsu nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die gemeinsame Kontrolle über die FCCL ausüben und es liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) vor.

B.2 Meldepflicht

8. Lenovo und Fujitsu erzielten im Geschäftsjahr 2016/2017 (01.04.2016–31.03.2017) weltweit zusammengerechnet einen Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

9. Nachfolgend werden mögliche relevante Märkte bezüglich PCs erörtert. Nebst der Herstellung (inkl. Forschung und Entwicklung, nachfolgend: F&E) von Laptops und Tablets und dem Verkauf von Desktops, Laptops und Tablets an Konsumenten wird das Joint Venture FCCL auch in der Herstellung (inkl. F&E) von PC-Zubehör und Peripherie-Geräten sowie dem Verkauf dieser Produkte an Konsumenten tätig sein. Aufgrund der beschränkten Tätigkeiten der Parteien im Bereich PC-Zubehör und Peripheriegeräte ist vorliegend eine Diskussion möglicher relevanter Märkte nicht notwendig.

10. Weiter ist anzumerken, dass eine potentielle vertikale Beziehung zwischen den Märkten, in welchen das Joint Venture FCCL aktiv sein wird und dem Bereich Geschäftslösungen (Solutions Business), in welchem Fujitsu und Lenovo nach dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens weiter tätig sein werden,

besteht. Mit Verweis auf die Analyse in Rz 25 wird nachfolgend auf eine Abgrenzung dieser Märkte verzichtet.

B.3.1 Relevante Märkte

11. Im Jahr 1998 grenzte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) separate sachlich relevante Märkte für PC (ein für den Endbenutzer konzipierter Rechner zur Datenverarbeitung und -speicherung) und Workstations (ein für den Endbenutzer konzipierter Computer mit hoher Leistung und spezifischen Anwendungen) ab, wobei sie darauf hinwies, dass als besondere Formen von PC stationäre (Desktops) und portable (Laptops) PC unterschieden werden.¹ Diese Unterscheidung zwischen Workstations einerseits und Desktops und Laptops andererseits bestätigte sie in Entscheiden aus den Jahren 2002 und 2009.² Räumlich grenzte die WEKO den PC-Markt in ihrem Entscheid *Hewlett-Packard/Compaq* aus dem Jahr 2002 als mindestens europäisch, wenn nicht gar weltweit ab.³ In ihrem Entscheid *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation* aus dem Jahr 2009 verwies sie für die räumliche Abgrenzung des PC-Markts auf den vorgenannten Entscheid.⁴

12. Die Europäische Kommission hat sich in mehreren Entscheiden mit PCs und Tablets auseinandergesetzt. In ihrem Entscheid *HP/Compaq* aus dem Jahr 2002 ging sie von separaten sachlich relevanten Märkten für PCs an Endkonsumenten und PCs an Geschäftskunden aus, wobei PCs sowohl Desktops als auch Laptops beinhalten, liess die genaue diesbezügliche Marktabgrenzung schliesslich aber offen.⁵ Im Entscheid *Acer/Packard Bell* aus dem Jahr 2008 diskutierte die Europäische Kommission gestützt auf Ergebnisse einer Marktuntersuchung, ob Desktops und Laptops zum selben sachlich relevanten Markt gehören.⁶ Weiter erwog sie bezüglich PCs eine Abgrenzung gemäss den Kundensegmenten private Endverbraucher (Consumers) und Geschäftskunden.⁷ Schliesslich liess sie die genaue sachlich relevante Marktabgrenzung bezüglich PCs offen.⁸ Im Entscheid *Lenovo/Medion* aus dem Jahr 2011 segmentierte die Europäische Kommission den PC-Markt in Desktop PCs und in Laptops (oder tragbare PCs) und erwog das Vorhandensein eines separaten Markts für Tablets, ein – damals – neues Gerät innerhalb des tragbaren PC-Markts.⁹ Zudem unterteilte sie jeden dieser Märkte gemäss der Art der Endkundenkategorie (geschäftliche vs. private Nutzung).¹⁰ Schliesslich liess sie die genaue sachlich relevante Marktabgrenzung bezüglich Desktops und tragbarer PCs offen.¹¹

13. In ihren Entscheiden *Microsoft/Nokia* und *Lenovo/Motorola Mobility* aus den Jahren 2013 resp. 2014 setzte sich die Europäische Kommission u.a. damit auseinander, ob Smart Phones und Tablets zu einem sachlich relevanten Markt für Smart Mobile Devices (intelligente Mobilgeräte) gehören oder als separate Märkte zu betrachten sind, zudem erörterte sie in *Microsoft/Nokia*, ob eine weitere Segmentierung in Geschäftskunden und Privatkunden angebracht ist.¹² Schliesslich liess sie die genaue sachlich relevante Marktabgrenzung bezüglich Mobile Devices resp. Smart Mobile Devices in beiden Fällen offen.¹³

14. Die Europäische Kommission grenzte den PC-Markt in ihrem Entscheid *HP/Compaq* aus dem Jahr 2002 räumlich als mindestens den Europäischen Wirtschafts-

raum (nachfolgend: EWR) umfassend ab,¹⁴ während sie die räumlichen Marktabgrenzungen bezüglich PCs in ihrem Entscheid *Acer/Packard Bell* aus dem Jahr 2008 offen liess mit Verweis auf eine EWR-weite oder nationale Marktabgrenzung.¹⁵ Des Weiteren ging sie im Entscheid *Lenovo/Medion* für Desktops und tragbare PCs von entweder nationalen oder EWR-weiten Märkten aus, die genaue diesbezügliche räumliche Marktabgrenzung liess sie aber offen.¹⁶ Weiter erachtete die Europäische Kommission den räumlich relevanten Markt bezüglich Smart Mobile Devices in den Entscheiden *Microsoft/Nokia* und *Lenovo/Motorola Mobility* als mindestens EWR-weit wenn nicht weltweit, liess die genaue diesbezügliche räumlich relevante Abgrenzung aber schliesslich offen.¹⁷

15. Die Parteien gehen von einem einzigen Produktmarkt für PCs, bestehend aus Desktops, Notebooks (auch Laptops genannt) und Tablets, mit einer möglichen Unterteilung in PCs für Privatkunden und PCs für Geschäftskunden, aus. Räumlich erachten sie die relevanten Märkte für PCs als mindestens EWR- und schweizweit.

16. Vorliegend werden bezüglich PCs die folgenden, möglichen, sachlich relevanten Märkte betrachtet: ein sachlicher Markt, welcher Desktops, Laptops und Tablets umfasst, je ein separater sachlich relevanter Markt für Desktops, für Laptops und für Tablets, ein sachlich relevanter Markt, welcher Desktops und Laptops umfasst, sowie ein sachlich relevanter Markt für tragbare PCs, welcher Laptops und Tablets in sich vereint, wobei diese sechs Märkte weiter gemäss Kundensegment in Privat- und Geschäftskunden segmentiert werden. Räumlich wird für diese Märkte vorliegend von mindestens schweizweiten Märkten ausgegangen und auch eine räumliche Abgrenzung in Betracht gezogen, welche

¹ RPW 1998/2, 275, *Compaq Computer Corporation – Digital Equipment Corporation*.

² RPW 2002/2, 299 Rz 16, *Hewlett-Packard/Compaq*; RPW 2009/2, 161 Rz 30, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

³ RPW 2002/2, 304 Rz 42, *Hewlett-Packard/Compaq*.

⁴ RPW 2009/2, 162 Rz 46, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

⁵ KOMM, COMP/M.2609 vom 31.1.2002, Rz 10–15, *HP/Compaq*.

⁶ KOMM, COMP/M.4979 vom 27.2.2008, Rz 10 f., *Acer/Packard Bell*.

⁷ KOMM, COMP/M.4979 vom 27.2.2008, Rz 14 ff., *Acer/Packard Bell*.

⁸ KOMM, COMP/M.4979 vom 27.2.2008, Rz 18, *Acer/Packard Bell*.

⁹ KOMM, COMP/M.6196 vom 26.7.2011, Rz 13, *Lenovo/Medion*.

¹⁰ KOMM, COMP/M.6196 vom 26.7.2011, Rz 14, *Lenovo/Medion*.

¹¹ KOMM, COMP/M.6196 vom 26.7.2011, Rz 15, *Lenovo/Medion*.

¹² KOMM, COMP/M.7047 vom 4.12.2013, Rz 16–20, *Microsoft/Nokia*; KOMM, COMP/M.7202 vom 26.6.2014, Rz 16–18, *Lenovo/Motorola Mobility*.

¹³ KOMM, COMP/M.7047 vom 4.12.2013, Rz 21, *Microsoft/Nokia*; KOMM, COMP/M.7202 vom 26.6.2014, Rz 19, *Lenovo/Motorola Mobility*.

¹⁴ KOMM, COMP/M.2609 vom 31.1.2002, Rz 14, *HP/Compaq*.

¹⁵ KOMM, COMP/M.4979 vom 27.2.2008, Rz 23, *Acer/Packard Bell*.

¹⁶ KOMM, COMP/M.6196 vom 26.7.2011, Rz 17 f., *Lenovo/Medion*.

¹⁷ KOMM, COMP/M.7047 vom 4.12.2013, Rz 72, *Microsoft/Nokia*; KOMM, COMP/M.7202 vom 26.6.2014, Rz 29, *Lenovo/Motorola Mobility*.

den EWR und die Schweiz umfasst. Die genaue Abgrenzung bezüglich dieser relevanten Märkte, sowohl sachlich als auch räumlich, kann vorliegend aber offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren sachlichen und räumlichen Abgrenzung der Märkte dasselbe bleibt.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

17. Schweizweit beträgt der gemeinsame Marktanteil von Lenovo und Fujitsu (jeweils inkl. Anteil, welcher in das Joint Venture FCCL übergeht) umsatzbasiert für das Jahr 2016¹⁸ in drei der in Rz 16 sachlich abgegrenzten PC-Märkte 20 % oder mehr (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Im Markt für Laptops für Geschäftskunden beträgt der schweizweite Marktanteil von Lenovo [20–30] % und derjenige von Fujitsu [0–10] % (Marktanteil von FCCL: [0–10] %), kumuliert also [20–30] %. In einem gemeinsamen Markt für Desktops und Laptops für Geschäftskunden ergibt sich ein schweizweiter Marktanteil von [10–20] % für Lenovo, von [0–10] % für Fujitsu (Marktanteil von FCCL: [0–10] %), kumuliert beträgt er also [20–30] %. Bei tragbaren PCs (Laptops und Tablets) für Geschäftskunden erreicht Lenovo einen schweizweiten Marktanteil von [10–20] % und Fujitsu einen solchen von [0–10] % (Marktanteil von FCCL: [0–10] %), womit sich eine Marktanteilsaddition auf [20–30] % ergibt. Mengenbasiert ergibt sich für zwei der drei vorgenannten, schweizweiten Märkte eine Addition auf mindestens 20 %, nämlich für den schweizweiten Markt für Laptops für Geschäftskunden (auf [20–30] %) und für den schweizweiten Markt für Desktops und Laptops für Geschäftskunden (auf [20–30] %), zudem wird auch im schweizweiten Gesamtmarkt für Laptops (private Kunden und Geschäftskunden) mit einem kumulierten Marktanteil von Lenovo und Fujitsu von [20–30] % die 20-Prozent-Schwelle erreicht.

18. Für die in Rz 16 abgegrenzten PC-Märkte wird in der selbigen Randziffer eine räumliche Abgrenzung in Betracht gezogen, welche das Gebiet des EWR und der Schweiz umfasst. Da für vorliegende Analyse keine diesbezüglichen Marktanteilsschätzungen vorliegen, wird nachfolgend – berücksichtigend, dass der Umsatz, der in der Schweiz in den jeweiligen PC-Märkten erzielt wird, relativ gering ist verglichen mit dem EWR-weiten Umsatz in den jeweiligen PC-Märkten – als Approximation für das Gebiet EWR und Schweiz die Wettbewerbssituation für den EWR aufgezeigt. Basierend auf umsatzbasierten Marktanteilsschätzungen für das Jahr 2016 ergeben sich Marktanteilsakkumulationen von Lenovo und Fujitsu im EWR in den folgenden fünf PC-Märkten: im EWR-weiten Markt für PCs für Geschäftskunden von [20–30] % (davon Fujitsu inkl. FCCL: [0–10] %), im EWR-weiten Markt für Desktops für Geschäftskunden von [20–30] % (davon Fujitsu inkl. FCCL: [0–10] %), im EWR-weiten Markt für Laptops von [20–30] % (davon Fujitsu inkl. FCCL: [0–10] %), im EWR-weiten Markt für Laptops für Geschäftskunden von [20–30] % (davon Fujitsu inkl. FCCL: [0–10] %) und im EWR-weiten Markt für Desktops und Laptops für Geschäftskunden von [20–30] % (davon Fujitsu inkl. FCCL: [0–10] %). Mengenbasiert ergeben sich bei acht EWR-weiten PC-Märkten Marktanteilsakkumulationen von mindestens 20 %, wobei

die höchsten kumulierten Marktanteile im EWR-weiten Markt für Laptops (mit [20–30] %) und deren Segmentierung in private Kunden (mit [20–30] %) und Geschäftskunden (mit [20–30] %) erzielt werden.

19. Vergleicht man die umsatzbasierten Marktanteile Lenovos für das Jahr 2016 in den Bereichen Desktops, Laptops und Tablets miteinander, so ist der Marktanteil Lenovos bei Laptops deutlich höher als bei Desktops und bei Desktops wiederum deutlich höher als bei Tablets, und zwar in der Schweiz als auch im EWR. Bei einer weiteren Segmentierung dieser Märkte in Geschäftskunden und private Kunden fällt auf, dass Lenovo bezüglich Laptops und Desktops jeweils höhere Marktanteile im Segment Geschäftskunden als im Segment private Kunden hat, während es bei Tablets umgekehrt ist.

20. Im Vergleich zu Lenovo ist Fujitsu sowohl im EWR als auch in der Schweiz im Bereich PCs ein deutlich kleinerer Wettbewerber. Ausgehend von den umsatzbasierten Marktanteilen für das Jahr 2016 ist der Marktanteil Fujitsus [...].

21. Für keine der in Rz 16 skizzierten sachlichen PC-Märkte, und zwar weder für die Schweiz noch für den EWR, ergibt sich eine Marktanteilsaddition von Lenovo und Fujitsu (inkl. FCCL) von über 30 % (vgl. Rz 17 f.). Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation im Bereich Laptops als auch im Bereich Desktops aufgezeigt, nicht aber für den Bereich Tablets, in welchen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 in der Schweiz und im EWR vergleichsweise tiefere kumulierte Marktanteile verzeichneten.

22. Bei Laptops für Geschäftskunden sind die wichtigsten Wettbewerber der Zusammenschlussparteien (umsatzbasiert) schweizweit Hewlett-Packard (nachfolgend: HP) mit einem Marktanteil von [30–40] %, Apple mit einem solchen von [20–30] % und Dell mit einem solchen von [10–20] % (kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien: [20–30] %) und EWR-weit HP mit einem Marktanteil von [20–30] % und Apple und Dell mit einem jeweiligen Marktanteil im Bereich von 10–20 % (kumulierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien: [20–30] %). Zudem sind auf diesen Märkten weitere, kleinere Wettbewerber aktiv. Betrachtet man Laptops für private Kunden, so vereint Apple schweizweit mit [50–60] % für das Jahr 2016 umsatzbasiert den grössten Marktanteil auf sich, während der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien [10–20] % beträgt, wobei anzumerken ist, dass die Addition nur sehr gering ausfällt. Auch EWR-weit ist Apple gestützt auf Umsatzzahlen für das Jahr 2016 der stärkste Wettbewerber in diesem Markt mit einem Marktanteil von [20–30] %. Sowohl schweizweit als auch EWR-weit sind weitere Wettbewerber (so u.a. Acer und ASUS) in diesem Markt aktiv.

¹⁸ Schätzungen der Parteien basierend auf Daten der International Data Corporation (IDC).

23. Bezüglich Desktops (ohne Kombination mit Laptops und/oder Tablets) erreichen die Zusammenschlussparteien im Jahr 2016 umsatzbasiert nur betreffend das Segment Geschäftskunden und EWR-weiter Markt (nicht aber schweizweiter) einen kumulierten Marktanteil von mindestens 20 %, und zwar von [20–30] %. In jenem Markt sind HP mit einem Marktanteil von [30–40] % und Dell mit einem solchen von [20–30] % die wichtigsten Wettbewerber, daneben sind in diesem Markt weitere Wettbewerber vorhanden.

24. Zusammenfassend ergibt sich für die PC-Märkte, dass in sämtlichen dieser Märkte, in welchen die Zusammenschlussparteien für das Jahr 2016 auf einen Marktanteil von mindestens 20 % kommen, ausreichend Wettbewerb vorhanden ist. Zudem betragen die Marktanteile von FCCL in diesen Märkten sowohl schweiz- als auch EWR-weit nie mehr als 10 %. Somit ergibt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bezüglich PC-Märkte keine Anhaltspunkte einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

25. Zwischen den Aktivitäten des Joint Ventures FCCL und denjenigen von Fujitsu besteht eine vertikale Beziehung dahingehend, dass FCCL PCs für Geschäftskunden herstellt, während Fujitsu mit dem Verkauf von PCs an Geschäftskunden im nachgelagerten Bereich für Ge-

schäftslösungen (Solutions Business) tätig ist. Der Marktanteil von Fujitsu im Bereich Geschäftslösungen beträgt weltweit [0–10] %, EWR-weit [0–10] % und schweizweit für das Jahr 2016 geschätzte [0–10] %. Weiter ist anzumerken, dass gemäss den Parteien die Beziehung zwischen FCCL und Fujitsu durch die Transaktion nicht beeinflusst wird. So beliefert FCCL Fujitsu bereits heute exklusiv mit Geschäftskunden-PCs, und dies wird auch nach der Transaktion der Fall sein. Auch Lenovo hat Tätigkeiten im Bereich Geschäftslösungen, diese beschränken sich aber auf den Pre- und After-Sales-Service für PCs. Gemäss den Parteien ist Lenovos Marktanteil in diesem Markt unabhängig von der Definition des räumlich relevanten Marktes vernachlässigbar. Somit ergeben sie hieraus keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben.

B.3.3 Ergebnis

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

B 2.3

4. Carl Zeiss AG/Deutsche Telekom 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 4. Dezember 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Dezember 2017

1. Am 21. November 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Carl Zeiss AG (nachfolgend: CZ) und die Deutsche Telekom AG (nachfolgend: DT; gemeinsam auch: meldende Unternehmen) die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Carl Zeiss Smart Optics, Inc. (nachfolgend: NewCo), welches gemeinsam durch die Carl Zeiss Venture Beteiligungsgesellschaft mbH (nachfolgend: CZVB) und die Telekom Innovation Pool GmbH (nachfolgend: T Innovation) kontrolliert werden soll.¹

2. **CZ** mit Sitz in Oberkochen, Deutschland, führt die im Bereich Optik und Optoelektronik tätige Zeiss-Gruppe² als strategische Holding. Die Tätigkeit der Zeiss-Gruppe gliedert sich in vier Sparten: Semiconductor Manufacturing Technology, Research & Quality Technology, Medical Technology und Vision Care/Consumer Products.³ Die CZVB, indirekte Tochtergesellschaft von CZ, mit Sitz in Oberkochen, Deutschland, hält 100 % der Anteile der Carl Zeiss Smart Optics GmbH (nachfolgend: CZSO) mit Sitz in Aalen, Deutschland. CZSO beschäftigt sich mit der Erforschung und Entwicklung von optischen Systemen, die zur Dateneinspiegelung in Datenbrillensysteme integrierbar sind, und hält diverse Patente in diesem Bereich (vgl. unten, Rz 6). Die CZ ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Carl-Zeiss-Stiftung mit Sitz in Heidenheim an der Brenz und Jena, Deutschland, welche auch eine hundertprozentige Beteiligung an der Schott AG (nachfolgend: Schott)⁴ mit Sitz in Mainz, Deutschland, hält. Schott ist in den Bereichen Spezialglas und Glaskeramik tätig.

3. T Innovation ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von DT. **DT**⁵ mit Sitz in Bonn, Deutschland, ist ein weltweit tätiger Telekommunikations- und Informations-technologieanbieter. DT ist ein börsennotiertes Unternehmen, an welchem die Bundesrepublik Deutschland eine Beteiligung von 14,5 % und die Kreditanstalt für Wiederaufbau, deren Haupteigentümerin die Bundesrepublik Deutschland ist, eine Beteiligung von 17,4 % hält. DT vermarktet Produkte und Dienstleistungen aus den Bereichen Festnetz/Breitband, Mobilfunk, Internet, IPTV und Informationstechnologie an Privatkunden. DT bietet zudem anderen Telekommunikationsanbietern und Internet Service Providern (ISP) auf der Vorleistungsebene Telekommunikationsdienstleistungen an und ver-

marktet Informations- und Kommunikationstechnologie-lösungen an grosse und mittlere Unternehmen.

4. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen **NewCo** mit Sitz in Thornwood, New York, USA, hat derzeit keine Geschäftstätigkeit. Ziel von NewCo ist die Kommerzialisierung eines Datenbrillensystems [...]. Die Vermarktung soll ab [...] erfolgen. Der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit von NewCo wird voraussichtlich [...].

5. [...]. Durch die Kooperation werden der finanzielle Aufwand und die möglichen Risiken geteilt.

6. CZVB hat NewCo neu gegründet und hält derzeit sämtliche Anteile an NewCo. Vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird die CZVB ihre hundertprozentige Beteiligung an CZSO in NewCo einbringen. Gemäss dem „Common Stock Purchase Agreement“ zwischen NewCo und T Innovation vom 10. November 2017 wird T Innovation [...] % der Anteile an NewCo erwerben. [...].

7. Gemäss dem „Shareholder Agreement“ zwischen CZ, CZVB, DT, T Innovation und NewCo vom 10. November 2017 wird NewCo [...]. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden CZ (bzw. die Carl-Zeiss-Stiftung) und DT das Gemeinschaftsunternehmen NewCo (über CZVB und T Innovation) i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) **gemeinsam kontrollieren**⁶.

8. Sodann erfüllt das Gemeinschaftsunternehmen NewCo alle Voraussetzungen, um als **Vollfunktionsunternehmen** qualifiziert zu werden (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]):⁷ NewCo wird über eine eigenständige Marktpräsenz verfügen und nicht lediglich eine spezifische Funktion für die Muttergesellschaften übernehmen. NewCo wird nicht von Verkäufen an bzw. Käufen von den Muttergesellschaften abhängig sein. Die Tätigkeit von NewCo ist auf Dauer angelegt. NewCo verfügt schliesslich über ausreichende Ressourcen (Management, Mitarbeiter und

¹ Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 13.11.2017 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet. Case No COMP/M.8612 (2017), *CZ/DT/Carl Zeiss Smart Optics*.

² In der Schweiz gehören die Carl Zeiss AG und die Carl Zeiss Vision Swiss AG zur Zeiss-Gruppe.

³ Vgl. <<https://www.zeiss.com/corporate/int/about-zeiss/portfolio.html>> (30.11.2017).

⁴ In der Schweiz ist Schott über die Schott Schweiz AG vertreten.

⁵ In der Schweiz ist DT mit folgenden Tochtergesellschaften aktiv: T-Systems Schweiz AG, T-Systems Data Migration Consulting AG und Detecon (Schweiz) AG.

⁶ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223; RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁷ RPW 2016/1, 263 Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

Rechte an geistigem Eigentum der CZSO sowie finanzielle Ressourcen; vgl. oben, Rz 6) für eine eigenständige Marktpräsenz.

9. Schliesslich sind die Voraussetzungen für die **Übertragung von Geschäftstätigkeiten**⁸ gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt, denn CZ und DT bringen wie bereits ausgeführt einerseits Management, Mitarbeiter und Rechte an geistigem Eigentum über CZSO sowie finanzielle Ressourcen in das Gemeinschaftsunternehmen NewCo ein.

10. Somit liegt ein **Unternehmenszusammenschluss** i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU bzw. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 VKU vor.

11. Die Zeiss-Gruppe (inkl. Schott, vgl. oben, Rz 2) erzielte im Geschäftsjahr 2015/2016 einen weltweiten Umsatz von CHF 7,5 Mrd. und einen schweizweiten Umsatz von CHF [...]. Die DT-Gruppe erzielte im Geschäftsjahr

2016 einen weltweiten Umsatz von CHF 79,9 Mrd. und einen schweizweiten Umsatz von CHF [...].⁹ Damit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben **meldepflichtig**.

12. Ziel von NewCo ist die Kommerzialisierung eines Datenbrillensystems. [...].

13. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die Prognose für die weltweiten Umsätze von NewCo. Die meldenden Unternehmen schätzen, dass die Umsätze im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) marginal sein dürften, [...]. Davon ausgehend, dass es in der Schweiz wenige potentielle grosse Kunden gibt, schätzen die meldenden Unternehmen zudem, dass die Umsätze in der Schweiz weniger als [...] % der in der Tabelle 1 ausgewiesenen prognostizierten weltweiten Umsätze ausmachen werden.

Tabelle 1: Umsatzprognose für NewCo.

Geschätzte Umsätze NewCo (EUR)						
Produkt/ Dienstleistung	2017	2018	2019	2020	2021	2022
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen.

14. Die Herstellung von Optik, Elektronik, Rahmen etc. wird nicht durch NewCo erfolgen. NewCo wird vielmehr die zugrundeliegende Technologie der Datenbrille entwickeln und anbieten. [...]. Als Abnehmer [...] von NewCo kommen Unternehmen (Inverkehrbringer von Datenbrillen) in Betracht, die Datenbrillensysteme für Endkonsumenten oder für den Einsatz im professionellen Bereich anbieten möchten (bspw. Elektronikhersteller, Sportartikelhersteller oder Industrieunternehmen).

15. [...] ¹⁰, [...].

16. Weder die WEKO noch die Europäische Kommission haben sich bis zum jetzigen Zeitpunkt mit der **Marktabgrenzung im Bereich Datenbrillensysteme** auseinandergesetzt. Der Träger der durch NewCo zu entwickelnden Datenbrille soll die reale Welt sehen, wobei ein Ausschnitt des Blickfelds mit computergenerierten Daten und Inhalten überlagert bzw. angereichert wird (sog. „Augmented Reality“). Dazu projiziert ein in der Linse integrierter Lichtleiter Licht (bzw. das Bild) auf die Netzhaut des Trägers (optisches System). Die Rechenleistung soll nicht im Brillengestell, sondern in einem externen Netzwerk erbracht werden und die Datenbrillen sollen durch innovative Netzwerktechnologien autark mit Datenservices versorgt werden. Die Entwicklung von NewCo soll es insbesondere ermöglichen, die Optik „unsichtbar“ in das Brillenglas zu integrieren und normal

aussehende (z.B. modische oder sportliche) Brillen zu produzieren, gegebenenfalls auch mit Sehkorrekturen, womit die Linse wie bei handelsüblichen Brillen gebogen sein muss. Wie bereits erwähnt, wird NewCo jedoch keine Hardware, sondern die zugrundeliegende Technologie der Datenbrille entwickeln und anbieten.

⁸ RPW 2016/1, 265 Rz 54 m.w.V., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁹ Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Kein beteiligtes Unternehmen ist das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen. BSK KG-REINERT (Fn 6), Art. 9 KG N 46.

¹⁰ [...].

17. Laut den meldenden Unternehmen kann von einem Markt für die Kommerzialisierung von „Augmented Reality“-Datenbrillen-Technologie ausgegangen werden.¹¹ Vorliegend kann aufgrund nachfolgender Ausführungen jedoch offen bleiben, wie der relevante (Technologie-)Markt bzw. die relevanten (Technologie-)Märkte im Bereich Entwicklung von Datenbrillensystemen, in welchem NewCo tätig sein wird, abzugrenzen wären. Ein solcher Markt besteht bzw. solche Märkte bestehen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht, sondern ist bzw. sind gerade erst am Entstehen. Laut den meldenden Unternehmen sind zwar bislang verschiedene Datenbrillen erschienen. Diese verfügten aber nicht über ein integriertes, sondern ein externes optisches System, das nicht autark mit Datendiensten nutzbar sei, und seien von Kunden bisher nicht akzeptiert worden, insbesondere aufgrund ihrer Auffälligkeit und Unförmigkeit. Zudem gebe es kaum spezifische Anwendungen für diese Datenbrillen.

18. NewCo hat derzeit noch keine Geschäftstätigkeit und hat – wie auch CZSO (vgl. oben, Rz 2 und Rz 6) – noch keine Umsätze erzielt und dementsprechend noch keinen Marktanteil. NewCo wird erst in einen **neuen möglichen Markt für die Kommerzialisierung von „Augmented Reality“-Datenbrillen-Technologie** eintreten und dadurch das Wettbewerbsgeschehen potenziell beleben. Die meldenden Unternehmen gehen davon aus, dass Unternehmen wie Apple, Google, Intel, Microsoft, Samsung oder Vuzix an ähnlichen Technologien und Produkten arbeiten.

19. Gemäss Angaben der meldenden Unternehmen bestehen zwischen den Tätigkeiten von NewCo und den Tätigkeiten von CZ bzw. von DT **keine horizontalen Überschneidungen**, so dass vorliegend keine Marktanteilsadditionen entstehen. Weder CZ noch DT sind – ausser über das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen NewCo – im Bereich Entwicklung von Datenbrillensystemen tätig.

20. [...] (vgl. oben, Rz 14), [...] (vgl. oben, Rz 16 f.), [...].¹² Nach Kenntnis der meldenden Unternehmen besteht ein solcher Markt zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht. CZ ist in diesem Bereich auch noch nicht aktiv. CZ weist demnach keinen Marktanteil von 30 % oder mehr (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU) auf.

21. Die Nutzung einer Datenbrille erfordert u.a. eine mobile, autarke und breitbandige Datenanbindung. Gemäss den meldenden Unternehmen [...]. Derartige Leistungen in den Bereichen Datenanbindung, Cloud-Hosting und Entwicklung virtueller Betriebssysteme bieten DT wie auch andere Anbieter an. Die entsprechenden Märkte, in welchen DT tätig ist, wären wohl als dem möglichen (Technologie-)Markt (vgl. oben Rz 16 f.), in welchem das Gemeinschaftsunternehmen NewCo aktiv sein wird, vorgelagert oder zumindest als benachbart zu betrachten. Gemäss Meldung liegt der Marktanteil von DT in diesen Märkten jeweils unter der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Schwelle von 30 %. [...]. Die von NewCo entwickelten Datenbrillensysteme sollen zudem mit anderen Anbietern kompatibel sein.

22. CZ und DT bieten beide je eine Vielzahl von Produkten an und sind dementsprechend in zahlreichen weiteren Bereichen tätig (vgl. oben, Rz 2 f.). CZ schätzt, dass

CZ auf den Märkten für Operationsmikroskope für die Neurochirurgie und für bestimmte (taktile) Portalmessgeräte für die Industrie in der Schweiz jeweils über einen Marktanteil von über 30 % verfügt, womit i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene **Märkte ohne Marktanteilsaddition** vorliegen. Gemäss Meldung verfügt DT über die BuyIn S.A. auf den Beschaffungsmärkten für SIM-Karten und für SDH (Ausrüstung für den Datentransport im Bereich optischer Datenübermittlung) bei einer europaweiten Marktabgrenzung über einen Marktanteil von 20–30 %¹³, womit i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU keine betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition vorliegen. CZ und DT haben Bestätigungen abgegeben, dass die in Ziff. IV der Mitteilung des Sekretariats der WEKO: Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen¹⁴ genannten Kriterien nicht erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund wurden diese Märkte vorliegend nicht abgegrenzt und auch nicht diskutiert.

23. 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.

¹¹ Technologiemarkte sind Märkte für lizenzierte Technologierechte und ihre Substitute, d. h. alle Technologierechte, die aufgrund ihrer Eigenschaften, der für sie zu entrichtenden Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks vom Lizenznehmer als austauschbar oder substituierbar angesehen werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. k der Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21.3.2014 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, Abl. L 93 vom 28.3.2014 S. 17).

¹² Vertikale Zusammenschlüsse können Abschottungseffekte auf dem nachgelagerten Markt und/oder dem vorgelagerten Markt zeitigen. Nichthorizontale Zusammenschlüsse bedrohen den wirksamen Wettbewerb jedoch nur, wenn das Unternehmen nach dem Zusammenschluss über ein deutliches Mass an Marktmacht in wenigstens einem dieser Märkte verfügt. RPW 2016/1, 246 Rz 238 ff., *General Electric Company/ALSTOM Energy*; RPW 2014/4, 755 Rz 41 ff., *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. C 265 vom 18.10.2008 S. 6; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 372 ff.

¹³ Vgl. Zusammenschlussvorhaben BuyIn S.A. (zur Publikation vorgesehen in RPW 2017/4).

¹⁴ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission: Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Version 3.1 vom 15.6.2016), Rz 9 f., abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>> (30.11.2017).

B 2.3

5. Continental Automotive/Alstom/EasyMile

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. November 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. November 2017

A Sachverhalt

1. Am 27. Oktober 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle der Continental Automotive Holding Netherlands BV (nachfolgend: Continental Automotive) zusammen mit der Alstom Holdings (nachfolgend gemeinsam auch: meldende Unternehmen) über die EasyMile SAS (nachfolgend: EasyMile).

2. **Continental Automotive**¹ mit Sitz in Maastricht, Niederlande, ist eine hundertprozentige indirekte Tochtergesellschaft der Continental AG (nachfolgend: Continental), der obersten Muttergesellschaft der Continental-Gruppe. Continental mit Sitz in Hannover, Deutschland, ist börsenkotiert, wobei 54 % der Aktien vom Publikum und 46 % der Aktien von Holdinggesellschaften der Familie Schaeffler gehalten werden, die auch Hauptaktionäre der Schaeffler AG sind. Gemäss Meldung wird Continental de facto durch dieselben Aktionäre wie die Schaeffler AG kontrolliert (vgl. hierzu auch unten, Rz 9 ff.).² Continental ist ein internationales Technologieunternehmen, das verschiedene Komponenten und Ersatzteile wie Reifen, Bremssysteme, Sensoren oder elektronische Produkte herstellt und insbesondere an die Automobilindustrie liefert. Die Geschäftstätigkeiten von Continental sind in zwei Sparten aufgeteilt, nämlich die „Automotive Group“ und die „Rubber Group“ mit der laut Meldung wichtigsten Division „Tires“, die Reifen für leichte und schwere Fahrzeuge entwickelt und herstellt.³

3. **Alstom Holdings** mit Sitz in Saint Ouen, Frankreich, ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Alstom (Société Anonyme)⁴ (nachfolgend: Alstom). Alstom ist die oberste Muttergesellschaft der Alstom-Gruppe und börsenkotiert. Alstom wird zurzeit von keinen anderen Unternehmen oder Personen kontrolliert. Alstom ist ein weltweit tätiges Technologieunternehmen im Bereich Schienentransport und verfügt über die vier Geschäftsfelder Rollmaterial (Hochgeschwindigkeits-, Schnell-, Regionalzüge etc.), Signalisation, Systeme (Infrastrukturlösungen zur Gleisverlegung, Bahnelektrifizierung und Stromversorgung) und Dienstleistungen (Wartung, Auf- und Reparatur).

4. **EasyMile** mit Sitz in Toulouse, Frankreich, wurde 2014 [...] gegründet. Hauptaktionär von EasyMile mit

[...]. Im Januar 2017 hat Alstom Holdings EUR 13,5 Mio. in EasyMile investiert und [...].⁵ EasyMile entwickelt Software sowie Technologien für fahrerloses Fahren, Geotracking und Flottenmanagement. EasyMile setzt seine Technologien in einem fahrerlosen Elektromobil ein, dem „EZ10 Shuttle“, welcher bis zu zwölf Passagiere auf kurzen, vorgegebenen Strecken transportieren kann (sog. „last mile“-Konzept).

5. Continental möchte mit der Beteiligung an EasyMile eine junge und nachhaltige Technologie unterstützen, [...].

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 20. Oktober 2017 bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) im vereinfachten Verfahren gemeldet und von dieser am 21. November 2017 genehmigt.⁶ Zudem wurde das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerbsbehörden in China gemeldet.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. 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

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

¹ Die Continental Automotive Switzerland AG ist eine Schweizer Tochtergesellschaft von Continental Automotive.

² Vgl. RPW 2009/1, 86 Rz 10, *Schaeffler/Continental (Zwischenverfügung)*; RPW 2009/1, 90, *Schaeffler/Continental (Freistellungsentscheid)*; Case No COMP/M.5294 (2008), Rz 4 ff., *Schaeffler/Continental*.

³ Vgl. <<https://www.continental-reifen.de/autoreifen/unternehmen/ueber-continental>> (22.11.2017).

⁴ Die Alstom Ferroviaria S.P.A., Savigliano, Succursale de Genève, die Alstom Schienenfahrzeuge AG und die Alstom Network Schweiz AG sind Schweizer Tochtergesellschaften von Alstom.

⁵ Vgl. <<http://www.alstom.com/press-centre/2017/832228/alstom-invests-in-easymile-a-start-up-developing-electric-driverless-shuttles/>> (22.11.2017).

⁶ Vgl. Case No COMP/M.8588 (2017), *Continental Automotive/Alstom/EasyMile*.

9. Gemäss Praxis der WEKO kann auch natürlichen Personen Unternehmensqualität i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zukommen. Ein Kontrollerwerb durch natürliche Personen wird dann als Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.⁷ Einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgend gilt zudem der Konzern⁸ als Ganzes als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und wird damit als beteiligtes Unternehmen i.S.v. Art. 3 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) betrachtet (vgl. auch unten, Rz 24).⁹

10. Die Familie Schaeffler als Hauptaktionärin der Schaeffler AG hält über Holdinggesellschaften 46 % der Aktien von Continental. Continental wird de facto durch dieselben Aktionäre wie die Schaeffler AG kontrolliert (vgl. oben, Rz 2). Vorliegend ist somit die Continental-Gruppe zusammen mit der durch die Familie Schaeffler kontrollierten Schaeffler-Gruppe als Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren und damit als beteiligtes Unternehmen i.S.v. Art. 3 VKU zu betrachten.

11. An dieser Stelle anzufügen ist, dass das Sekretariat der WEKO im vorliegenden Fall die meldenden Unternehmen gemäss Art. 12 VKU von der Pflicht zur Vorlage der Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 VKU betreffend die Schaeffler-Gruppe befreit hat, da es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind, insbesondere weil (i) die Umsatzschwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, unabhängig davon, ob die Schaeffler-Gruppe als zum Konzern und damit zum beteiligten Unternehmen zugehörig betrachtet wird oder nicht (vgl. unten, Rz 24 ff.), und (ii) das vorliegende Zusammenschlussvorhaben den Kontrollerwerb über ein Start-up-Unternehmen betrifft, welches im Bereich fahrerlose Fahrzeuge und damit in erst neu entstehenden Märkten tätig ist bzw. sein wird (vgl. unten, Rz 32 ff. und Rz 59 ff.).

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. 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. Ein Unternehmen erlangt i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

13. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

Geplante Transaktion

14. Die derzeitigen Aktionäre von EasyMile sind [...] und Alstom Holdings mit [...] % der Aktien und Stimmrechte an EasyMile (vgl. oben, Rz 4). Alstom Holdings erwarb ihre Beteiligung von [...] % an EasyMile im Januar 2017. Gemäss Meldung steht EasyMile derzeit unter alleiniger Kontrolle von Alstom Holdings (und damit von Alstom), da Alstom Holdings als Minderheitsaktionärin über gewisse Vetorechte für strategische Entscheide verfügt, wie sie auch Continental Automotive erhalten wird (vgl. unten, Rz 16).

15. Gemäss dem am 3. Juli 2017 zwischen den derzeitigen Aktionären von EasyMile, EasyMile und Continental Automotive vereinbarten „Investment and Subscription Agreement“ wird Continental Automotive eine Minderheitsbeteiligung an EasyMile erwerben. Continental Automotive wird EUR [...] in EasyMile investieren, [...].

16. Laut dem bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens zu unterzeichnende „Shareholder Agreement“ zwischen Continental Automotive und den derzeitigen Aktionären von EasyMile wird [...].

17. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden [...] und Alstom Holdings sowie Continental Automotive je [...] % der Aktien und Stimmrechte an EasyMile halten.¹⁰

Rechtliche Qualifikation

18. **Gemeinsame Kontrolle** i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.¹¹ Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.¹²

⁷ Vgl. bspw. RPW 2015/3, 464 Rz 23, *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*, m.w.H.

⁸ Im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, ungeachtet des Vorliegens eines Konzerns im obligationenrechtlichen Sinne.

⁹ Vgl. bspw. RPW 2016/1, 262 Rz 22 f., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m.w.H.

¹⁰ Des Weiteren gewährt EasyMile Managern und Angestellten Bezugsrechte für freie Aktien und Aktienoptionen von EasyMile im Umfang von [...] %.

¹¹ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

¹² RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

19. Gemäss den oben dargestellten Ausführungen der meldenden Unternehmen werden Continental Automotive und Alstom Holdings gemeinsame Kontrolle über EasyMile ausüben.

20. Gemäss Praxis der WEKO liegt ein **Vollfunktionsunternehmen** dann vor, wenn es (i) als Nachfrager oder Anbieter am Markt und (ii) als selbstständige wirtschaftliche Einheit auftritt, (iii) auf Dauer angelegt ist und (iv) über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen verfügt.¹³

21. EasyMile verfügt über ein eigenes Management, Mitarbeiter, Räumlichkeiten und Betriebsmittel und eine eigene Vertriebspräsenz. Daher war EasyMile bereits vor den Investitionen von Alstom Holdings und Continental Automotive ein unabhängiges Unternehmen. EasyMile wird weiterhin als Vollfunktionsunternehmen unabhängig auf dem Markt tätig sein und seine Funktionen unbefristet ausführen und unter eigener Identität auftreten.

Fazit

22. Die Voraussetzungen der gemeinsamen Kontrolle und des Vorliegens eines Vollfunktionsunternehmens

sind erfüllt. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG sowie Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 VKU vor.

B.2 Meldepflicht

23. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

24. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden Unternehmen – vorliegend Continental (vgl. hierzu jedoch oben, Rz 9 ff.) und Alstom – als auch die kontrollierten Unternehmen – in casu EasyMile – als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

25. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und nationalen Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016.

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2016.

Unternehmen	Weltweite Umsätze *		Nationale Umsätze *	
	(Mio. EUR)	(Mio. CHF)	(Mio. EUR)	(Mio. CHF)
Continental	40'549	44'202	[...]	[...]
Alstom **	7'306	7'964	[...]	[...]
EasyMile	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen.

Legende: * Die Umrechnung der Umsätze in CHF erfolgte gestützt auf den Jahresmittelkurs der Schweizerischen Nationalbank: Zu EUR/CHF 2016 von 1.09009. ** Das Geschäftsjahr von Alstom endet am 31. März.

26. Wie der Tabelle 1 zu entnehmen ist, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

27. 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).

28. 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

29. Nachfolgende Ausführungen zu den sachlich und räumlich relevanten Märkten beschränken sich einerseits auf diejenigen Bereiche, in welchen EasyMile tätig ist bzw. sein wird (vgl. unten, Rz 31 ff.), und andererseits auf jene Bereiche, in welchen Continental in Märkten tätig ist, welche denjenigen, in welchen EasyMile aktiv ist bzw. sein wird, vorgelagert sind (vgl. unten, Rz 41 ff.).

¹³ RPW 2016/1, 263 Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

30. Wie erwähnt, produziert und bietet Alstom Lösungen für den öffentlichen Verkehr an (vgl. oben, Rz 3). Gemäss Meldung gibt es weder eine horizontale noch eine vertikale Beziehung zwischen diesen Produkten und denjenigen von EasyMile. Möglicherweise könnten jedoch die entsprechenden Märkte, in welchen Alstom bzw. EasyMile tätig ist, als benachbart betrachtet werden. In Anbetracht dessen, dass vorliegendes Zusammenschlussvorhaben den Kontrollerwerb über ein Start-up-Unternehmen betrifft, welches im Bereich fahrerlose Fahrzeuge und damit in erst neu entstehenden Märkten tätig ist bzw. sein wird, wird nachfolgend auf weitere Ausführungen zu den Tätigkeiten von Alstom verzichtet.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

31. 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).

Märkte im Bereich fahrerlose Fahrzeuge?

32. Fahrzeuge gelten als autonom oder fahrerlos, wenn sie die Umwelt über Sensoren erfassen können und sich dadurch ohne menschliches Einwirken steuern lassen. Gemäss der SAE International, einer globalen Vereinigung von Ingenieuren und Technikfachleuten aus der Luftfahrt-, Automobil- und Nutzfahrzeugindustrie, kann zwischen sechs Stufen des automatisierten Fahrens unterschieden werden: Keine Automatisierung, Fahrerassistenz, Teilautomatisierung, bedingte Automatisierung, hohe Automatisierung und volle Automatisierung.¹⁴ Laut den meldenden Unternehmen konzentrierten sich die ersten Versuche, autonome Fahrzeuge zu entwickeln, auf das Gebiet der Fahrerassistenz. Die nächste Generation autonomer Fahrzeuge, die derzeit entwickelt und getestet werden, haben laut Meldung zum Ziel, dass dynamische Fahraufgaben in Zukunft durch das System selbst ohne menschliche Einwirkung vollzogen werden können.

33. Bis heute sind fahrerlose Fahrzeuge auf öffentlichen Strassen jedoch ausschliesslich im Rahmen von Pilotprogrammen zugelassen, da insbesondere die rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen fehlen.¹⁵ Die sog. „last-mile“-Transportlösungen, welche EasyMile entwickelt und anbieten wird, stellen einen kleinen Teil des Bereichs autonomer Fahrzeuge dar. „Last-mile“-Transportlösungen gehören zu den ersten vollständig autonomen Fahrzeugen, die getestet wurden und in kleinerem Rahmen bereits kommerzialisiert werden.

34. Wie bereits erwähnt (vgl. oben, Rz 4), entwickelt EasyMile Software sowie Technologien für fahrerloses Fahren, Geotracking und Flottenmanagement und setzt seine Technologien im „EZ10 Shuttle“ ein. Der „EZ10 Shuttle“ kann bis zu zwölf Passagiere auf kurzen, vorgegebenen Strecken transportieren (sog. „last mile“-Konzept). [...].

35. EasyMile generiert seinen Umsatz hauptsächlich mit [...].¹⁶ Daneben erwirtschaftet EasyMile Einnahmen aus [...].

36. Hauptkunden von EasyMile sind lokale Gemeinschaften (Städte, Regionen etc.), Transportunterneh-

men, Technologieunternehmen im Automobilsektor und Unternehmen, die Industrie- und Freizeitstandorte betreiben (Gewerbeparks, Flughäfen, Themenparks etc.).

37. Weder die WEKO noch die EU-Kommission haben sich in ihrer bisherigen Praxis mit der Abgrenzung relevanter Märkte im Bereich fahrerlose Fahrzeuge beschäftigt. Die meldenden Unternehmen schlagen für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens vor, zwischen einem (vorgelagerten) sachlich relevanten Markt für fahrerlose Technologien und einem (nachgelagerten) sachlich relevanten Markt für autonome „last mile“-Transportlösungen zu unterscheiden.

38. Der sachlich relevante *Markt für fahrerlose Technologien* würde gemäss den meldenden Unternehmen die Technologien (Software) umfassen, die fahrerlose Fahrzeuge benötigen, um autonom zu funktionieren, bspw. eine autonome Navigationssoftware und eine Software für das Flottenmanagement. Gemäss Meldung wären auch eine Segmentierung nach Softwaretypen¹⁷ oder eine Segmentierung nach der Automatisierungsstufe der Fahrzeuge (vgl. oben, Rz 32) möglich, da jede Software einen eigenen Zweck erfülle bzw. die Software von vollständig automatisierten Fahrzeugen komplexer als diejenige von teilautomatisierten Fahrzeugen sei.

39. Nach Ansicht der meldenden Unternehmen ist die Praxis zur Marktabgrenzung in Bezug auf traditionelle Fahrzeuge der WEKO¹⁸ zwar eine Orientierungshilfe für die Marktabgrenzung im Bereich autonomer Fahrzeuge. Allerdings seien autonome Fahrzeuge wie der „EZ10 Shuttle“ von traditionellen Fahrzeugen zu unterscheiden, weil autonome Fahrzeuge eine Vielzahl von Technologien enthalten, die das Fehlen der menschlichen Intervention ersetzen sollen. Auch die sog. „last mile“-

¹⁴ Vgl. <http://www.sae.org/events/pdf/cass/2015_cass_automation.pdf> (22.11.2017).

¹⁵ Das Wiener Übereinkommen über den Strassenverkehr vom 11.12.1992 (SR 0.741.10) wurde 2016 angepasst, um die stärker werdende Automatisierung der Fahrzeuge zu berücksichtigen. Fahrzeugsysteme, die einen Einfluss auf das Führen des Fahrzeugs haben, werden nun zugelassen, solange sie vom Fahrzeugführer übersteuert oder deaktiviert werden können. Vgl. <<http://media.genre.com/documents/cmint16-1-en.pdf>> (22.11.2017). In den USA wird die Einführung einer gesetzlichen Grundlage diskutiert, die fahrerlose Fahrzeuge auf öffentlichen Strassen zulassen würde. Vgl. <<https://www.reuters.com/article/us-usa-vehicles-selfdriving/u-s-to-unveil-revised-self-driving-car-guidelinesources-idUSKCN1BG345>> (22.11.2017). In der Schweiz hält der Bundesrat im Bericht "Automatisiertes Fahren – Folgen und verkehrspolitische Auswirkungen" vom 21.12.2016 fest, dass wichtige rechtliche Aspekte ungeklärt sind. Vgl. <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2014/20144169/Bericht%20BR%20D.pdf>> (22.11.2017).

¹⁶ Der „EZ10 Shuttle“ wurde bisher in über 50 Städten in 17 Ländern hauptsächlich im Rahmen von Demonstrationsprogrammen wie dem europäischen City Mobil2 Projekt, einer Pilotplattform für autonome Strassentransportsysteme, eingesetzt. Vgl. <<http://www.citymobil2.eu/en/News-Events/News/EasyMile-EZ10-from-CityMobil2-to-WEpods/>> (22.11.2017). In der Schweiz hat EasyMile im Jahr 2015 „EZ10 Shuttles“ an der École Polytechnique Fédérale in Lausanne eingesetzt. Vgl. <<http://easymile.com/portfolio/epfl-lausanne/>> (22.11.2017). Im August 2017 wurde ein „EZ10 Shuttle“ an die Schweizerischen Bundesbahnen SBB ausgeliefert und [...].

¹⁷ Bezüglich Navigationssoftware vgl. Case No COMP/M.4854 (2008), Rz 45 ff., *TomTom/Tele Atlas*.

¹⁸ Die WEKO definierte im Bereich der traditionellen Fahrzeuge sachlich relevante Märkte nach Fahrzeug- und Transportarten. Vgl. RPW 2012/3, 559 Rz 173 ff., *BMW*; RPW 2011/3, 439 Rz 6, *VW/MAN*.

Transportlösungen seien von traditionellen Transportarten zu unterscheiden, weil traditionelle Fahrzeuge, insbesondere im Privatbesitz, nicht demselben Geschäftsmodell entsprechen und nicht für die gleiche Verwendung gedacht seien. Deshalb schlagen die meldenden Unternehmen vor, den sachlich relevanten Markt als *Markt für autonome „last mile“-Transportlösungen* zu definieren.

40. Vorliegend kann offen bleiben, wie die relevanten Märkte im Bereich fahrerlose Fahrzeuge abzugrenzen wären. Die Tätigkeiten von EasyMile im Bereich fahrerlose Fahrzeuge stellen neu aufkommende Märkte dar. EasyMile ist erst kürzlich auf solche möglichen Märkte für fahrerlose Technologien und für autonome „last mile“-Transportlösungen, die noch im Entstehen begriffen sind, eingetreten und hat dadurch das Wettbewerbsgeschehen potenziell belebt. Aus diesem Grund werden im Folgenden keine weiteren Ausführungen zu den möglichen Märkten im Bereich fahrerlose Fahrzeuge gemacht.

Vorgelagerte Märkte

41. Continental entwickelt, produziert und verkauft ein umfassendes Portfolio von Produkten für Automobilanwendungen (vgl. oben, Rz 2), von welchen die meisten in den „EZ10 Shuttle“ von EasyMile eingebaut werden könnten. Nachfolgende Ausführungen beschränken sich auf die Definition der relevanten Märkte für diejenigen Produkte, die Continental möglicherweise an EasyMile liefern wird, nämlich Reifen, hydraulische Bremssysteme und Sensoren.

42. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis noch nicht mit der Marktabgrenzung im Bereich **Reifen** auseinandergesetzt. Die EU-Kommission unterscheidet zwischen sog. OEM¹⁹-Reifen, die direkt von Reifenhersteller an Automobilhersteller für den Einbau in Neuwagen verkauft werden, und neuen Ersatzreifen, die hauptsächlich über spezialisierte Reifenhändler oder Werkstätten vertrieben werden.²⁰ Innerhalb dieser Kategorien unterscheidet die EU-Kommission jeweils sechs Produktmärkte nach Fahrzeugtypen wie bspw. den Markt für Reifen für Autos und leichte Lastwagen (sog. „passenger and light truck“ (PLT)-Reifen).²¹

43. Vorliegend wird Continental neue Reifen an EasyMile liefern, die entweder in neu hergestellte „EZ10 Shuttles“ eingebaut werden oder als Ersatzreifen für bereits in Betrieb genommene „Shuttles“ dienen. Der „EZ10 Shuttle“ hat eine vergleichbare Grösse wie ein Auto und kann mit Standardreifen für Autos und leichte Lastwagen gefahren werden.

44. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend somit der sachlich relevante Markt für PLT-Reifen betrachtet. Auf eine Unterscheidung von OEM-Reifen und neuen Ersatzreifen wird verzichtet, da durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen entstehen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Reifen kann letztendlich mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

45. Bis zum jetzigen Zeitpunkt besteht keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich **Bremssysteme**. Die EU-Kommission hat in vergangenen Entschei-

den zwischen hydraulischen Bremssystemen für leichte Fahrzeuge und Luftdruckbremsen für schwere Fahrzeuge unterschieden.²² Innerhalb dieser Kategorien differenzierte die EU-Kommission zwischen Betätigungssystemen („actuation system“), welche die Bremse mit dem Bremspedal verbinden und die Bremskraft erzeugen, verteilen und kontrollieren, und Scheibenbremsen („foundation system“), die die Bremskraft auf die Räder übertragen.²³ Schliesslich hielt sie fest, dass die einzelnen Komponenten, aus welchen Betätigungssysteme und Scheibenbremsen bestehen, eigene sachlich relevante Märkte darstellen.²⁴ Zusätzlich unterteilte die EU-Kommission die Märkte nach Lieferungen an Fahrzeughersteller als Erstausrüster (OEM-Kanal) und Lieferungen in den unabhängigen Ersatzteilmarkt (IAM²⁵-Kanal).²⁶

46. Der „EZ10 Shuttle“ von EasyMile ist mit einem hydraulischen Bremssystem ausgerüstet und Continental wird hydraulische Bremssysteme direkt an EasyMile liefern.

47. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend somit der sachlich relevante Markt für hydraulische Bremssysteme, die an OEMs geliefert werden, sowie die sachlich enger abgegrenzten Märkte für Betätigungssysteme und für Scheibenbremsen betrachtet. Auf eine noch engere sachliche Marktabgrenzung nach einzelnen Komponenten von Betätigungssystemen und Scheibenbremsen wird vorliegend verzichtet, da durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben in diesen Märkten keine Marktanteilsadditionen entstehen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Bremssysteme kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

¹⁹ OEM bedeutet „original equipment manufacturer“.

²⁰ Die EU-Kommission definiert zudem eine dritte Kategorie von Reifen, die runderneuten Reifen („re-treaded tyres“). Bei der Runderneuerung von Reifen wird die abgefahrte Lauffläche abgetragen und durch einen neuen Belag ersetzt. Dieser Prozess wird hauptsächlich bei Reifen für Lastwagen und Busse eingesetzt. Case No COMP/M.7643 (2015), Rz 24, *CNRC/Pirelli*; Case No COMP/M.4516 (2007), Rz 10 f., *Continental/Matador*; Case No COMP/M.4564 (2007), Rz 20 ff., *Bridgestone/Bandag*.

²¹ Case No COMP/M.7643 (2015), Rz 22 ff., *CNRC/Pirelli*; Case No COMP/M.4516 (2007), Rz 8 ff., *Continental/Matador*; Case No COMP/M.3081 (2003), Rz 8 ff., *Michelin/Viborg*; Case No IV/M.1470 (1999), Rz 10, *Goodyear/Sumitomo*.

²² Fall Nr. IV/M.1342 (1998), Rz 13, *Knorr-Bremse/Bosch*; Case No IV/M.768 (1996), Rz 10, *Lucas/Varity*; Fall Nr. IV/M.726 (1996), Rz 9, *Bosch/Allied Signal*; Case No IV/M.337 (1993), Rz 13, *Knorr-Bremse/Allied Signal*.

²³ Fall Nr. IV/M.1342 (1998), Rz 14, *Knorr-Bremse/Bosch*; Case No IV/M.768 (1996), Rz 10, *Lucas/Varity*; Fall Nr. IV/M.726 (1996), Rz 11, *Bosch/Allied Signal*; Case No IV/M.337 (1993), Rz 19, *Knorr-Bremse/Allied Signal*.

²⁴ Fall Nr. IV/M.1342 (1998), Rz 18, *Knorr-Bremse/Bosch*; Case No IV/M.768 (1996), Rz 10, *Lucas/Varity*; Fall Nr. IV/M.726 (1996), Rz 11, *Bosch/Allied Signal*; Case No IV/M.337 (1993), Rz 21 ff., *Knorr-Bremse/Allied Signal*.

²⁵ IAM bedeutet „independent aftermarket“.

²⁶ Fall Nr. IV/M.1342 (1998), Rz 21, *Knorr-Bremse/Bosch*; Fall Nr. IV/M.726 (1996), Rz 12, *Bosch/Allied Signal*; Case No IV/M.337 (1993), Rz 25 ff., *Knorr-Bremse/Allied Signal*.

48. Gemäss der Praxis der EU-Kommission stellen **Sensoren** je nach ihrer Zweckbestimmung eigene sachlich relevante Märkte dar. So unterschied die EU-Kommission in der Automobilelektronik zwischen Temperatursensoren, Drucksensoren, Pegelsensoren, Geschwindigkeitssensoren (Antiblockiersystem ABS und Antrieb) und Beschleunigungssensoren.²⁷ Weitere Kategorien von Sensoren sind Positionssensoren, die Messungen von Distanzen und Winkeln ermöglichen, Hindernissensoren (Kollisionswarnung und Parkassistent), Regensensoren und akustische Sensoren.²⁸ In älteren Entscheiden hat die EU-Kommission auch einen sachlich relevanten Markt für Abstandswarn- und Kontrollsysteme für die Automobilindustrie (ACC-Systeme) betrachtet. ACC-Systeme verwenden einen Distanzsensor zur relativen Abstandsmessung und ein elektronisches Regelsystem für die autonome Geschwindigkeits- und Abstandsregelung.²⁹

49. Vorliegend wird Continental EasyMile möglicherweise Fahrerassistenzsysteme („driver assistance system“; ADAS) liefern. Ein Fahrerassistenzsystem enthält verschiedene Kameratypen oder Radarsysteme und zielt darauf ab, die Erfassung der Umwelt zu unterstützen, und trägt bspw. zur Geschwindigkeitsregelung, Distanzmessung und Hinderniserkennung bei.

50. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend der Markt für ADAS betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung wird jedoch aufgrund des Umstandes, dass es hierbei zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, offen gelassen. In anderen Fällen können je nach Tätigkeit der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

51. 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).

Vorgelagerte Märkte

52. Wie bereits erwähnt, besteht bis zum jetzigen Zeitpunkt keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung im Bereich **Reifen**. Die EU-Kommission grenzte die sechs Produktmärkte für OEM-Reifen (vgl. oben, Rz 42) in ihren bisherigen Entscheiden als den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) umfassend ab, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch teilweise offen.³⁰ Die Produktmärkte für Ersatzreifen grenzte die EU-Kommission in räumlicher Hinsicht in der Vergangenheit national ab.³¹ In jüngeren Entscheiden hielt die EU-Kommission jedoch fest, dass ein Trend zu EWR-weiten Märkten auch im Bereich Ersatzreifen bestehe, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.³²

53. Nachfolgend wird der Markt für PLT-Reifen sowohl bei einer nationalen wie auch bei weiteren räumlichen Abgrenzungen betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann im Bereich Reifen vorliegend mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

54. Im Bereich **Bremssysteme** besteht keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung. Die EU-Kommission ging in vergangenen Entscheiden davon aus, dass die Produktmärkte für hydraulische Bremssysteme und deren Komponenten, die an OEMs verkauft werden, in räumlicher Hinsicht zumindest EWR-weit abzugrenzen sind.³³ In neueren Entscheiden betreffend Bremssysteme hielt die EU-Kommission fest, dass diese Märkte möglicherweise weltweit abzugrenzen wären, liess die genau räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.³⁴

55. Nachfolgend werden der Markt für hydraulische Bremssysteme, die an OEMs geliefert werden, sowie die sachlich enger abgegrenzten Märkte für Betätigungssysteme und für Scheibenbremsen sowohl bei einer EWR-weiten wie auch bei einer weltweiten räumlichen Abgrenzung betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung für hydraulische Bremssysteme und deren Komponenten kann vorliegend jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

56. In bisherigen Entscheiden betreffend **Sensoren** ging die EU-Kommission jeweils von zumindest EWR-weiten Märkten aus³⁵, hielt im jüngsten Entscheid aber fest, dass es starke Indizien für eine weltweite Abgrenzung der Sensormärkte gebe, und liess die genaue räumliche Marktabgrenzung schliesslich offen.³⁶ Für den in einem älteren Entscheid in Betracht gezogenen Markt für ACC-Systeme ging die EU-Kommission von einem zumindest europaweiten Markt aus, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.³⁷

57. Nachfolgend wird der Markt für ADAS sowohl bei einer EWR-weiten wie auch bei einer weltweiten räumlichen Abgrenzung betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

²⁷ Case No COMP/M.7585 (2015), Rz 86 ff., *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor*; Case No COMP/M.5244 (2008), Rz 10, *ZF/Cherry*; Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 16, *Valeo/Labinal*. Vgl. auch RPW 2014/2, 439 Rz 9, *Carlyle/PAI/CST*.

²⁸ Case No COMP/M.5244 (2008), Rz 10, *ZF/Cherry*; Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 16, *Valeo/Labinal*; Case No COMP/M.7585 (2015), Rz 92, *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor*.

²⁹ Fall Nr. COMP/M.1772 (2000), Rz 12, *Continental Teves/ADC Automotive Distance Control*.

³⁰ Case No COMP/M.7643 (2015), Rz 31 f., *CNRC/Pirelli*; Case No COMP/M.4516 (2007), Rz 23, *Continental/Matador*; Case No COMP/M.3081 (2003), Rz 13, *Michelin/Viborg*.

³¹ Case No COMP/M.3081 (2003), Rz 14 f., *Michelin/Viborg*.

³² Case No COMP/M.7643 (2015), Rz 33 ff., *CNRC/Pirelli*; Case No COMP/M.4516 (2007), Rz 24 f., *Continental/Matador*.

³³ Case No IV/M.768 (1996), Rz 11, *Lucas/Varity*; Fall Nr. IV/M.726 (1996), Rz 22, *Bosch/Allied Signal*; Case No IV/M.337 (1993), Rz 30, *Knorr-Bremse/Allied Signal*.

³⁴ Case No COMP/M.5484 (2009), Rz 32 ff., *SGL Carbon/Brembo/BCBS/JV*; Fall Nr. COMP/M.4878 (2007), Rz 50 f., *Continental/Siemens VDO*.

³⁵ Case No COMP/M.5244 (2008), Rz 15, *ZF/Cherry*; Case No COMP/M.2036 (2000), Rz 18 ff., *Valeo/Labinal*. Vgl. auch RPW 2014/2, 439 Rz 11, *Carlyle/PAI/CST*.

³⁶ Case No COMP/M.7585 (2015), Rz 99, *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor*.

³⁷ Fall Nr. COMP/M.1772 (2000), Rz 13, *Continental Teves/ADC Automotive Distance Control*.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

58. 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.

59. Für die möglichen **Märkte im Bereich fahrerlose Fahrzeuge**, in welchen EasyMile tätig ist bzw. sein wird, liegen den meldenden Unternehmen aufgrund der Tatsache, dass es sich dabei um neu entstehende Märkte handelt, keine Marktanteilsinformationen vor.

60. Nach Ansicht der meldenden Unternehmen herrscht im Bereich fahrerlose Fahrzeuge jedoch starker Wettbewerb. So haben zahlreiche international tätige Unternehmen bereits in die Forschung und Entwicklung von fahrerlosen Technologien investiert, wie bspw. Tesla, Uber, Volvo (in Zusammenarbeit mit Uber), Google, Toyota, BMW, Nissan, Ford, Baidu, General Motors, Daimler, Audi, Honda, Hyundai, Bosch, PSA Groupe, Faraday Future, LeEco oder Apple.³⁸

61. Auch im Bereich der autonomen Transportlösungen gibt es laut den meldenden Unternehmen bereits einige Wettbewerber, obwohl dieser Bereich erst ein im Entstehen begriffener Markt darstellt. So sei Hauptkonkurrentin von EasyMile das französische Unternehmen Navya. Navya vertreibt seit Oktober 2015 ein elektrisches fahrerloses Fahrzeug „Arma“, das vergleichbar mit dem „EZ10 Shuttle“ von EasyMile auf kurzen, vorgegebenen Strecken verkehre. Weitere Konkurrenten von EasyMile seien das amerikanische Unternehmen Local Motors, welches das fahrerlose Fahrzeug „Olli“ entwickle, und das Unternehmen Auro Robotics, welches ebenfalls autonome Gehäuse und „Shuttles“ entwickle. Weitere Angebote von autonomen Sammelfahrzeugen seien Taxicol, 2getthere, RDM Autonomous oder CyberC3. Diese sind laut den meldenden Unternehmen jedoch keine nahen Konkurrenten, weil diese im Gegensatz zu den Transportlösungen von EasyMile und oben genannten Unternehmen infrastrukturelle Anpassungen benötigen (wie bspw. eine besondere Fahrspur). Weitere potentielle Marktteilnehmer seien Transdev und Delphi Automotive, SB Drive oder die e.Go Mobile AG.

62. Anzuführen gilt es, dass auch Continental bereits Investitionen im Bereich fahrerlose Fahrzeuge getätigt hat. So führt Continental seit Juni 2017 interne Tests auf der Entwicklungsplattform CUBE durch³⁹ und unterhält verschiedene Partnerschaften mit BMW, Intel, Mobileye und Baidu, um sich an der Entwicklung von automatisiertem Fahren und fahrerlosen Fahrzeugen zu beteiligen. Schliesslich hat Continental 2015 das Technologieunternehmen Elektrobit Automotive erworben und 2017 mit Nexteer ein neues Joint Venture gegründet. Sowohl das neu gegründete Joint Venture als auch Elektrobit Automotive sind an der Entwicklung von Produkten, die in

autonomen Fahrzeugen eingesetzt werden könnten, beteiligt.

63. Da Continental somit ebenfalls in der Entwicklung von fahrerlosen Technologien aktiv ist, könnten durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben horizontale Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten von Continental und den Tätigkeiten von EasyMile und damit Marktanteilsadditionen im möglichen Markt für fahrerlose Technologien entstehen. Die meldenden Unternehmen gehen jedoch angesichts der im Vergleich zu den bereits im Bereich fahrerlose Technologien aktiven Unternehmen (vgl. oben, Rz 60) kleinen Grösse von EasyMile davon aus, dass eine allfällige horizontale Überschneidung zwischen Continental und EasyMile zu keiner spürbaren Marktanteilsaddition führen würde. Im Bereich der „last-mile“-Transportlösungen ist Continental nicht aktiv.

64. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Bereich fahrerlose Fahrzeuge bzw. in den möglichen Märkten für fahrerlose Technologien und für autonome „last mile“-Transportlösungen keine Anhaltspunkte bestehen, dass durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

65. Wie erwähnt, verkauft Continental ein umfassendes Portfolio von Produkten für Automobilanwendungen und wird möglicherweise Reifen, hydraulische Bremssysteme und Sensoren an EasyMile liefern, womit Continental in zu den Märkten, in welchen EasyMile tätig ist bzw. sein wird, **vorgelagerten Märkten** aktiv ist (vgl. oben, Rz 41).

66. Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt die Marktanteile von Continental in diesen vorgelagerten Märkten für das Jahr 2016.

³⁸ Vgl. <<http://www.businessinsider.com/companies-making-driverless-cars-by-2020-2016-10/#ford-is-aiming-to-haveits-fully-autonomous-car-ready-in-four-to-five-years-8>> (22.11.2017); <<https://venturebeat.com/2017/06/04/self-driving-cartimeline-for-11-top-automakers/>> (22.11.2017).

³⁹ Vgl. <<https://www.continental-corporation.com/de/presse/pressemitteilungen/automatisiertes-fahren-bei-continental-65330>> (22.11.2017).

Tabelle 2: Marktanteile von Continental in den vorgelagerten Märkten, 2016.

Markt	Marktanteile		
	Weltweit	Europa	Schweiz
PLT-Reifen *	[0–10] %	[20–30] %	[20–30] %
Hydraulische Bremssysteme, die an OEMs verkauft werden	[10–20] %	[30–40] %	[0–10] %
Betätigungssysteme	[20–30] %	[20–30] %	[0–10] %
Scheibenbremsen	[10–20] %	[30–40] %	[0–10] %
ADAS	< 20 %	[10–20] %	[0–10] %

Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen.

Legende: * Die Marktanteile von Continental im Markt für PLT-Reifen sind mengenbasiert.

67. Wie in der Tabelle 1 ersichtlich ist, weist Continental im Markt für PLT-Reifen einen weltweiten Marktanteil von [0–10] %, einen europaweiten Marktanteil von [20–30] % sowie einen schweizweiten Marktanteil von [20–30] % auf, womit unabhängig von der räumlichen Markt- abgrenzung keine i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkte vorliegen.

68. Im Markt für hydraulische Bremssysteme, die an OEMs verkauft werden, verfügt Continental über einen weltweiten Marktanteil von [10–20] % und einen europaweiten Marktanteil von [30–40] %, womit lediglich bei einer europaweiten Markt- abgrenzung ein knapp betroffener Markt vorliegt. Der sachlich enger abgegrenzte Markt für Betätigungssysteme, in welchem Continental einen weltweiten Marktanteil von [20–30] % und einen europaweiten Marktanteil von [20–30] % aufweist, stellt unabhängig von der räumlichen Markt- abgrenzung kein betroffener Markt dar. Der sachlich enger abgegrenzte Markt für Scheibenbremsen, in welchem Continental einen weltweiten Marktanteil von [10–20] % und einen europaweiten Marktanteil von [30–40] % aufweist, ist hingegen bei einer europaweiten Markt- abgrenzung ein knapp betroffener Markt. In der Schweiz [...].

69. Im Markt für ADAS verfügt Continental über einen weltweiten Marktanteil von unter 20 % und einen europaweiten Marktanteil von [10–20] %, womit unabhängig von der räumlichen Markt- abgrenzung keine betroffenen Märkte vorliegen. In der Schweiz [...].

70. Vertikale Zusammenschlüsse, d.h. Zusammenschlüsse von auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätigen Unternehmen, können Abschottungseffekte auf dem nachgelagerten Markt (Abschottung von Einsatzmitteln) und/oder dem vorgelagerten Markt (Abschottung von Kunden) zeitigen.⁴⁰ Nichthorizontale Zusammenschlüsse bedrohen den wirksamen Wettbewerb jedoch nur, wenn das Unternehmen nach dem Zusammenschluss über ein deutliches Mass an Marktmacht in wenigstens einem dieser Märkte verfügt.⁴¹

71. Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, sind lediglich der Markt für hydraulische Bremssysteme, die an OEMs verkauft werden, und der sachlich enger abgegrenzte Markt für Scheibenbremsen bei einer europaweiten Markt- abgrenzung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU knapp betroffene Märkte. Die Tätigkeiten von EasyMile im Bereich fahrerlose Fahrzeuge stellen neu aufkommende Märkte dar, in welchen jedoch bereits zahlreiche Unternehmen aktiv sind. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in vertikaler Hinsicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.3 Ergebnis

72. 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.

⁴⁰ Für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Zusammenschlüssen siehe RPW 2016/1, 246 Rz 238 ff., *General Electric Company/ALSTOM Energy*; RPW 2014/4, 755 Rz 41 ff., *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 (nachfolgend: Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse); MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 372 ff.

⁴¹ Vgl. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 40), Rz 23; MOTTA (Fn 40), 377.

B 2.3	6. Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG
-------	--

<i>Prüfung; Art 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG</i>	B.4.2 Relevante Märkte	627
<i>Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart</i>	B.4.2.1 Fremdvertriebsdienstleistungen	627
<i>Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart</i>	B.4.2.1.1. Standpunkt der Zusammenschlussparteien	627
<i>Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017</i>	B.4.2.1.2. Bisherige Praxis der WEKO	628
Inhaltsverzeichnis	B.4.2.1.3. Praxis des Bundeskartellamts	628
A Sachverhalt 617	B.4.2.1.4. Sachlich relevanter Markt	629
A.1 Das Vorhaben und die Parteien 617	B.4.2.1.5. Räumlich relevanter Markt	643
A.1.1 Ticketcorner Holding AG 617	B.4.2.1.6. Fazit 644	644
A.1.2 Ticketcorner AG 617	B.4.2.2 Eigenvertriebslösungen 644	644
A.1.3 Tamedia AG 617	B.4.2.2.1. Praxis der WEKO bei Informatiklösungen für Unternehmen 644	644
A.1.4 Starticket AG 618	B.4.2.2.2. Praxis Bundeskartellamt 644	644
A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben 618	B.4.2.2.3. Sachlich relevanter Markt 644	644
A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens 618	B.4.2.2.4. Räumlich relevanter Markt 647	647
A.4 Das Verfahren 618	B.4.2.2.5. Fazit 647	647
B Erwägungen 620	B.4.2.3 Medienmärkte 647	647
B.1 Geltungsbereich 620	B.4.2.3.1. Sachlich relevante Märkte 647	647
B.1.1 Unternehmen 620	B.4.2.3.2. Räumlich relevante Märkte 649	649
B.1.2 Unternehmenszusammenschluss – Haupttransaktion 620	B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 649	649
B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle 620	B.4.3.1 Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen 649	649
B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen 620	B.4.3.1.1. Aktueller Wettbewerb 649	649
B.1.2.3 Einzubringende Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen 620	B.4.3.1.2. Marktstellung von Ticketcorner 651	651
B.1.2.4 Fazit 621	B.4.3.1.3. Bedeutung von Starticket für den Wettbewerb 656	656
B.1.3 Unternehmenszusammenschluss – Nebenabreden 621	B.4.3.1.4. Konglomerale und vertikale Effekte 658	658
B.2 Vorbehaltene Vorschriften 621	B.4.3.1.5. Potenzieller Wettbewerb 659	659
B.3 Meldepflicht 621	B.4.3.1.6. Stellung der Marktgegenseite 664	664
B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 622	B.4.3.1.7. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen 665	665
B.4.1 Vorbemerkungen 622	B.4.3.1.8. Ergebnis für Markt Fremdvertriebsdienstleistungen 666	666
B.4.1.1 Gesamthaft in der Schweiz verkaufte Tickets 622	B.4.3.2 Markt für Eigenvertriebslösungen (B2B-Ticketing) 666	666
B.4.1.1.1. Schätzungen der Parteien 623	B.4.3.2.1. Aktueller Wettbewerb 666	666
B.4.1.1.2. Schätzungen von Dritten und frühere Schätzungen der Parteien 623	B.4.3.2.2. Potenzieller Wettbewerb 669	669
B.4.1.1.3. Kein Gesamtmarkt für „Tickets“ im Freizeitbereich 623	B.4.3.2.3. Markteintrittsschranken 669	669
B.4.1.2 Parteigutachten 624	B.4.3.2.4. Markteintritte 670	670
B.4.1.3 Bedeutung von Promotionsleistungen 624	B.4.3.2.5. Fazit 671	671
	B.4.3.2.6. Konglomerale und vertikale Effekte 671	671

B.4.3.2.7.	Kollektive Marktbeherrschung	672
B.4.3.2.8.	Stellung der Marktgegenseite	673
B.4.3.2.9.	Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf Markt für Lösungen für den Eigenvertrieb	674
B.4.3.2.10.	Ergebnis für Markt für Eigenvertriebslösungen	674
B.4.3.3	Medienmärkte	674
B.4.3.3.1.	Aktueller Wettbewerb	674
B.4.3.3.2.	Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz, in der französischen und der italienischen Schweiz	675
B.4.3.3.3.	Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz, in der französischen und italienischen Schweiz	675
B.4.3.3.4.	Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz, der französischen und italienischen Schweiz	675
B.4.3.3.5.	Fazit	675
B.4.4	Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt	676
B.4.5	Schlussfolgerungen	676
B.5	Bedingungen und Auflagen	676
B.5.1	Vorschläge der Parteien	676
B.5.2	Beurteilung der Vorschläge der Parteien	676
B.5.3	Mögliche weitergehende Auflagen respektive Bedingungen	676
B.5.4	Fazit	676
B.6	Schlussfolgerungen	677
C	Kosten	677
D	Dispositiv	677

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 10. Januar 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Ticketcorner Holding) und die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) die Zusammenführung von Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner) und Starticket AG (nachfolgend: Starticket). In diesem Sinne beabsichtigen Ticketcorner Holding und Tamedia den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Ticketcorner. Starticket sollte eine 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner werden.

A.1.1 Ticketcorner Holding AG

2. Die Ticketcorner Holding AG ist eine reine Holding-Gesellschaft. Als einzige Beteiligung hält die Ticketcorner Holding 100 % der Aktien von Ticketcorner (beide

zusammen nachfolgend: Ticketcorner-Gruppe). Ticketcorner Holding kontrolliert Ticketcorner alleine.

3. Die Ticketcorner Holding wird zu 50 % von der CTS-EVENTIM-Gruppe und zu 50 % von der Ringier-Gruppe gehalten.

4. Die CTS-EVENTIM-Gruppe ist ein in Deutschland börsennotiertes Unternehmen, das hauptsächlich im Ticketvertrieb tätig ist. Daneben ist die CTS-EVENTIM-Gruppe im Bereich Eventmanagement (Live-Entertainment) tätig. Dies umfasst die Planung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen. Zum Unternehmen gehören Gesellschaften in verschiedenen Ländern. Konzernmutter der CTS-EVENTIM-Gruppe ist die CTS EVENTIM AG & Co. KGaA mit Sitz in München, Deutschland (nachfolgend: CTS EVENTIM). Die Hauptverwaltung der Gruppe befindet sich in Bremen.

5. Die Ringier-Gruppe ist ein Medienunternehmen, welches in der Schweiz und im Ausland Zeitungen und Zeitschriften herausgibt. Sie ist an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland sowie Betreiberin verschiedener Online-Plattformen. Sie ist ferner in den Bereichen Eventmanagement, Sportmarketing sowie Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig. Konzernmutter der Ringier-Gruppe ist die Ringier Holding AG (nachfolgend: Ringier Holding).

A.1.2 Ticketcorner AG

6. Kerngeschäft von Ticketcorner ist der Betrieb eines Ticketingunternehmens, wozu insbesondere die Erbringung von Fremdvertriebsdienstleistungen für Veranstaltungen verschiedenster Art gehört. Der Vertrieb erfolgt primär online und über physische Verkaufsstellen. Zudem ist Starticket auch im Bereich Eigenvertriebslösungen tätig und stellt Veranstalter Ticketingsoftware sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen zur Verfügung.

7. Kunden von Ticketcorner sind Veranstalter, die den Ticketvertrieb im Rahmen von Fremdvertriebsdienstleistungen ganz oder teilweise an Ticketcorner auslagern – was von den Parteien als B2C-Geschäft bezeichnet wird) oder die Eigenvertriebslösungen, d.h. Software und weitere Dienstleistungen beziehen, um die Tickets selber zu vertreiben (was von den Parteien als B2B-Geschäft bezeichnet wird).

8. Ticketcorner ist zudem Herausgeberin des Magazins „events“, das als Beilage des SonntagsBlicks erscheint und u.a. an den Vorverkaufsstellen von Ticketcorner aufliegt. Es dient wie die Website „ticketcorner.ch“ dem Zweck, über Veranstaltungen zu informieren, für welche Ticketcorner Tickets verkauft. Das Magazin erscheint derzeit sechs Mal im Jahr.

9. Ticketcorner hält eine Minderheitsbeteiligung von [5-10] % an der Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich AG. Mit dieser Minderheitsbeteiligung sind keine Kontrollrechte verbunden.

A.1.3 Tamedia AG

10. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Sie verfügt über diverse Tochtergesellschaften (zusammen nachfolgend: Tame-

dia-Gruppe). Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.

11. Tamedia hält heute eine Mehrheitsbeteiligung von 87,58 % an Starticket. Für die übrigen 12,42 % der Aktien, welche derzeit von [...] gehalten werden, hat Tamedia ein Kaufrecht ausgeübt. Im Zeitpunkt des Vollzugs der vorliegenden Transaktion wird Tamedia 100 % an Starticket halten.

12. Tamedia hat überdies im Jahr 2012 eine Minderheitsbeteiligung an der TicinOnline SA („TIO“) erworben. Mit dieser Minderheitsbeteiligung sind Kontrollrechte verbunden. Dieser Kontrollenerwerb wurde von der WEKO als unproblematisch beurteilt.¹ TIO betreibt im Tessin u.a. das Ticketing-Unternehmen biglietteria.ch. Die Marktanteile von biglietteria.ch wurden im Rahmen der Meldung Tamedia zugerechnet. Auf der Newssite tio.ch/20 Minuti werden Veranstaltungen, für die biglietteria.ch Tickets verkauft, zum Teil verlinkt. Eine weitere Zusammenarbeit zwischen TIO und Tamedia im Ticketing besteht nicht.

A.1.4 Starticket AG

13. Kerngeschäft von Starticket ist der Betrieb eines Ticketingunternehmens, wozu insbesondere die Erbringung von Fremdvertriebsdienstleistungen für Veranstaltungen verschiedenster Art gehört. Der Vertrieb erfolgt primär online und über physische Verkaufsstellen. Zudem ist Starticket auch im Bereich Eigenvertriebslösungen tätig und stellt Veranstaltern Ticketingsoftware sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen zur Verfügung. Daneben hat Starticket für Veranstalter von Festivals ein bargeldloses Zahlungsmittel (cashless) entwickelt. Cashless ist für Veranstalter eine Alternative zu Bargeld, Kredit-, Debitkarten und Mobile-Payment. Damit können Besucher des Festivals ein Guthaben zum Beispiel auf ihren Festivalbändel laden und damit Produkte auf dem Festivalgelände bezahlen.

14. Kunden von Starticket sind Veranstalter, die den Ticketvertrieb im Rahmen von Fremdvertriebsdienstleistungen ganz oder teilweise an Starticket auslagern oder die von Starticket Eigenvertriebslösungen, d.h. Software und weitere Dienstleistungen beziehen, um die Tickets selber zu vertreiben.

15. Mit Fusionsvertrag vom 1. November 2016 wurde die ticketportal AG (nachfolgend: ticketportal), eine 100%-Tochtergesellschaft von Starticket, in die Starticket fusioniert. Mit der Fusion wurde das B2B-Geschäft (Anbieten von Ticketingsoftware), welches bisher durch ticketportal betrieben wurde, in Starticket integriert. Die Gesellschaft ticketportal wurde in der Folge am 9. November 2016 gelöscht.

A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

16. Gemäss den Zusammenschlussparteien befindet sich der Ticketvertrieb in einem tiefgreifenden technologischen und strukturellen Wandel. Die wichtigsten Treiber dieses Wandels seien die Ablösung des physischen Verkaufs durch Online- und Mobile-Verkauf, die den Vertrieb grundlegend verändernde Digitalisierung sowie durch Social Media neu eröffnete Formen des Vertriebs.

Des Weiteren gehören die Faktoren wie zahlreiche neue Anbieter, zusätzlicher Wettbewerbsdruck durch kostenlose Anbieter sowie der bevorstehende Eintritt durch das weltweit grösste Ticketunternehmen in den schweizerischen Markt gemäss den Zusammenschlussparteien zu den wichtigsten Treibern dieses Wandels.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

17. Bezüglich der Ziele des Zusammenschlussvorhabens geben die Parteien an, dass sie angesichts der tiefgreifenden Umwälzungen im Ticketvertrieb und des grossen Wettbewerbsdrucks, dem die klassischen Ticketunternehmen ausgesetzt seien, erhoffen würden, dass durch die Zusammenlegung von Ticketcorner und Starticket bedeutende Synergievorteile entstehen würden, um im harten Wettbewerb – vor allem auch in Bezug auf die technologischen Herausforderungen – bestehen zu können.

18. Durch den Zusammenschluss sollten insbesondere durch Änderungen in folgenden Bereichen massgebliche Synergien erzielt werden können: Im Bereich Infrastruktur durch die Zusammenlegung der Standorte am Sitz von Ticketcorner sowie der Zusammenlegung der IT-Infrastruktur; im Bereich Prozesse durch Zusammenlegen verschiedener Prozesse wie beispielsweise Rechnungsstellung, Mahnung, Reporting, Kreditoren- und Debitorenbewirtschaftung; im Bereich Technologie durch Migration von Starticket auf die von Ticketcorner verwendete Technologie, des Betriebs von nur noch einem System sowie des Zusammenfassens der Entwicklungsanstrengungen; im Bereich Personal durch den Abbau von Doppelbesetzungen und Bereich Verkaufskanäle durch Zusammenlegen und Abbau des Verkaufsstellennetzes und Zusammenlegen der Call Center. Aufgrund des technologischen Wandels wird die grosse Herausforderung für Ticketcorner und Starticket vor allem darin gesehen, die Technologie schnell weiterzuentwickeln, um gegenüber den internationalen Tech-Giganten bestehen zu können. Durch Fokussierung auf ein einziges System und die Koordinierung der Entwicklungsanstrengungen sollten die dafür notwendigen Voraussetzungen geschaffen werden.

A.4 Das Verfahren

19. Am 15. November 2016 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Ticketcorner Holding, Tamedia, Ticketcorner, Starticket ein.

20. Mit Schreiben vom 28. November 2016 zeigte das Sekretariat die Unvollständigkeit des Meldeentwurfs an und verlangte weitere Angaben zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 11 Abs. 1 Bst. b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996; VKU; SR 251.4) sowie zu den Angaben zu den Märkten (Art. 11 Abs. 1 Bst. d-f VKU) und weitere Angaben gemäss Art. 15 VKU.

¹ RPW 2012/3, 680 ff., *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*.

21. Mit Schreiben vom 9. Januar 2017 reichten die Parteien die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, welche beim Sekretariat am 10. Januar 2017 einging und deren Erhalt das Sekretariat mit Schreiben vom 10. Januar 2017 bestätigte.
22. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragte das Sekretariat mittels Fragebogen vom 12. und 13. Januar 2017 verschiedene Veranstalter, verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Fremdvertriebsdienstleistungen bzw. Eigenvertriebsdienstleistungen sowie RailAway AG und die Swiss Music Promoters Association.
23. Mit Schreiben vom 20. Januar 2017 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und stellte Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 26. Januar 2017. Die Stellungnahme erfolgte am 26. Januar 2017.
24. Am 9. Februar 2017 entschied die Kammer der WEKO, eine vertiefte Prüfung im Sinne von Art. 10 Abs. 4 KG² des Zusammenschlussvorhabens durchzuführen. Die Einleitung der Prüfung wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 10. Februar 2017 mitgeteilt. Die Öffentlichkeit wurde diesbezüglich am 13. Februar 2017 mit einer Pressemitteilung orientiert.
25. Am 17. Februar 2017 übersandte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer vertieften Prüfung mit der Bitte, dazu bis spätestens 27. Februar 2017 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 22. Februar 2017. Gleichzeitig wurden den Zusammenschlussparteien die Akten zugesandt, wobei diejenigen Aktenstücke ausgeklammert wurden, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in Geschäftsgeheimnisbereinigung befanden.
26. Mit Schreiben vom 21. Februar 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Beantwortung der Zusatzfragen bis am 1. März 2017. Diesem wurde vom Sekretariat am 21. Februar 2017 teilweise entsprochen und die Frist auf den 27. Februar 2017 gesetzt. Die Stellungnahme erfolgte am 27. Januar 2017. Mit Schreiben vom 24. Februar 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Stellungnahme zur Beschlussbegründung bis am 13. März 2017 und verlangten Akteneinsicht. Gleichtags gewährte das Sekretariat Akteneinsicht. Dem Fristerstreckungsgesuch wurde vom Sekretariat am 27. Februar 2017 teilweise entsprochen und die Frist auf den 8. März 2017 gesetzt.
27. Mit Schreiben vom 28. Februar 2017 verlangten die Zusammenschlussparteien Akteneinsicht. Am 2. März 2017 gewährte das Sekretariat Akteneinsicht.
28. Im Rahmen der vertieften Prüfung befragte das Sekretariat zwischen dem 1. und 9. März 2017 verschiedene Veranstalter sowie verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Fremdvertriebsdienstleistungen bzw. Eigenvertriebsdienstleistungen.
29. Nach erneutem Fristerstreckungsgesuch der Zusammenschlussparteien wurde die Frist zur Stellungnahme zur Beschlussbegründung auf den 9. März 2017 gesetzt. Die Stellungnahme erfolgte am 9. März 2017.
30. Mit Schreiben vom 14. März 2017 verlangten die Zusammenschlussparteien Akteneinsicht und machten einen Teilnahmeanspruch im Falle von Besprechungen oder Anhörungen Dritter geltend. Am 16. März 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Akteneinsicht.
31. Mit Schreiben vom 14. März 2017 und 21. März 2017 reichten die Zusammenschlussparteien Stellungnahmen ein.
32. Am 24. März 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Akteneinsicht.
33. Mit Schreiben vom 27. März 2017 reichten die Zusammenschlussparteien eine weitere Stellungnahme ein.
34. Mit E-Mail vom 27. März 2017 hat das Sekretariat die Zusammenschlussparteien zu einer Anhörung am 24. April 2017 eingeladen. Mit E-Mail vom 28. März 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um Verschiebung des Anhörungstermins. Dem wurde entsprochen und die Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 30. März 2017 zu einer Anhörung am 8. Mai 2017 eingeladen.
35. Gleichzeitig mit Schreiben vom 30. März 2017 übersandte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die vorläufige Beurteilung mit der Bitte, dazu bis spätestens 10. April 2017 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 7. April 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Beantwortung der Zusatzfragen bis am 21. April 2017. Diesem wurde vom Sekretariat am 10. April 2017 entsprochen. Die Stellungnahme erfolgte am 21. April 2017.
36. Mit Schreiben vom 28. März 2017 stellte das Sekretariat Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 7. April 2017. Die Stellungnahme erfolgte am 7. April 2017.
37. Am 7. April 2017, 12. April 2017, 21. April 2017 und 27. April 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Akteneinsicht.
38. Mit Schreiben vom 1. Mai 2017 stellte das Sekretariat Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 5. Mai 2017. Die Stellungnahme erfolgte am 5. Mai 2017.
39. Am 8. Mai 2017 fand eine Anhörung der Zusammenschlussparteien durch die WEKO statt.
40. Mit Schreiben vom 12. Mai 2017, 15. Mai 2017, 17. Mai 2017 und 18. Mai 2017 reichten die Zusammenschlussparteien weitere Stellungnahmen ein.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

41. Mit E-Mail vom 16. Mai 2017 befragte das Sekretariat die Tixtec AG. Gleichentags erfolgte die Stellungnahme. Mit E-Mail vom 18. Mai 2017 informierte das Sekretariat die Zusammenschlussparteien über die Stellungnahme der Tixtec AG.

42. Mit E-Mail vom 18. Mai 2017 verlangten die Zusammenschlussparteien Akteneinsicht. Am 19. Mai 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien Akteneinsicht.

43. Am 22. Mai 2017 entschied die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

44. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss – Haupttransaktion

46. Zur Regelung der Transaktionsschritte haben Ticketcorner Holding und Tamedia die Transaktionsvereinbarung vom 31. Oktober 2016 abgeschlossen. In diesem Sinne ist geplant, dass sich Tamedia mit 25 % an Ticketcorner beteiligt. [...] Danach wird Ticketcorner Holding noch 75 % an Ticketcorner halten. Als Gegenleistung für den 25%-Anteil an Ticketcorner wird Tamedia sämtliche Aktien von Starticket einbringen, so dass Starticket in Zukunft eine 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner sein wird.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

47. Eine gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.

49. Tamedia hält heute [...] % der Aktien von Starticket [...]. Mit der heute noch nicht von Tamedia gehaltenen

Minderheitsbeteiligung sind keine Kontrollrechte verbunden. Tamedia kontrolliert damit Starticket alleine.[...]. Diese Kontrolle erfasst künftig auch Starticket, da Starticket neu eine 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner sein wird. [...] In diesem Sinne wird eine gemeinsame Kontrolle zu dritt begründet.

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

51. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 VKU liegt gemäss Praxis der WEKO unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

52. Ticketcorner und Starticket werden künftig im kartellrechtlichen Sinn unter gemeinsamer Kontrolle stehen. Beide Unternehmen betreiben heute in der Schweiz ein Ticketingunternehmen. Sie üben damit gegenüber Veranstaltern sowie Endkunden eine Marktaktivität aus. Sie stellen selbständige wirtschaftliche Einheiten mit eigener Geschäftspolitik dar, sind auf Dauer angelegt, verfügen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und über ausreichende Ressourcen für die Geschäftstätigkeit (wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte). Daran wird sich durch den Zusammenschluss nichts ändern. Somit weisen sowohl Ticketcorner als auch Starticket alle Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens auf.

B.1.2.3 Einzubringende Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

53. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.³ Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens werden die jeweiligen Aktivitäten von Ticketcorner und Starticket – insbesondere in den Bereichen Fremdvertriebsdienstleistungen und Eigenvertriebslösungen – im Gemeinschaftsunternehmen eingebracht.

³ Vgl. RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*, m.w.H.

B.1.2.4 Fazit

Die Voraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU sind vorliegend erfüllt. Damit handelt es sich bei dem gemeldeten Vorhaben um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 VKU.

B.1.3 Unternehmenszusammenschluss – Nebenabreden

54. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁴

55. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁵ (EU-Bekanntmachung), gerichtet.⁶

56. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁷

57. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblichen geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁸

58. Die Zusammenschlussparteien haben insbesondere folgende möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zur Beurteilung als Nebenabreden vor-

gelegt, welche als typische Wettbewerbsverbote respektive Abwerbeverbote betrachtet werden können:

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

59. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Mutterunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen sind als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig anzusehen, wenn sie in sachlicher Hinsicht auf die Waren oder Dienstleistungen beschränkt sind, die den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens bilden, und in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet beschränkt sind, in dem das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist. Zeitlich können zwischen Mutterunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.⁹ Die Regeln gelten entsprechend auch für Abwerbeverbote.¹⁰

60. [...]

61. [...]

62. [...]

63. Die genannten Vereinbarungen erfüllen die Kriterien der unmittelbaren Verbundenheit und Notwendigkeit und werden somit als zulässige vom Konzentrationsprivileg umfasste Nebenabreden angesehen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

65. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Bei einem Kontrollwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dabei erlangen die CTS EVENTIM, die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe

⁴ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m.w.H.

⁵ ABl. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 ff.

⁶ Vgl. RPW 2012/1, 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁹ Vgl. RPW 2015/4, 786 Rz 77, *Coop/Swisscom*.

¹⁰ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41; RPW 2015/3, 505 Rz. 241, *Tamedia/ricardo.ch*.

die gemeinsame Kontrolle über Ticketcorner respektive Starticket.

Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG in casu eindeutig

erfüllt ist. Zudem wird die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. in der Schweiz durch die Ringier-Gruppe und die Tamedia-Gruppe erreicht. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.¹¹

Beteiligtes Unternehmen	Umsatz weltweit in CHF	Umsatz in der Schweiz in CHF
CTS EVENTIM-Gruppe	911 Mio.	[70-80] Mio.
Ringier-Gruppe	946 Mio.	[600-700] Mio.
Tamedia-Gruppe	1'064 Mio.	[<1'064] Mio.
Ticketcorner	[...] Mio.	[...] Mio.
Starticket	[...] Mio.	[...] Mio.
Total	[2'900-3'000] Mio.	[1'800-1'900] Mio.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien)

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

66. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

67. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Bei der Prüfung von Zusammenschlüssen ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb *beseitigt* werden kann, begründet oder verstärkt. Die Prüfung erfolgt im Gegensatz zu Untersuchungen gemäss Art. 7 KG prospektiv für einen Zeitraum von ca. zwei bis drei Jahren.

68. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

69. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Vorbemerkungen

B.4.1.1 Gesamthaft in der Schweiz verkaufte Tickets

70. Bereits vor Einreichung der Gutachten haben sich die Parteien wiederholt auf den Standpunkt gestellt, dass Ticketcorner respektive Starticket auf einem umfassenden Gesamtmarkt für Tickets operieren, welche im Rahmen von Freizeitaktivitäten in der Schweiz herausgegeben werden. Aus dieser Optik kommen die Parteien zum Schluss, dass nur ein geringer Anteil der schweizweit verkauften Tickets über Ticketcorner respektive Starticket abgesetzt werden, was wiederum dafür sprechen würde, dass der Zusammenschluss als unbedenklich zu betrachten sei.

71. Nachfolgend werden die entsprechenden Schätzungen der Parteien erläutert. Es wird zudem aufgezeigt, dass eine solche Betrachtung der grundlegenden Systematik der kartellrechtlichen Marktabgrenzung widerspricht und somit keine Rückschlüsse auf die Marktstellung von Ticketcorner respektive Starticket gegenüber Veranstaltern zulässt.

¹¹ Im Zusammenschlussverfahren Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG hat die WEKO die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bejaht, da die Ticketingunternehmen mit den bannerähnlichen Hinweisen auf Veranstaltungen, die sie auf ihren Websites publizieren, auf den Märkten für (Print- /Online-) Ankündigungsanzeigen tätig sind. Diese Märkte sind zu den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne benachbart (RPW 2014/1, 295 f. Rz 18 ff., Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG). Da im vorliegenden Fall die Meldepflicht aufgrund der erfüllten Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs 1 Bst.1 KG gegeben ist, kann vorliegend offengelassen werden, ob die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt ist.

B.4.1.1.1. Schätzungen der Parteien

72. Die Parteien haben eigene Schätzungen zum Ticketvertrieb in der Schweiz eingereicht, basierend auf den Zahlen für das Jahr 2015. Methodisch wurde dabei auf zweierlei Weise vorgegangen. Einerseits wurden auf öffentlich zugängliche Statistiken zu Veranstaltungen im Freizeitbereich zurückgegriffen, andererseits wurde in gewissen Bereichen Schätzungen zur Anzahl der für diese Veranstaltungen verkauften Tickets vorgenommen. Das Vorgehen bei solchen Schätzungen kann an den Berechnungen für den Bereich „Konzerte, Theatervorstellung, Parties, Ausstellungen“ illustriert werden, welche folgendermassen beschrieben wird:

73. [...]

74. [...]

75. [...]

76. [...]

77. [...]

78. [...]

79. [...]

80. [...]

81. [...]

B.4.1.1.2. Schätzungen von Dritten und frühere Schätzungen der Parteien

82. Sowohl CTS EVENTIM als auch die Ringier Gruppe haben bei der Ankündigung der Übernahme von Ticketcorner im Februar 2010 in einer Medienmitteilung festgehalten, dass Ticketcorner mit in der Schweiz der uneingeschränkte Marktführer im Ticketing mit einem Marktanteil von rund 60 Prozent sei. So habe das Unternehmen im Geschäftsjahr 2009 insgesamt 9,3 Mio. Tickets abgesetzt bei einem Nettoumsatz von ca. 35 Mio. CHF.¹² Diese Angabe lässt auf eine *Gesamtzahl von Tickets von ungefähr 15,5 Mio.* schliessen.

83. Bei der Gründung von Tixtec hat dieses Unternehmen – dem mit George Egloff der ehemalige CEO von Ticketcorner vorsteht – in einer Medienmitteilung festgehalten, dass der Ticketingmarkt Schweiz ein attraktives Geschäft sei: So würden rund *20 Millionen Veranstaltungstickets* jährlich verkauft, der Durchschnittspreis steige laufend und sei krisenresistent.¹³

84. Andere Schätzungen gehen davon aus, dass in der Schweiz jährlich *21 Mio. Veranstaltungstickets über etablierte Kanäle abgesetzt* werden. Der Geschäftsführer von Ticketfrog geht davon aus, dass zusätzlich nochmals etwa 20 Mio. Tickets über nicht etablierte Kanäle abgesetzt würden. Dies umfasse all die kleinen und mittleren Events im Lande, von Weiterbildungskursen und „Turnerchränzli“ über Firmenanlässe und Theaterabende bis hin zu Sport-Events der unteren Ligen. Für diese semiprofessionellen Anlässe stelle Ticketfrog eine Ticketing-Lösung bereit, welche die Veranstalter kostenlos nutzen können.¹⁴

85. Die Thunerseespiele gehen in einer eigenen Schätzung davon aus, dass in der Schweiz rund 50 Mio. Tickets verkauft werden, wovon allerdings 30 Mio. händisch an der Abendkasse etc. verkauft würden. So wird

geschätzt, dass nur *20 Mio. Tickets über Ticketinganbieter* abgedeckt werden.

B.4.1.1.3. Kein Gesamtmarkt für „Tickets“ im Freizeitbereich

86. Generell ist eine Betrachtung der Anzahl der gesamten in der Schweiz verkauften Tickets nicht tauglich, um die Marktstellung von Ticketcorner respektive Starticket gegenüber Veranstaltern abzuschätzen. Dies wäre im Wesentlichen nur der Fall, wenn es sich bei Tickets um homogene Produkte handelte und Ticketcorner respektive Starticket solche Produkte in einem nationalen Markt gegenüber Endkunden anbieten würden. In einem solchen Falle könnte tatsächlich einfach die Anzahl der gesamten in der Schweiz verkauften Tickets als Gesamtmarkt betrachtet werden und anhand der Anzahl durch Ticketcorner respektive Starticket verkauften Tickets deren Marktanteil reflektieren.

87. Zu den Schätzungen seitens der Parteien zum Gesamtvolumen der in der Schweiz verkauften Tickets ist festzuhalten, dass diese in wesentlichem Umfang auf gänzlich unbelegte Expertenschätzungen basieren und die Resultate in einem erheblichen Ausmass von den geschätzten diversen Koeffizienten (wie Anzahl an pro Veranstaltung verkaufter Tickets respektive Anteil an überhaupt verkauften Tickets) abhängt.

88. Wie ebenfalls nachfolgend aufgezeigt wird, bieten Ticketcorner und Starticket gegenüber Veranstaltern umfassende Distributions- und Vermarktungsdienstleistungen an. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist somit nicht die Frage, ob bei einer wirtschaftlichen Transaktion Tickets herausgegeben werden. Vielmehr ist zuerst die Frage zu beantworten, welches die Marktgegenseite ist. Dies ist dementsprechend auch der Ausgangspunkt der Frage, inwiefern alternative Vertriebskanäle ein Substitut für die Dienstleistungen von Ticketcorner respektive Starticket darstellen. Ausgehend davon sind sachlich und räumlich relevante Märkte zu definieren und die auf diesen Märkten tätigen Konkurrenten zu identifizieren.

89. Generell würde entsprechend der Darstellung der Parteien eines umfassenden Marktes für „Tickets“ eine Vielzahl von Unternehmen als Konkurrenten von Ticketcorner respektive Starticket erfasst, welche gar keine Vertriebsdienstleistungen gegenüber Dritten erbringen, sondern einfach eine kostenpflichtige Freizeitaktivität anbieten. Wenn eine Freizeiteinrichtung ein Ticket herausgibt, handelt es sich dabei gerade nicht um eine eigenständige Marktstätigkeit.

¹² <www.ringier.com/de/medienmitteilungen/general-press-releases/uebernahme-der-schweizer-ticketcorner-holding-ag>.

¹³ <service.escapenet.ch/publisher/pictures/780/427204/medienmitteilung_v0.3_ohneversion.pdf>.

¹⁴ Vgl. Handelszeitung vom 19. Januar 2017: „Das Doodle des Ticketings“.

90. Auch verkennt eine generelle Betrachtung von in der Schweiz verkauften Tickets, dass Ticketcorner respektive Starticket schwerpunktmässig den Vorverkauf von Tickets von Live Events ermöglichen. Gemäss der Betrachtung der Parteien würde jedoch eine Vielzahl von Unternehmen marktanteilmässig als *Konkurrenten* betrachtet werden, welche (hauptsächlich) vor Ort Tickets herausgeben und somit auch kaum vom vorliegenden Zusammenschluss betroffen wären.

91. Im Übrigen hat sich die WEKO zuletzt im Rahmen der Untersuchung i.S. Online-Buchungsplattformen für Hotels insbesondere auch mit der Frage der Substituierbarkeit vom direkten Vertrieb mit Online-Buchungsplattformen auseinandergesetzt. Auch in jenem Verfahren wurde nicht im vornhinein von der Annahme ausgegangen, dass alle in der Schweiz erfolgten Hotelübernachtungen zum relevanten Markt gehören. Zwar wurde – im Rahmen der Beschreibung der Distributionskanäle von Hotels – durchaus darauf eingegangen, dass nur ein Anteil von etwa einem Drittel aller Hotelübernachtungen in der Schweiz über Online-Buchungsplattformen erfolgt. Die Identifikation des kartellrechtlich relevanten Marktes sowie der entsprechenden Marktanteile erfolgte jedoch ausgehend von der Analyse der Substituierbarkeit verschiedener Distributionskanäle aus Sicht der Marktgegenseite, gefolgt von einer Identifikation der relevanten Marktteilnehmer und der darauffolgenden Erhebung der Marktanteile der entsprechenden Marktteilnehmer.

92. Wie aus den nachfolgenden diesbezüglichen – und auf eine umfassende Befragung von Veranstaltern abgestützte – Überlegungen hervorgeht, sind Ticketcorner respektive Starticket nicht auf einem allgemeinen Markt für „Tickets“ tätig, sondern bieten gegenüber Veranstaltern spezialisierte Dienstleistungen an, einerseits im Bereich von Fremdvertriebsdienstleistungen, andererseits im Bereich von Informatiklösungen für den Eigenvertrieb.

B.4.1.2 Parteigutachten

93. Die Zusammenschlussparteien reichten an der Anhörung die Parteigutachten [...] vom 4. Mai 2017 und von [...] vom 5. Mai 2017 vom 4. bzw. 5. Mai 2017 ein.

94. Zu diesen Parteigutachten ist in allgemeiner Hinsicht festzuhalten, dass ihnen als Privatgutachten kein grösseres Gewicht zukommt als den rechtlichen Erörterungen in der Meldung bzw. weiteren Eingaben der Parteien, dass die Parteigutachten also ausschliessliche Parteivorbringen enthalten. Der Beweiswert eines Parteigutachtens ist demnach verglichen mit einem behördlich angeordneten Gutachten regelmässig herabgesetzt und gilt zum Vornherein nicht als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass die Partei dem Privatgutachter in erster Linie die nach ihrem eigenen subjektiven Empfinden wesentliche Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts unterbreitet, und das private Gutachten im Unterschied zum behördlichen nicht unter Strafandrohung erstellt wird. Dennoch sind die Parteigutachten entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP pflichtgemäss zu würdigen. Nicht zulässig ist es einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Be-

weiseignung abzusprechen, beispielsweise weil die eingereichten Expertisen von den Parteien stammen.¹⁵

95. Das Parteigutachten von [...] hat nach eigenen Angaben zum Ziel, die Marktvolumina im Bereich des Ticketings einzuschätzen. Dabei stützt sich das Parteigutachten auf Schätzungen der Anzahl verkaufter kostenpflichtiger Tickets in der Schweiz. Das Parteigutachten beschreibt das Ticketing vorwiegend aus einer technischen Perspektive und unterscheidet dabei zwischen unterschiedlichen Arten von Softwarelösungen. Gemäss dem Parteigutachten bestehen globale Entwicklungen, welche die etablierten Strukturen unter Druck setzen würden. Weiter zählt das Parteigutachten Unternehmen auf, welche im Ausland im Bereich Ticketing bereits tätig seien, und Technologieunternehmen, welche in den Ticketingmarkt einsteigen könnten.

96. Das Parteigutachten von [...] hat nach eigenen Angaben zum Ziel, die Effekte von technologischen Entwicklungen auf den Ticketing-Markt in der Schweiz anhand von Fallstudien abzuschätzen. Disruptoren könnten mit neuen Geschäftsmodellen den margenstarken Fremdvertrieb durch den margenschwachen Eigenvertrieb substituieren und schnell Marktanteile gewinnen. Bei Ticketmaster sei noch im Jahr 2017 und bei SeatGeek und Eventbrite in den nächsten 12–18 Monaten mit einem Markteintritt zu rechnen.

97. Die Parteigutachten äussern sich somit hinsichtlich dreier Sachverhalte: Marktvolumen, Markteintritte und disruptive Technologien. Auf die Aussagen der Parteigutachten zu zukünftigen Markteintritten und zu disruptiven Technologien wird im Rahmen der Analyse des potenziellen Wettbewerbs in Rz 329ff. eingegangen. Zur Frage, inwiefern die Anzahl in der Schweiz im Freizeitbereich ein taugliches Mittel zur Marktabgrenzung darstellt, kann auf die vorherigen Überlegungen unter Rz 69ff. verwiesen werden.

B.4.1.3 Bedeutung von Promotionsleistungen

98. Die Leistungen von Ticketcorner respektive Starticket umfassen neben der reinen Abwicklung des Ticketvertriebs über verschiedene Verkaufskanäle auch in einem wesentlichen Umfang die Vermarktung und Promotion von Vertriebsdienstleistungen.

99. Auf die Bedeutung und den Umfang von Promotionsleistungen seitens Ticketcorner respektive Starticket wurde von den Parteien in der Meldung des Zusammenschlusses – wenn überhaupt – nur am Rande eingegangen. Dies bedingte schlussendlich umfangreiche Nachermittlungen anhand konkreter Fragen an die Parteien, um diesen Aspekt sachverhaltsmässig zu erfassen.

100. Im Rahmen der Nachermittlungen wurde u.a. nach weiteren Angaben zu Promotionsleistungen, welche Ticketcorner respektive Starticket, abgesehen von der Darstellung von Veranstaltungen auf der jeweiligen Homepage erbringen, gefragt.

¹⁵ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 767, E 4.3.3.1, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2015/4, 828, E. 9.2.1.2.4, *BMW/WEKO*.

1. Ticketcorner

101. Gemäss den meldenden Unternehmen hat bei Ticketcorner ein Veranstalter die Möglichkeit, aus verschiedenen Promotionsleistungen auszuwählen (Werbe-Banner, Teaser auf Website von Ticketcorner, redaktionelle Beiträge über Veranstaltungen in E-Mail Newslettern, Plakate in den Vorverkaufsstellen oder in einzelnen Veranstaltungsstätten, Inserate im Print Magazin „events“ von Ticketcorner oder in anderen Medien). Im Rahmen der Marketingaktivitäten nutzt Ticketcorner auch die Social Media, d.h. digitale Medien und Technologien, welche die soziale Interaktion unter den Nutzern erlaubt. Ticketcorner unterhält beispielsweise eine Seite bei Facebook¹⁶, bei Twitter¹⁷ und bei Instagram¹⁸. Durch die sozialen Medien kann eine internetaffine, vorwiegend jüngere Zielgruppe gut angegangen werden. Markenpflege und Vermarktung sind im Ticketverkauf ein wichtiger Faktor. Dies geht auch aufgrund der Aussage der Parteien hervor: So seien in den letzten Jahren erhebliche Marketingmittel geflossen, um den Bekanntheitsgrad der Marken Ticketcorner und Starticket zu steigern. [...]

102. Zu den Promotionsleistungen von Ticketcorner gehören auch verschiedene Werbeformen in der Ringier-Gruppe. Falls ein Veranstalter Promotionsleistungen wünscht, [...]

Kommunikationsleistungen

103. Im Rahmen der Nachermittlungen wurden auch zur Einreichung der aktuellen Standardverträge sowie sämtliche davon abweichenden aktuellen Verträge von Ticketcorner respektive Starticket mit Veranstaltern gebeten. Die meldenden Parteien reichten (vorerst) von Ticketcorner die [...] wichtigsten Verträge mit Veranstaltern und von Starticket die Verträge mit den wichtigsten Veranstaltern [...] ein.

104. Gemäss Angaben der meldenden Unternehmen erhalten die Veranstalter von Ringier keine besseren Konditionen, wenn sie mit Ticketcorner zusammenarbeiten. [...]

105. Im Zusammenhang mit den Kommunikationsleistungen bringen die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 21. April 2017 vor, dass die Kommunikationsleistungen [...].

106. Die Kalkulation der von den Parteien behaupteten Kosten gestaltet sich intransparent: [...]. Ein wesentlicher Vorteil dürfte sich Ticketcorner jedenfalls damit verschaffen, [...]. Dies stellt ein Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Unternehmen, das kein Medienhaus im Konzernverbund hat, dar.

107. Die nachstehende Tabelle bildet nur beispielhaft die mit Veranstaltern vereinbarten Kommunikationsleistungen [...] ab:

Vertragspartner	Bruttowert	Konditionen
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

Tabelle 2: Exemplarische Darstellung von Kommunikationsleistungen [...] gemäss den Veranstalterverträgen von Ticketcorner. Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen

108. Den einzelnen Verträgen mit den Veranstaltern ist zu entnehmen, dass regelmässig [...] Kommunikationsleistungen, welche je nach Vereinbarung nur in den eigenen Medien oder auch in den Ringier Medien verwendet werden können, zur Verfügung gestellt wird. [...]

109. Im Rahmen der Durchsicht die Veranstalterverträge haben die Nachermittlungen ergeben, dass Ticketcorner

einigen Veranstaltern eine „Signing Fee“ sowie eine „Sponsoring Fee“ entrichtet. Die „Signing Fee“ wird im Hinblick auf die Abwicklung des Veranstaltervertrags an die Veranstalter bezahlt [...]

¹⁶ Vgl. <://www.facebook.com/ticketcorner.ch/?ref=page_internal>.

¹⁷ <twitter.com/ticketcorner?lang=de>.

¹⁸ <www.instagram.com/ticketcorner/?hl=de>.

110. [...]

111. Die [...] Kommunikationsdienstleistungen stellen für die Veranstalter wesentliche Bestandteile des Vertrages mit Ticketcorner dar. Erstens offeriert sich [...]. Für potenzielle Konkurrenten stellen diese Vorteile von Ticketcorner Markteintrittsschranken dar, um in den Schweizer Markt einzudringen. Insbesondere wenn es sich um die Akquisition von grossen und/oder national bekannten Veranstalter handelt. Die Ausgestaltung der offerierten Kommunikationsleistungen läuft allerdings der Aussage von einem national bekannten Sportverein dagegen, dass die Promotionsleistungen nicht von sehr grosser Bedeutung seien, da diese Sportvereine sowieso eine grosse Medienpräsenz hätten.

Medienpartnerschaften

112. Gemäss den meldenden Unternehmen erhält Ringier in Bezug auf Medienpartnerschaften jedes Jahr [...] Anfragen, wobei nur ein Teil zu einer Medienpartnerschaft führt. Ob ein Ticketing stattfindet und gegebenenfalls wer es übernimmt, ist für den Abschluss einer Medienpartnerschaft irrelevant. Wesentliche für den Abschluss einer Medienpartnerschaft für Ringier ist, ob die Veranstaltung zum entsprechenden Ringier-Medium

passt und ob die gewünschte Publizitätswirkung erzielt werden kann.

113. [...]

114. Den meldenden Unternehmen zufolge mag es für den Abschluss einer Medienpartnerschaft irrelevant sein, ob ein Ticketing besteht und wer es übernimmt. Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass der Abschluss der Medienpartnerschaft [...]

Weitere Vergünstigungen von Seiten Ticketcorner

115. [...]

2. Starticket

116. [...] Starticket ist wie Ticketcorner in den Sozialen Medien aktiv und verfügt über eine Seite bei Facebook¹⁹ und Twitter.²⁰

Kommunikationsleistungen

117. Im Rahmen der Nachermittlungen wurden die meldenden Unternehmen auch gebeten, die Veranstalterverträge von Starticket einzureichen.²¹

118. Die nachstehende Tabelle bildet nur beispielhaft die mit Veranstaltern vereinbarten Kommunikationsleistungen [...] ab:

Vertragspartner	Bruttowert	Konditionen
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

Tabelle 3: Exemplarische Darstellung von Kommunikationsleistungen [...] gemäss den Veranstalterverträgen von Starticket. Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen

119. Im Grundsatz gleich wie bei Ticketcorner, [...].²²

3. Veranstalter

120. Den Aussagen der befragten Veranstalter zur Bedeutung von Promotionsleistungen seitens der Anbieter von Fremdvertriebs-Dienstleistungen für Veranstalter in der Schweiz ist zu entnehmen, dass - mit nur wenigen Ausnahmen - den Promotionsleistungen eine grosse bis sehr grosse Bedeutung beigemessen wird. So können Zielgruppen gezielt angesprochen und die Leistungen auf den verschiedensten Werbemitteln kommuniziert werden. Namentlich im Online-Marketing bieten sich vielseitige Möglichkeiten, um auf den verschiedensten Plattformen präsent zu sein. Die Einschätzungen der Veranstalter können betriebswirtschaftlich erklärt werden, dass durch die Promotionsleistungen höhere Ticketverkäufe erwartet werden. Für Sportveranstalter bzw. deren Veranstaltungen, welche ohnehin eine grosse Medienpräsenz haben, ist die Bedeutung nicht sehr gross. Dies mag stimmen, hingegen spielen bei Sportveranstaltern mit nationaler Bekanntheit andere Faktoren eine grosse Rolle wie z.B. das Sponsoring, welches Ticketcorner ebenfalls betreibt.²³ Es ist notorisch, dass gerade bei Sportvereinen von nationaler Bekanntheit

das Sponsoring ein wichtiger Teil der Einnahmequellen darstellt.

121. Ein oft genannter Vorteil durch die Zusammenarbeit mit Anbietern von Fremdvertriebs-Dienstleistungen ist der Erhalt von E-Mailadressen von Kunden (sofern diese eine direkte Promotion erwünschen), so dass der Veranstalter diesen einen Newsletter zusenden kann. Die

¹⁹ Vgl. <de-de.facebook.com/starticket.ch/>.

²⁰ Vgl. <twitter.com/starticket_ch?lang=de>.

²¹ Vgl. Rz 99 f.

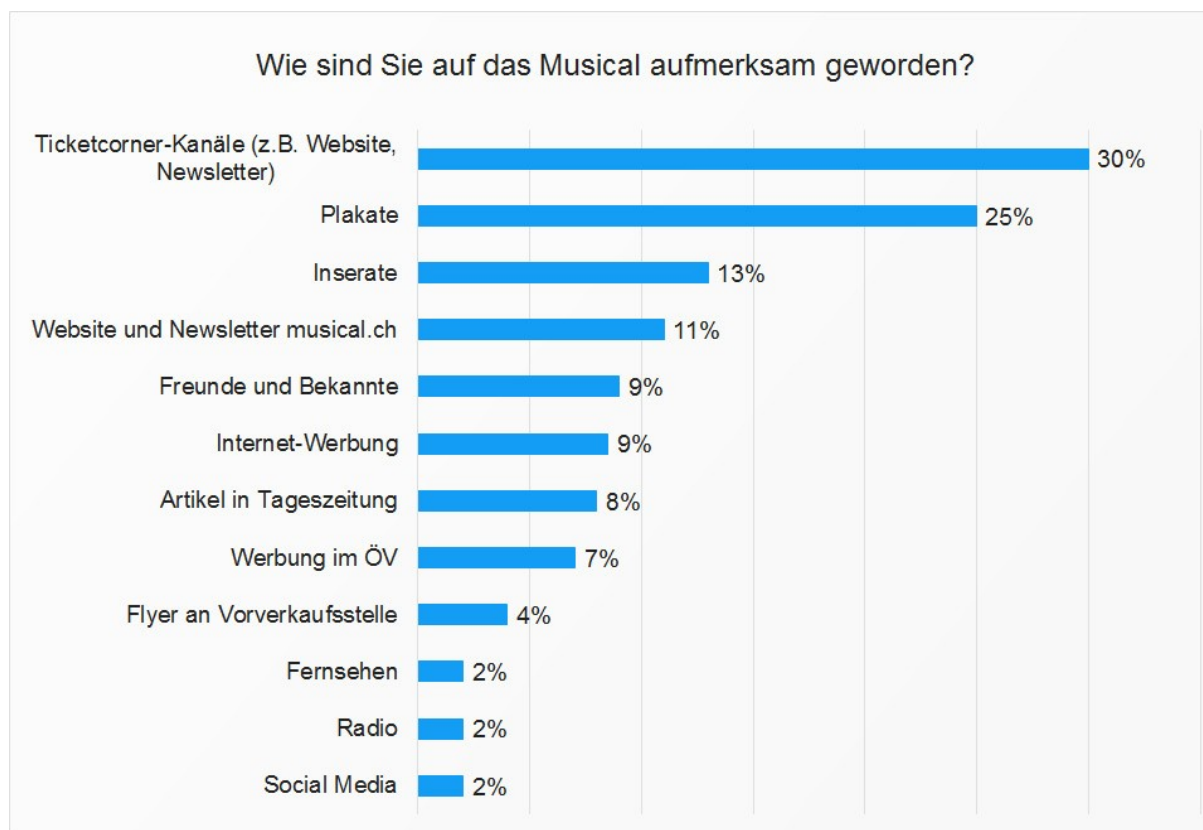
²² Vgl. Rz 179.

²³ Vgl. Rz 115.

Nachteile für die Veranstalter scheinen nicht oder nur in geringem Ausmass zu bestehen. Als Nachteilig wird erachtet, dass manchmal andere Veranstalter mit dem gleichen Konzert in der Promotion bevorzugt werden, da ein Exklusivvertrag mit einem anderen Veranstalter besteht, der das Konzert an einem anderen Ort organisiert.

4. Umfrage

122. Auch Ticketcorner selbst verweist auf der eigenen Homepage auf eine durch die Rent-a-Show AG – als bedeutende Veranstalterin von Musicals in der Schweiz – durchgeführte Befragung von 1551 Musicalbesuchern in den Jahren 2014 und 2015.



123. 30 % aller Befragten gaben bei dieser Umfrage an, dass sie zuerst auf Ticketcorner-Kanälen von der bevorstehenden Veranstaltung erfuhren. Dabei handelt es sich unter anderem um die Online-Plattform ticketcorner.ch, die Ticketcorner-Newsletter und Apps, das Magazin Schweizer Illustrierte event und die Vorverkaufsstellen. In derselben Umfrage fragte Rent-a-Show auch, welche Medien ihre Ticketkäufer generell aktiv nutzen, um sich über Freizeitangebote und Veranstaltungen zu informieren. Auch hier liegen die Ticketcorner-Kanäle – mit zusammen 65 % klar vorne. Es folgen Magazine und Zeitungen mit 52 % und an dritter Stelle Suchmaschinen mit 48 %. Die Website und der Newsletter musical.ch werden von 31 % der Befragten regelmässig angeschaut. 21 % informieren sich am Radio über Freizeitangebote und Events, 14 % via Theaterprogramme und 12 % mittels Social Media.²⁴

124. Ebenso sind Netzwerkeffekte zu berücksichtigen: Der Online-Auftritt eines Ticketing-Unternehmens wird wohl umso attraktiver, je mehr Veranstaltungen auf der Homepage zu finden sind. Umgekehrt ist ein Ticketing-Unternehmen attraktiver, welches eine grosse Kundenbasis hat.

B.4.2 Relevante Märkte

125. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich

ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

126. 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, der hier analog anzuwenden ist).²⁵

127. In vorliegendem Fall werden in drei Bereichen (sachliche und räumliche) relevante Märkte abgegrenzt: Fremdvertriebsdienstleistungen, Eigenvertriebslösungen und Medien.

B.4.2.1 Fremdvertriebsdienstleistungen

B.4.2.1.1 Standpunkt der Zusammenschlussparteien

128. Die Zusammenschlussparteien bringen bezüglich des sachlich relevanten Marktes vor, dass Ticketcorner respektive Starticket in einem umfassenden Markt für Ticketvertrieb tätig seien, welcher sowohl Fremd- als

²⁴ Vgl. hierzu < blog.ticketcorner.ch/umfrage-zeigt-ticketcorner-kanale-wichtigste-info-quelle-fur-musicalbesucher/ (06.03.2017).

²⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al. /WEKO*.

auch Eigenvertrieb umfasse. Dies sei sachgerecht, da aus der Sicht der Veranstalter beide Vertriebsformen Alternativen darstellen würden und die Übergänge zwischen Fremd- und Eigenvertrieb fliegend seien. Letzteres wurde im Übrigen auch von im Bereich Software-Lösungen für den Eigenvertrieb tätigen Unternehmen, namentlich Tixtec und Ticketpark vorgebracht. Des Weiteren bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass schon heute der überwiegende Teil der Tickets im Eigenvertrieb verkauft würde und dieser Trend sich gemäss – nicht näher genannten – Branchenexperten fortsetzen würde.

129. Daneben stützen sich die Parteien auf jenen Teil der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ab, welcher den eigenen Standpunkt stützt und bezeichnen abweichende Einschätzungen zur Marktabgrenzung – wie jüngst durch das Bundesverwaltungsgericht oder im Rahmen der Beschlussbegründung zur Einleitung der Prüfung – entweder als irrelevant oder gar als rechtswidrig.

130. Gestützt auf eine Betrachtung des Anteils der durch Ticketcorner respektive Starticket verkauften Tickets an sämtlichen im Freizeitbereich in der Schweiz verkauften Tickets kommen die Zusammenschlussparteien gemäss eigenen Schätzungen hinsichtlich der Grösse des Gesamtmarktes – im Falle einer Ausklammerung von Kinotickets – auf einen Marktanteil im Jahr von rund [20-30] % von Ticketcorner und von [10-20] % von Starticket. Bei einem Einbezug von Kinotickets in den relevanten Markt würde gemäss Schätzungen der Parteien für das Jahr 2015 sogar ein Marktanteil von lediglich [10-20] % von Ticketcorner respektive von [10-20] % von Starticket resultieren. Vor diesem Hintergrund sei der Zusammenschluss als unbedenklich zu beurteilen.

B.4.2.1.2. Bisherige Praxis der WEKO

131. In der Vergangenheit hat sich die WEKO insbesondere im Rahmen der Untersuchung i.S. Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich mit dem Bereich Ticketvertrieb auseinandergesetzt. Im genannten Verfahren ist die WEKO von einem Gesamtmarkt für den Ticketvertrieb ausgegangen, welcher sowohl den Fremdvertrieb, als auch den Eigenvertrieb von Tickets umfasste. Die WEKO hat sich auch in zwei nachfolgenden Zusammenschlussverfahren auf diese Einschätzung abgestützt.²⁶

132. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass das BVGer in seinem Urteil i.S. Hallenstadion Zürich bezüglich der Einschätzung der WEKO, dass ein einziger Markt in der Schweiz für den Ticketverkauf besteht, gewisse Vorbehalte vorgebracht: So bezöge sich die WEKO bei dieser Einschätzung im Wesentlichen auf eine Abklärung des Geschäftsbereichs des Ticketings in der Vergangenheit, die jedoch zu keiner rechtsverbindlichen Festlegung des relevanten Marktes bzw. der relevanten Märkte in diesem Geschäftsbereich geführt hatte. Zudem würden die einzelnen Aussagen auf den Stellungnahmen der Parteien fussen, während kaum verifizierte Daten und Informationen in die Darstellung einbezogen werden.²⁷

133. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand grenzt das BVGer auch einen separaten sachlich relevanten Markt für den Ticketvertrieb für Mega-Einzelbühnenveranstaltungen ab.

B.4.2.1.3. Praxis des Bundeskartellamts

134. Das Bundeskartellamt hat sich in einem aktuellen Entscheid im Rahmen eines Hauptprüfverfahrens betreffend eines Zusammenschlusses, an welchem auch CTS EVENTIM beteiligt war, mit dem Bereich des Ticketings auseinandergesetzt.²⁸

135. In diesem Verfahren wurde, neben einer Reihe von anderen Märkten, ein *nationaler Markt für Ticketsystemdienstleistungen* mit Veranstaltern als Marktgegenseite abgegrenzt. Dabei werden Ticketsystemdienstleister dadurch charakterisiert, dass diese im Wesentlichen eine Kombination von folgenden Dienstleistungen gegenüber Veranstaltern erbringen:

- *Technische Dienstleistung*: Kern der Dienstleistung ist bei allen Anbietern zunächst jeweils der Betrieb und die technische Anbindung an eine Datenbank, in die verschiedenste Arten von Veranstaltungen eingestellt werden. Diese Datenbank wird wiederum an Vorverkaufsstellen angeschlossen, insbesondere eigene Online-Shops sowie an ein Netz von externen (fremden) VVK-Stellen. (vgl. Rz 103).
- *Vermittlung eines Verkaufstellennetzes*: Darüber hinaus ist eine Kerndienstleistung der Systemanbieter gegenüber den Veranstaltern die Gewährung des Zugangs zu einem Vertriebsnetz. Dabei schließen alle Anbieter der Ticketsysteme mit den Veranstaltern Vertriebsverträge bezogen auf ihre konzerneigenen VVK-Stellen, die auf dieser Grundlage für die Veranstalter Tickets an den Endkunden verkaufen (als Kommissionäre, Agenten, im Auftrag der Veranstalter o.ä.). Die Ticketsystemdienstleistung enthält darüber hinaus die Vermittlung eines Netzes externer VVK-Stellen an die Veranstalter. (Rz 104)
- *Ticketerstellung*: Zum Angebot der Ticketsysteme an die Veranstalter gehören auch weitere mit der Buchbarkeit der Veranstaltung in Verbindung stehende Leistungen (Erstellung von Saalplänen, Layout von Fantickets etc.). (Rz 107)
- *Zusätzliche Leistungen*: Schliesslich bieten Ticketsystemdienstleister verschiedene zusätzliche Leistungen gegen Entgelt an. Diese reichen von technischen Leistungen einschliesslich Systemschulungen bis hin zu optionalen Werbe- und Marketingmassnahmen, wie der hervorgehobenen Darstellung im Online-Shop oder der Erstellung von Flyern zur Bewerbung in den VVK-Stellen.

136. Als alternative Ticketsysteme werden innerhalb des sachlich relevanten Marktes Unternehmen betrachtet, welche wie CTS EVENTIM mit den (in der Regel eigenen) Online-Shops und den angeschlossenen stationären Vorverkaufsstellen immer beide Hauptdistributionskanäle anbieten.

²⁶ Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 40, *Tamedia/Starticket*; RPW 2014/1, 297 Rz 35, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

²⁷ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, E.317 f.

²⁸ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH.

137. Das Bundeskartellamt hält fest, dass aus Sicht von Veranstaltern Ticketsystemdienstleistungen nicht mit Eigenvertriebslösungen austauschbar sind, dies gelte sowohl für Eigenvertrieb über eine Lizenzierung von Inhouse-Software, als auch für das Angebot eines White-Label-Anbieters. (Rz 125 ff.)

138. Wie aus den nachfolgend gemachten Betrachtungen hervorgeht, decken sich die Erkenntnisse des Bundeskartellamts weitestgehend mit den nachfolgenden Betrachtungen im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens.

B.4.2.1.4. Sachlich relevanter Markt

B.4.2.4.1.1 Vorbemerkungen

139. Ticketcorner respektive Starticket ermöglichen es Veranstaltern den Vertrieb von Tickets ganz oder teilweise auszulagern. Der Fremdvertrieb von Tickets entspricht auch der Kerntätigkeit der Zusammenschlussparteien. Nachfolgend ist demzufolge die Frage zu beantworten, ob aus Sicht von Veranstaltern auch alternative Vertriebskanäle als Substitut zum Fremdvertrieb betrachtet werden können.

140. Generell bieten Fremdvertriebsdienstleister eine umfassende Auslagerung einer Vielzahl von Aspekten im Zusammenhang mit der Vermarktung von Veranstal-

tungen und der Abwicklung des Ticketvertriebs bis hin zur Einlasskontrolle am Ort der Veranstaltung an. Die Parteien fassen diese umfassenden Prozesse beispielsweise folgendermassen zusammen: „[Das Ticketing-Unternehmen] schaltet die Veranstaltung im Ticketing-System auf, erfasst – sofern notwendig – den Saalplan, erstellt die verschiedenen Preiskategorien gemäss den Vorgaben des Veranstalters, stellt den Support während des Verkaufs sicher, stellt die Infrastruktur für die Einlasskontrolle bereit und – vor allem – beginnt das Ticketing-Unternehmen damit, die Veranstaltung zu bewerben und damit den Verkauf der Tickets anzukurbeln.“

141. Eine der Kerntätigkeiten von Unternehmen im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen besteht aus dem *Vorverkauf von Veranstaltungstickets* über verschiedene Vertriebskanäle. Dabei kann unterschieden werden zwischen physischen Vorverkaufsstellen, Verkäufen über ein Call Center und Verkäufen über das Internet. Im Online-Bereich können Veranstaltungs-Besucher typischerweise die Tickets entweder herunterladen und selbst ausdrucken (sogenanntes Print at Home), bestellen und sich per Post zustellen lassen, als Mobile Ticket auf ein Smartphone laden oder das Ticket auf einer RFID-Karte (wie dem SwissPass) hinterlegen. Im Falle von Ticketcorner unterteilen sich diese Vertriebsarten im Jahr 2016 beispielsweise folgendermassen:

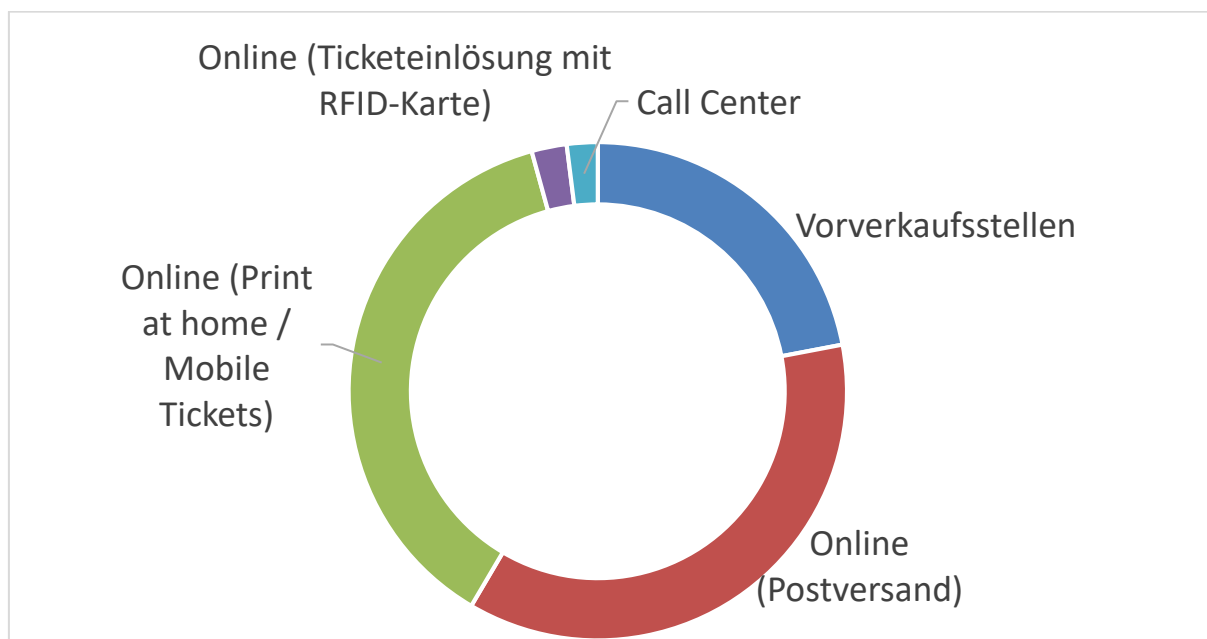


Abbildung 1: Anteil nach Tickets nach Vertriebsart bei Ticketcorner im Jahr 2016

142. Auf die Bedeutung und den Umfang von Promotionsdienstleistungen seitens Fremdvertriebsdienstleistern wurde in Abschnitt B.4.1.3 vertieft eingegangen. So erbringen Fremdvertriebsdienstleister gegenüber Veranstaltern insbesondere auch Dienstleistungen bezüglich der Vermarktung von Veranstaltungen, so beispielsweise auf der eigenen Homepage (wie ticketcorner.ch), über elektronische Newsletter, Werbung in eigenen Publikationen oder anderen Medien oder Werbung an physischen Verkaufsstellen.²⁹

143. Ein Unternehmen im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen hat hierfür die notwendige personelle und technische Infrastruktur bereitzustellen. Neben dem eigentlichen Ticketverkauf können auch Dienstleistungen und Produkte bezüglich Zutrittskontrolle – gerade bei Print at Home und Mobile Tickets – angeboten werden.

²⁹ Vgl. insbes. Rz 112.

B.4.2.4.1.2 Geschäftsmodell von Fremdvertriebsdienstleistern

144. Ticketcorner respektive Starticket sind als Agenten für Veranstalter tätig, welche deren Vertriebsdienstleistungen in Anspruch nehmen und vertreiben die Tickets im Namen und auf Rechnung der Veranstalter. Aufgrund dessen sind es auch die Veranstalter, welche den Endkundenpreis der über Ticketcorner respektive Starticket abgewickelten Ticketverkäufe festlegen.

145. Das Geschäftsmodell von Ticketcorner respektive Starticket basiert – wie auch im Falle von beispielsweise Ticketino – insbesondere auf die Erhebung von Gebühren pro verkauftem Ticket, insbesondere gegenüber dem Veranstalter, aber auch gegenüber Endkunden:

- **Ticketcorner:** Gegenüber Veranstaltern erhebt Ticketcorner einerseits eine Systemgebühr als Entschädigung für die Nutzung des Ticketsystems. Diese beträgt [...]. Andererseits verlangt Ticketcorner eine Vorverkaufsgebühr (Verkaufskommission) [...] des Ticketverkaufspreises [...]. Von den Endkunden erhebt Ticketcorner eine Servicegebühr die sich je nach Ticketpreis im Bereich zwischen CHF [...] bewegt. Zudem verlangt Ticketcorner für bestimmte Zusatzleistungen, die der Kunde wählt, Gebühren (z.B. für den Postversand, die Abholung an der Abendkasse, für Geschenkverpackung, bei Zahlung per Rechnung oder für eine Ticketversicherung). Eine Auftragsgebühr schuldet der Kunde beim Kauf über eine Verkaufsstelle.
- **Starticket:** [...] Die Höhe der Gebühren hängt von verschiedenen Kriterien ab, wie z.B. Vertragslaufzeiten, Ticketvolumen und Umfang der bezogenen Dienstleistungen. [...] Von den Endkunden erhebt Starticket je nach Bezahl- oder Versandart verschiedene Gebühren.

146. Bezüglich dem Vorverkauf von Tickets über Vorverkaufsstellen ist festzuhalten, dass Ticketcorner lediglich über eine einzige eigene physische Verkaufsstelle verfügt. [...] Alle anderen Vorverkaufsstellen werden durch Dritte betrieben (z.B. die Post, Manor, Coop City etc.). Dabei ist die Zusammenarbeit folgendermassen gestaltet:

- **Ticketcorner** arbeitet mit verschiedenen Partnern zusammen, die im Namen und auf Rechnung von Ticketcorner Tickets in ihren physischen Verkaufsstellen verkaufen. [...]
- Bei **Starticket** bezahlt der Kunde zusätzlich zum Ticketpreis eine Vorverkaufsgebühr. [...]

B.4.2.4.1.3 Marktgegenseite

147. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung bildet die Sicht der Marktgegenseite von Anbietern von Produkten respektive Dienstleistungen. So ist bei der Marktabgrenzung – neben den Produkteigenschaften – vor allem auf den aus Sicht der Marktgegenseite im Vordergrund stehenden Verwendungszweck abzustellen. Es handelt sich dabei um eine empirisch zu beantwortende Frage, wobei der durchschnittliche Abnehmer massgeblich ist.³⁰

148. Fremdvertriebsdienstleister stehen zwei Marktgegenseiten gegenüber: Auf der einen Seite Veranstalter, auf der anderen Seite Endkunden. Die nachfolgende Marktabgrenzung erfolgt jedoch aus Sicht von Veranstaltern: So bestimmen Veranstalter bei einer spezifischen Veranstaltung, welche Distributionskanäle und somit auch welche Fremdvertriebsdienstleister bei bestimmten Veranstaltungen berücksichtigt werden. Jedoch müssen Veranstalter bei der Wahl eines Fremdvertriebsdienstleisters die Präferenzen von Endkunden durchaus berücksichtigen, zumal der vorliegend betrachtete Bereich verschiedene Charakteristika eines zweiseitigen Marktes aufweist.

149. Marktgegenseite von Ticketcorner respektive Starticket sind konkret im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen professionelle Veranstalter von bestimmten Kategorien an Live-Events in der Schweiz, welche einen überwiegenden Anteil der Tickets im Vorverkauf absetzen. Bezüglich der Art der Veranstaltungen unterscheidet beispielsweise Ticketcorner zwischen den folgenden Bereichen:

- **Entertainment:** Dieser Bereich umfasst Veranstaltungen in Clubs, Comedy-Veranstaltungen, Festivals & Open Airs, Musicals & Shows, Pop & Rock und schliesslich Zirkus.
- **Kultur:** Dieser Bereich wird unterteilt in Events und Theater.
- **Sport:** Hierbei wird unterschieden zwischen Sportveranstaltungen (beispielsweise einzelne Turniere) und Vereinen (insbesondere Spiele von nationalen Fussball- und Eishockeyclubs).

150. Zur Veranschaulichung der Marktgegenseite im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen werden mittels folgenden Tabellen die grössten Kunden von Ticketcorner und Starticket nach Anzahl Tickets im Jahr 2016 dargestellt:

³⁰ Vgl. zu Letzterem Urteil des BVGer, RPW 2015/4, 821, E. 7.1.2, *BMW/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, E.9.1.4.1, *Gaba/WEKO*.

[...]
[...]
[...]
[...]
[...]
[...]
[...]
[...]
[...]

Abbildung 3: 20 grösste Veranstalter bei Starticket (im Jahr 2016, nach Anzahl Tickets)

151. Bei den typischen Nachfragern von Fremdvertriebsdienstleistungen handelt es sich um professionelle Veranstalter, welche im Bereich Live-Shows und Live-Konzerten tätig sind. Bei Konzerten stehen dabei Veranstalter mit einem Fokus auf moderne Musik klar im Vordergrund. Weitere Veranstalter finden sich insbesondere im Bereich Sport, insbesondere im Fussball und Eishockey. Dort wiederum handelt es sich auch um professionelle Clubs in der jeweils höchsten Liga respektive beim Fussball um den nationalen Verband.

152. Wie auch von den Zusammenschlussparteien festgehalten wird, fragen reguläre Kinos mit einer eigenen Spielstätte – im Gegensatz zu Veranstaltern von Events im Filmbereich, wie beispielsweise Open Air-Kinos oder Film-Festivals – in der Schweiz typischerweise keine Dienstleistungen im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen nach. Auch erfolgt der Vorverkauf von Skitickets nur in marginalem Umfang. Dasselbe gilt für Museen, Messen, Zoos, Sportvereinen von unteren Ligen, nicht-kommerzielle Veranstaltungen, etc. Die genannten Anbieter von anderen Freizeitangeboten sind somit nicht Bestandteil der durchschnittlichen Marktgegenseite, welche als Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktabgrenzung genommen wird. Im Übrigen geht auch das Bundeskartellamt davon aus, dass Veranstalter insbesondere von Live-Entertainment-Veranstaltungen als Marktgegenseite von Fremdvertriebsdienstleistern zu betrachten sind.³¹

B.4.2.4.1.4 Generelle Bedeutung von Fremdvertriebsdienstleistungen

153. Die Swiss Music Promoters Association (SMPA) führt aus, dass der Fremdvertrieb aktuell und künftig eine grosse Bedeutung für Schweizer Konzert-, Show- und Festivalveranstalter, wie sie in der SMPA zusammengeschlossen sind, habe. Ein Veranstalter der in verschiedenen Locations mit verschiedenen Arten von Veranstaltungen schweizweit tätig ist, müsse mit einem starken Fremdvertrieb zusammenarbeiten. Einige Festivalveranstalter mit einer etablierten Marke könnten zwar teilweise oder ganz auf den Eigenvertrieb setzen, ähnlich wie Veranstalter mit festen Häusern (Bspw. Opernhaus Zürich oder gewisse Musikclubs) oder kleinere

nicht professionelle Veranstalter. Dies gelingt in der Regel aber nur diesen Kategorien von Veranstaltern.

154. Aus Sicht der SMPA hat die Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen eine Reihe von Vorteilen für Veranstalter. So reduziere die Auslagerung des Ticketings den Personal- und Infrastruktur-Aufwand beim Veranstalter. Auch bestehe eine höhere Reichweite durch verschiedene Kommunikationsleistungen der Ticketanbieter und deren Verlage. Auch könnten Veranstalter und Kunden auf eine funktionierende und technologisch aktuelle Software zurückgreifen, wie auch auf einen Support mit hoher Erreichbarkeit. Schliesslich verfüge der Fremdvertrieb über zeitgemässe Vertriebskanäle. Nachteile beim Fremdvertrieb ergeben sich laut dem SMPA vor allem durch die Kosten des Fremdvertriebs und aufgrund der Tatsache, dass Kundendaten durch den Ticketanbieter auch für Konkurrenzveranstaltungen genutzt würden.

B.4.2.4.1.5 Anhaltende Bedeutung von physischen Verkaufsstellen

155. Die etablierten Unternehmen im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen, wie insbesondere die Zusammenschlussparteien, ermöglichen Veranstaltern den Zugang zu einem umfassenden Netz an physischen Verkaufsstellen. Somit stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieses Vertriebskanals aus Sicht von Veranstaltern.

156. Bezüglich der Notwendigkeit einer Präsenz auf allen Vertriebskanälen, verweisen die Zusammenschlussparteien auf eine sinkende Bedeutung des Vertriebs über physische Verkaufsstellen. So verkauft Ticketcorner über [70-80] % der Tickets online, während es vor zehn Jahren noch nicht einmal [30-40] % waren. Dieser Trend würde weiter anhalten. Auch sei die Ablösung des gedruckten Tickets durch Mobile-Ticketing

³¹ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH, 26 Rz 100.

bereits im Gange. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass die weitgehende Ablösung des physischen durch den elektronischen Verkauf bewirkt, dass Ticketing-Unternehmen heute nicht mehr über physische Verkaufsstellen verfügen müssen; ein reiner Online-Verkauf sei ausreichend.

157. Im Entscheid i.S. Hallenstadion Zürich ist die WEKO ebenfalls auf das Verhältnis zwischen den Vertriebskanälen Internet, Call Center und physischem Vertrieb eingegangen. Hierzu wurde festgehalten, dass ein ausschliesslicher Vertrieb sämtlicher Tickets eines Anlasses über bloss einen Vertriebskanal, namentlich das Internet, bei vereinzelt Anlässen der Fall ist. In der Regel sind die Veranstalter aber im Interesse der unterschiedlichen Bedürfnisse der Zuschauer an einem umfassenden Angebot, sprich an einem Mix dieser Vertriebskanäle, interessiert und fragen dieses nach – die einzelnen Vertriebskanäle sind aus ihrer Sicht komplementär und erst ihr Bündel macht das nachgefragte Angebot aus. Das Angebot bloss eines alleinstehenden Vertriebskanals stellt damit aus Sicht der Veranstalter zumeist kein Substitut für das Vertriebskanalbündel „Internet, Point of Sales, Call Center“ dar.³²

158. Auch das Bundeskartellamt hat in seinem jüngsten Entscheid bestätigt, dass die Bereitstellung eines Vorverkaufsstellen-Netzes – entweder eigene Vorverkaufsstellen oder ein Netz von Dritten – ein integraler Bestandteil der Dienstleistung eines Ticketdienstleisters darstellt. So habe der Distributionskanal der stationären VVK-Stellen weiterhin insgesamt eine grosse Bedeutung und es sei auch nicht zu erwarten, dass dieser in absehbarer Zeit durch den Internetvertrieb abgelöst wird.³³ Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt auch festgehalten, dass eine Ticketsystemdienstleistung nicht mit einem direkten Anschluss der Veranstalter an reine Online-Portale oder einzelne VVK-Stellen substituierbar ist was folgendermassen begründet wird: *„Beide Fälle bieten dem Veranstalter kein Vertriebsnetz bzw. in beiden Fällen müsste er um mehrere Verkaufsstellen zu beauftragen jeweils einzeln mit diesen Verträge abschließen, was nur begrenzt möglich ist. Im Fall der stationären VVK-Stellen ist sofort ersichtlich, dass über die direkte Beauftragung einzelner Verkaufsstellen keine vergleichbare Reichweite erzielt werden kann, wie über den Anschluss an ein Ticketsystem. Aber auch Online-Portale, die zumindest eine nicht auf eine bestimmte Region*

begrenzte Vertriebsmöglichkeit bieten, sind für Veranstalter regelmäßig nicht mit den Ticketsystemen austauschbar, da sie nicht den Distributionskanal der VVK-Stellen bieten, der für den Abverkauf der meisten Veranstaltungen mit einbezogen werden muss. Online-Portale erhöhen zwar in gewissem Umfang die Auffindbarkeit, können aber wie dargestellt den Vertriebskanal der stationären VVK-Stellen nicht ersetzen. Als Alternative kommt die alleinige Nutzung eines Online-Portals wie auch des Online-Eigenvertriebs lediglich bei besonders attraktiven Events in Betracht. Wenn die Nachfrage deutlich das Angebot an Tickets übersteigt, suchen Kunden für derartige Events in der Regel aktiv nach Tickets, so dass dann der nur in einem Online-Shop erfolgende Abverkauf ausreichen kann.“³⁴

159. Seitens der im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragten Veranstalter wurde zwar generell anerkannt, dass die Bedeutung vom physischen Vertrieb abnehmend ist. So betrachten gewisse Veranstalter den physischen Vertrieb als kaum noch relevant. Jedoch wurden auch verschiedentlich Gründe vorgebracht, weshalb der physische Vertrieb nach wie vor relevant ist. So hält die SMPA fest, dass der physische Vertrieb seine Berechtigung hat bei beratungsintensiven Veranstaltungen oder für ein älteres Publikum, welches mit Online-Käufen nicht vertraut ist. Auch gäbe es eine Anzahl Personen, welche generell kein Online-Shopping betreiben. Weitere Argumente seitens Veranstalter sind die Tatsache, dass gewisse Personen über keine Kreditkarte verfügen und somit auf den physischen Vertrieb angewiesen sind. Auch seien physische Verkaufsstellen ein Teil des Marketings und würde dazu dienen, die ganze Schweiz abzudecken.

160. Auch die Salto Natale AG bringt vor, dass es nach wie vor wichtig ist, möglichst viele Kanäle anbieten zu können, wo deren Gäste die Tickets beziehen können. Je länger, je mehr kaufen die Gäste die Tickets kurzfristig. Wenn dies via Webshop nicht möglich ist, müsse gewährleistet sein, dass die Gäste die Tickets an einem POS (also einer physischen Vorverkaufsstelle) beziehen können.

161. Wie aus den folgenden Tabellen hervorgeht, ist der Anteil an über physischen Verkaufsstellen vertriebenen Tickets sowohl bei Ticketcorner als auch bei Starticket in den letzten Jahren tendenziell tatsächlich abnehmend:

Vertriebskanal	2013	2014	2015	2016
Ticketcorner				
Online	[60-70] %	[60-70] %	[70-80] %	[70-80] %
Vorverkaufsstellen	[30-40] %	[30-40] %	[20-30] %	[20-30] %
Call Center	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %

Abbildung 4: Anteil an verkauften Tickets nach Vertriebskanal bei Ticketcorner

³² Vgl. RPW 2012/1, 104 Rz 164, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³³ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH, 38 Rz 129.

³⁴ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH, 39 Rz 132.

Vertriebskanal Starticket	2013	2014	2015	2016
Online	[60-70] %	[70-80] %	[80-90] %	[80-90] %
Vorverkaufsstellen	[30-40] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
Call Center	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %	[0-5] %

Abbildung 5: Anteil an verkauften Tickets nach Vertriebskanal bei Starticket

Veranstalter	Anzahl Total	Anzahl VVK	Anteil VVK
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[30-40] %
[...]	[...]	[...]	[30-40] %
[...]	[...]	[...]	[10-20] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[30-40] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[10-20] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[10-20] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %
[...]	[...]	[...]	[10-20] %
[...]	[...]	[...]	[30-40] %
[...]	[...]	[...]	[30-40] %
[...]	[...]	[...]	[20-30] %

Tabelle 4: Anteil an über Vorverkaufsstellen verkaufter Tickets bei grössten Kunden von Ticketcorner (2016, nach Anzahl Tickets)

162. Ticketino bringt bezüglich der Bedeutung des physischen Vertriebs vor, dass trotz Digitalisierung für Ticketvermarkter physische Absatzkanäle nach wie vor wichtig seien. So würden Veranstalter bei der Vergabe von Aufträgen auf die Vielseitigkeit der Kanäle und auf ein flächendeckendes, physisches Vorverkaufsstellen-

netz achten. Die Vermarktung über die Poststellen, Bahnhöfe, Reisezentren und unabhängige Verkaufspunkte seien für die Konkurrenzfähigkeit eines Ticketing Anbieters von grosser Wichtigkeit.

163. Schliesslich spricht auch das Marktverhalten von Ticketcorner respektive Starticket, für eine anhaltende Nachfrage nach physischen Vertriebsdienstleistungen. Wenn dem Betrieb eines physischen Vertriebsnetzes keine entsprechende Nachfrage seitens Veranstaltern und Endkunden gegenüber stehen, würde ein entsprechendes Angebot wohl kaum aufrechterhalten und sogar – wie im Falle von Ticketcorner mit [...] – über langjährige Exklusivverträge gesichert werden. Ein umfassendes Netz an Vorverkaufsstellen stellt darüber hinaus auch ein Promotionskanal für Fremdvertriebsdienstleister dar, was beispielsweise aus den entsprechenden Vereinbarungen zwischen Ticketcornern und [...] klar ersichtlich ist. So ist Ticketcorner an [...] Verkaufsstellen sowohl mit Publikationen, Broschüren und Screens präsent. So haben die Parteien an den Anhörungen [...] als eine der relevantesten, wenn nicht die relevanteste Vorverkaufsstelle, bezeichnet.

164. Auch aus Endkundensicht besteht eine offensichtliche Nachfrage nach physischem Vertrieb. Dies zeigt sich umso mehr, als dass diese bereit sind die entsprechenden Vorverkaufsgebühren, welche sich bei Ticketcorner im Bereich zwischen ca. [0-10] % des Ticketpreises für die Erbringung dieser Dienstleistung zu bezahlen.

165. Auch aus den Äusserungen von Veranstaltern geht hervor, dass der Zugang zu einem Netz von physischen Verkaufsstellen zwar tendenziell von abnehmender Bedeutung ist, aber nach wie vor ein wesentlicher Aspekt der Dienstleistung Fremdvertriebsdienstleistern darstellt. Der SMPA führt hierzu auf, dass der Zugang zu einem physischen Vertriebsnetz, trotz dessen stetig abnehmenden Bedeutung, noch seine Berechtigung hat. Dies sei bei beratungsintensiven Veranstaltungen (z.B. nummerierten Sitzplatzveranstaltungen in grossen Hallen, bei einem älteren Publikum, das noch wenig gewohnt ist im Umgang mit Onlinekäufen. Zudem gäbe es auch eine Anzahl von Personen, welche generell kein Onlineshopping betreiben.

166. Generell bietet der physische Vertrieb im Vergleich zum Online-Vertrieb auch aus Sicht von Endkunden eine Reihe von Vorteilen: So ist bei Käufen an Vorverkaufsstellen der Kauf von Tickets auch per Barzahlung möglich, was insbesondere für Endkunden ohne Kreditkarte relevant sein kann. Auch ist der Kauf am Schalter möglich, ohne persönliche Daten Preiszugeben.

167. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Verkauf von Tickets über das Call Center gegenwärtig nur noch von marginaler Bedeutung ist. Jedoch wird seitens Veranstaltern vorgebracht, dass die Erreichbarkeit eines telefonischen Kundendienstes nach wie vor von Bedeutung ist. So betrachtet es die Heitere Event AG als Vorteil, dass ein mehrsprachiger Kundendienst Standard-Rückfragen und Problemfälle ohne ihr Zutun bewältigt.

168. Fremdvertriebsdienstleister wie Ticketcorner und Starticket sind letztlich aufgrund von Skalenerträgen in der Lage, Veranstaltern den Zugang zu einem nationa-

len Netz an Vorverkaufsstellen sicherzustellen. Einzelne Veranstalter – erst recht nicht von saisonalen Veranstaltungen – verfügen nicht über vergleichbare Möglichkeiten. So führt die Zirkus Knie AG aus, dass sie sich einen ausschliesslichen Eigenvertrieb aktuell nicht vorstellen könnten, insbesondere weil sie davon ausgehen müsse, dass sie kein flächendeckendes nationales Vorverkaufsnetz aufbauen könnte. Auch KEEP COOL Produktion und Verlag betont die Bedeutung von Vorverkaufsstellen wie auch von einer Zusammenarbeit mit einem Medienhaus: *„Anfänglich war Starticket nur eine Ticketing-Online-Plattform und hat in diesem Bereich viel Innovation eingebracht. Erst mit dem öffnen ihrer Plattform (Einbezug der bekannten VVK-Stellen wie Post, Migros, Bahn, usw.) und der Zusammenarbeit mit Tamedia im Werbebereich) wurde Starticket ein ebenbürtiger Konkurrent zu Ticketcorner und viele Veranstalter auch grosser Konzerte, Shows und Tourneen wie wir begannen auch mit Starticket erfolgreich zusammen zu arbeiten.“*

169. Zusammenfassend ist der Zugang zu einem Netz von physischen Verkaufsstellen nach wie vor ein wesentlicher Faktor, weshalb reine Online-Vertriebsformen nicht in der Lage sind, umfassende Fremdvertriebsdienstleistungen aus Sicht von Veranstaltern zu ersetzen.

B.4.2.4.1.6 Anhaltende Bedeutung von physischen Tickets

170. Wiederholt verweisen die Parteien in der Meldung des Zusammenschlusses darauf hin, dass derzeit selbst Ticketcorner über [70-80] % der Tickets online verkauft. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass durch „print at home“, d.h. den Ausdruck des Tickets direkt durch den Kunden, nachdem er dieses online gekauft hat, entfällt auch der Versand von Tickets, weshalb auch keine entsprechende Versand-Infrastruktur und -Logistik mehr benötigt wird. Dies wiederum würde – neben anderen Entwicklungen – die Markteintrittsschwellen senken.

171. Auch in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung heben die Parteien den digitalen Vertrieb deutlich hervor: *„Tickets sind rein digitale Produkte. Die Tickets werden in Computersystemen erstellt und verwaltet, die Tickets werden online bestellt, sie werden online geliefert und sie werden elektronisch genutzt (Einscannen des QR- und Barcode).“* So würde der Versand entfallen.

172. Wie im Rahmen der vertieften Prüfung bei den Parteien erhobene Daten aufzeigen, ist jedoch gerade bei Ticketcorner der Anteil an online bestellten, aber physisch per Post verschickten Tickets nach wie vor sehr hoch. So handelt es sich bei den von Ticketcorner online verkauften Tickets nur rund zur Hälfte um Print at Home Tickets. Wie aus der nachfolgenden Tabelle hervorgeht, hat der Anteil an per Post versandten Tickets an den online bestellten Tickets bei Ticketcorner zuletzt sogar leicht angestiegen:

Ticketzustellung	2013	2014	2015	2016
Postversand	[50-60] %	[50-60] %	[40-50] %	[40-50] %
Print at home / Mobile Tickets	[40-50] %	[40-50] %	[50-60] %	[40-50] %
Ticketeinzahlung mit RFID-Karte	0 %	0 %	[0-5] %	[0-5] %

Abbildung 6: Anteile an online bestellten Tickets nach Zustellungsart bei Ticketcorner

173. Auch bietet Ticketcorner für gewisse Veranstaltung sogenannte „TICKETCORNER FanTickets“ an, welche als die wohl schönste Erinnerung an einen unvergesslichen Event beworben werden: So bringe das FanTicket im individuellen Band- und Tour-Design nach 22 Jahren Computerdruck ein unvergleichliches Stück Fankultur zurück und ersetzt in ausgesuchten Veranstaltungen das bisherige Systemticket und würden sich speziell auch als Geschenk eignen. Solche FanTickets sind nur online bestellbar und ausschliesslich via Postversand erhältlich.³⁵ Auch dies zeigt, dass auch in der heutigen Zeit eine Nachfrage nach physischen Tickets besteht.

174. Im Falle von Starticket lag der Anteil an per Post zugestellten Tickets im Jahr 2016 lediglich bei [10-20] %. Jedoch macht auch bei Starticket der Anteil an physischen Tickets im Jahr 2016 (per Postversand und von physischen Verkaufsstellen) zusammen [20-30] % aller Tickets aus. Bei Ticketcorner liegt dieser Anteil insgesamt sogar bei [50-60] % physischen Tickets. Zusätzlich werden bei beiden Anbietern nach wie vor [0-5] % aller Tickets nach wie vor über Call Center verkauft. Auch hier zeigt sich, dass ein Übergang zu einem rein elektronischen Vertrieb in absehbarer Zeit nicht wahrscheinlich ist.

175. Auch die Bereitschaft von Endkunden, die mit dem Postversand verbundenen Gebühren zu tragen, ist ein Indiz für eine anhaltende Nachfrage nach physischen Tickets. So betragen die Gebühren für den Postversand bei Ticketcorner regulär 5.90 CHF, für eingeschriebenen Versand 9.90 CHF und für Expressversand 20.90 CHF. Hinzuzufügen ist, dass im Falle von Ticketcorner Tickets für gewisse Veranstaltung teilweise gar nicht als Print at Home Tickets erhältlich sind.

176. Zusammenfassend ist nicht durch den Vertrieb über physische Verkaufsstellen aus Sicht von Veranstaltern – wie auch von Endkunden – von Bedeutung und ist integraler Bestandteil der Dienstleistung von Fremdvertriebsdienstleistern. Auch macht der Vertrieb von physischen Tickets auch im Rahmen von online bestellten Tickets nach wie vor einen wesentlichen Anteil an den gesamthaft abgesetzten Tickets aus. Auch dies unterstreicht die Bedeutung des physischen Vertriebs und spricht letztlich auch gegen eine Substituierbarkeit zwischen reinen Online-Plattformen und Fremdvertriebsdienstleistern.

B.4.2.4.1.7 Bedeutung von Mediendienstleistungen durch Medienhäuser

177. Auch auf diesen Aspekt sind die Parteien in der Meldung des Zusammenschlusses kaum eingegangen.

Vielmehr erfolgte eine erleichterte Meldung: Dieser Aspekt konnte sachverhältnismässig erst nach wiederholten konkreten Fragen seitens des Sekretariats erstellt werden.

178. [...]

179. Die Parteien bringen diesbezüglich auch vor, dass die Schweiz bezüglich der Integration von Ticketing-Aktivitäten in Medienkonzernen einzigartig sei und dies beispielsweise in Deutschland nicht der Fall sei. Diese Argumentation ändert schlussendlich nichts daran, dass für die Beurteilung die relevanten konkreten Marktgegebenheiten in der Schweiz herbeigezogen werden. Ob diese Marktgegebenheiten international eine Ausnahme ist oder nicht ist hierbei letztlich irrelevant.

180. Die Vermarktung einer Veranstaltung ist für den Veranstalter essentiell. Dies sieht auch ticketportal AG so und führt auf ihrer Homepage als Partnern Tamedia/Starticket auf mit den nachfolgenden Aussagen:³⁶

- „Dank starken Partnerschaften zum Erfolg. Ein wichtiger Baustein stellt dabei die Partnerschaft mit Tamedia/Starticket dar.“
- „Die Tamedia ist eng verwurzelt mit dem Schweizer Veranstaltungsmarkt und versteht die Bedürfnisse der Veranstalter sehr gut.“
- „Der ticketportal Kunde erhält dank dieser Partnerschaft einen einfachen Zugang zu einem äusserst attraktiven Kommunikations- und Werbekanal, so dass Ihr Event im richtigen Licht erscheint.“
- „ticketportal-Veranstalter erhalten Zugang zur Tamedia-Welt: Tages Anzeiger, SonntagsZeitung, Espace-Medien, Ricardo.ch, Doodle und viele weitere“.

181. Die Tamedia AG ist mit CHF 1'063.8 Mio. Umsatz im Geschäftsjahr 2015 das grösste Verlagshaus der Schweiz, dicht gefolgt von der Ringier AG mit CHF 946.0 Mio. Umsatz im Geschäftsjahr 2015³⁷. Weit abfallend kommt als drittgrösstes Schweizer Verlagshaus die NZZ Gruppe mit CHF 456.4 Mio. Umsatz³⁸. In Bezug auf die Bedeutsamkeit der Zeitung nach Leser, zählen unter den

³⁵ Vgl. hierzu <www.ticketcorner.ch/tickets.html?doc=campaign&campaign=FanTicket>.

³⁶ Vgl. <www.ticketportal.com/partner/starticket/> (7.3.2017).

³⁷ Vgl. <www.schweizermedien.ch/SCHM/media/SCHMMediaLibrary/Statistiken/Statistiken%202016_1/160607_VSM_Die-grossten-Verlags-hauser-nach-Umsatz-2015.pdf> (07.03.2017).

³⁸ Vgl. Fn 38.

„top ten“ der Tages- und Sonntagszeitungen im Jahr 2016 die acht leserstärksten Zeitungen zu Tamedia und Ringier³⁹: Unter den Tageszeitungen belegt 20 Minuten (Deutschschweiz) mit rund 1.4 Mio. Leser an der Spitze, gefolgt von Blick am Abend (0.6 Mio. Leser), 20 Minutes (französische Schweiz (0.5 Mio. Leser) und der Tages-Anzeiger (0.5 Mio. Leser). Bei den Sonntagszeitungen rangiert die Sonntagszeitung mit 0.6 Mio. Leser auf Rang eins, gefolgt vom Sonntags Blick (0.6 Mio. Leser). Die Tageszeitungen 20 Minuten (in der Deutschschweiz), Blick am Abend und Tagesanzeiger sind nicht

nur die auflagestärksten Zeitungen, sondern stellen auch optimale Medien dar, um das Zielpublikum beispielsweise für grosse (aber auch kleine) Konzerte, Sportveranstaltungen und Musicals anzusprechen. Hinzu kommt, dass insbesondere im Bereich Printwerbung die Veranstalter, welche ihre Veranstaltungen national oder (über)regional vermarkten wollen, gar keine andere Möglichkeit haben, als bei Zeitungen zu werben, die entweder zur Tamedia- oder zur Ringier-Gruppe gehören. Lediglich im lokalen Bereich dürfte eine gewisse Auswahlmöglichkeit der Medien bestehen.

Tageszeitungen und Sonntagszeitungen 2016

NACH AUFLAGEN RANGIERT

Titel	Verlag	Auflage n*	Leser In 1'000**
1 20 Minuten D-CH GES	Tamedia AG	442'994	1'369
2 Blick am Abend National GES	Ringier AG	270'984	623
3 20 Minutes F-CH éd. totale	Tamedia AG	183'498	502
4 Schweiz am Sonntag GES + Replica	AZ Medien AG	182'316	333
5 Sonntags Blick	Ringier AG	175'648	604
6 Sonntagszeitung	Tamedia AG	165'918	624
7 az Nordwestschweiz GES N + Replica	AZ Medien AG	155'716	364
8 Tages-Anzeiger	Tamedia AG	147'146	460
9 Blick	Ringier AG	143'499	543
10 St. Galler Tagblatt GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	122'958	268
11 Neue Luzerner Zeitung GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	120'239	298
12 Matin dimanche, Le	Tamedia AG	112'896	418
13 NZZ am Sonntag	Neue Zürcher Zeitung AG	104'400	408
14 BZ/Bund GES	Tamedia AG	138'484	339
15 Zentralschweiz am Sonntag GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	94'818	209
16 Neue Zürcher Zeitung (CH)	Neue Zürcher Zeitung AG	85'261	254
17 südostschweiz GES N + Replica	Somedia AG	76'504	159
18 Caffè della domenica, Il	Rezzonico Editore	55'889	87
19 24 Heures éd. totale	Tamedia AG	55'279	168
20 Ostschweiz am Sonntag + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	51'940	111
21 Basler Zeitung + Replica	Basler Zeitung Medien	48'223	109
22 Matin, Le (lu - sa)	Tamedia AG	40'682	239
23 LIEWO Sonntagszeitung	Vaduzer Medienhaus AG	37'810	50
24 Tribune de Genève	Tamedia AG	36'393	107

NACH LESER RANGIERT

Titel	Verlag	Auflage n*	Leser In 1'000**
1 20 Minuten D-CH GES	Tamedia AG	442'994	1'369
2 Sonntagszeitung	Tamedia AG	165'918	624
3 Blick am Abend National GES	Ringier AG	270'984	623
4 Sonntags Blick	Ringier AG	175'648	604
5 Blick	Ringier AG	143'499	543
6 20 Minutes F-CH éd. totale	Tamedia AG	183'498	502
7 Tages-Anzeiger	Tamedia AG	147'146	460
8 Matin dimanche, Le	Tamedia AG	112'896	418
9 NZZ am Sonntag	Neue Zürcher Zeitung AG	104'400	408
10 az Nordwestschweiz GES N + Replica	AZ Medien AG	155'716	364
11 BZ/Bund GES	Tamedia AG	138'484	339
12 Schweiz am Sonntag GES + Replica	AZ Medien AG	182'316	333
13 Neue Luzerner Zeitung GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	120'239	298
14 St. Galler Tagblatt GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	122'958	268
15 Neue Zürcher Zeitung (CH)	Neue Zürcher Zeitung AG	85'261	254
16 Matin, Le (lu - sa)	Tamedia AG	40'682	239
17 Zentralschweiz am Sonntag GES + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	94'818	209
18 24 Heures éd. totale	Tamedia AG	55'279	168
19 südostschweiz GES N + Replica	Somedia AG	76'504	159
20 Ostschweiz am Sonntag + Replica	Neue Zürcher Zeitung AG	51'940	111
21 Basler Zeitung + Replica	Basler Zeitung Medien	48'223	109
22 Tribune de Genève	Tamedia AG	36'393	107
23 Caffè della domenica, Il	Rezzonico Editore	55'889	87
24 LIEWO Sonntagszeitung	Vaduzer Medienhaus AG	37'810	50

Quelle: Verband Schweizer Medien

182. Von der Gruppenzugehörigkeit profitieren auch die meldenden Unternehmen. Ticketcorner kann in den Ringier-Medien für sich und die von Ticketcorner beworbenen Veranstaltungen [...].

183. Inwiefern die Anbindung an ein Medienhaus (Ringier bei Ticketcorner, Tamedia bei Starticket) Einfluss auf die Wahl eines Anbieters von Fremdvertriebsdienstleistungen hat, wird unterschiedlich bewertet. Eine deutliche Mehrzahl der befragten Veranstalter ist der Ansicht, dass die Anbindung an ein Medienhaus einen (erheblichen) Einfluss auf den Umfang der Medienleistungen hat. So spielen nicht nur (direkte) Werbeleistungen eine Rolle, sondern auch redaktionelle Leistungen (z.B. Bericht über eine Veranstaltung) und ganz generell die Unterstützung des Veranstalters in der Promotion.

B.4.2.4.1.8 Member-Shops kein Substitut für Fremdvertriebsdienstleistungen

184. Zusätzlich verfügt Ticketcorner über eine Reihe von Partnern über Vereinbarungen betreffend Ticketshops für deren Mitglieder respektive Kunden, so mit dem TCS, Raiffeisen und der Migros.

185. Im Falle des Touring Clubs Schweiz (TCS) beschreibt Ticketcorner diese Partnerschaft folgendermassen:

³⁹ Vgl. <www.schweizermedien.ch/SCHM/media/SCHMMediaLibrary/Statistiken/Statistiken%202016_1/16_Tageszeitungen-Sonntagszeitungen-2016_1.pdf> (07.03.2017).

„TCS-Mitglieder können ab sofort Tickets zu Vorzugskonditionen auf tcsticketing.ch bestellen. Der neue Online-Shop bietet allen Mitgliedern Vorteile für Events, bei denen der TCS Medienpartner ist. Jährlich werden über 60 Veranstaltungen im TCS Magazin «Touring» sowie über die Online Kanäle des TCS beworben. Das seit Januar 2015 neu gestaltete Mitgliedermagazin «Touring» ist mit mehr als 1,3 Millionen Exemplaren das auflagenstärkste Magazin der Schweiz und erreicht 19,6 Prozent aller Landesbewohner.

Damit stellt Ticketcorner seinen Veranstaltungspartnern einen weiteren, führenden Vertriebskanal mit enormer Reichweite zur Verfügung. Dank einfacher Aufschaltung und vielseitiger Kommunikationsmöglichkeiten werden die Partnershops zum festen Bestandteil des Kommunikations- und Marketingmix. Monatlich werden dadurch über 1 Mio. zusätzliche Kundenkontakte ermöglicht.⁴⁰

186. Auch bei der Migros betreibt Ticketcorner den Cumulus-Ticketstore, welcher von Ticketcorner wie folgt beschrieben wird:

„Cumulus, das erfolgreiche Kundenbindungsprogramm der Migros, stellt seinen 2,7 Millionen Mitgliedern in Zusammenarbeit mit Ticketcorner Tickets mit mindestens 20 Prozent Vorteil für einmalige Erlebnisse aus der Show-, Kultur- und Sportwelt zur Auswahl.“⁴¹

187. Die Parteien haben in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vorgebracht, dass insbesondere Migros und Raiffeisen als vollwertige Konkurrenten von auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen zu betrachten seien. Ein Hinweis auf die bestehenden Partnerschaften mit diesen Unternehmen betreffend das Ticketing wurde dabei hingegen unterlassen.

188. Zusammenfassend handelt es sich beim TCS, Migros und Raiffeisen um Unternehmen, mit welchen eine technologische Zusammenarbeit mit Ticketcorner im Ticketvertrieb besteht, wobei Ticketcorner die Abwicklung der Ticketverkäufe sicherstellt.

189. Im Falle der [...] erhält Ticketcorner ein gewisses Kontingent pro Show, welches verkauft werden kann. Speziell viele Tickets würden über die spezifischen Kunden-Webshops wie das Migros Cumulus Portal und das Raiffeisen Member Portal verkauft. So legt die Salto Natale generell dar, dass der Fremdvertrieb für sie sehr wichtig sei, da sie viele Stammkunden hätten, die ihre Tickets direkt über die jeweiligen Plattformen beziehen. Speziell die Firmen-Webshops „Migros Cumulus“ und das „Raiffeisen Member Portal“ werden dabei als sehr wichtig betrachtet.

190. [...] Diesbezüglich kann dementsprechend keine disziplinierende Wirkung auf Ticketcorner, ausgehen. Auch im Falle des Raiffeisen-Member-Shops geht aus [...] hervor, dass dieser auch seitens Ticketcorner nicht als Konkurrenz, sondern vielmehr als Akquisitionsinstrument betrachtet wird: [...]

191. Die Zusammenarbeit zwischen Coop und Starticket ist vergleichbar gestaltet wie diejenigen zwischen Ticketcorner und dem TCS, Raiffeisen und der Migros. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Veranstalter die Möglichkeit haben, mit jeglicher Art von Unternehmen – so beispielsweise im Rahmen von Sponsoring-

Aktivitäten – einen Teil ihrer Tickets über diese abzusetzen.

192. Auch eignen sich solche Member-Shops rein schon vom Konzept her nicht als vollständige Substitute für Fremdvertriebsdienstleistungen. Diese sehen typischerweise vor, dass Tickets mit einem Rabatt gegenüber den regulären Verkaufspreisen angeboten werden und erreichen naturgemäss nur eine beschränkte Zielgruppe. Somit kommen solche Member-Shops höchstens als komplementäre Vertriebs- und Promotionsdienstleistungen in Frage. Wenn dazu noch Veranstalter – wie im Falle der Migros – dieselben Gebühren wie bei einem Vertrieb über Ticketcorner zu bezahlen haben, ist erst recht nicht von einer disziplinierenden Wirkung solcher Member-Stores auf Angeboten von klassischen Fremdvertriebsdienstleistern auszugehen. Dies geht auch daraus hervor, dass diese von den Fremdvertriebsdienstleistungen letztlich auch als Argument für eine Zusammenarbeit mit diesen vorgebracht werden.

B.4.2.4.1.9 Reine Online-Plattformen und Nischenanbieter kein Substitut für Fremdvertriebsdienstleistungen

193. Die Parteien bringen vor, dass abgesehen von etablierten Fremdvertriebsdienstleistern wie Ticketcorner, Starticket, Ticketino und Fnac noch eine ganze Reihe weiterer Konkurrenten auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen tätig seien, welche Veranstaltern als Alternativen zur Verfügung stünden. Dabei kann einerseits zwischen reinen Online-Plattformen unterschieden werden, welche keine umfassenden Vertriebskanäle anbieten, insbesondere keinen Zugang zu physischen Verkaufsstellen, keinen Versand von physischen Tickets und keine telefonischen Bestell- und Supportdienstleistungen. Andererseits gibt es eine Reihe von kleineren Anbietern, welche Veranstaltern den Vertrieb über physischen Verkaufsstellen anbieten.

194. Ein Beispiel für eine reine Online-Plattform ist das Unternehmen Ticketfrog. Ticketfrog bietet mit einer Online-Ticketing-Plattform Veranstaltern einfache Lösung für ein Online-Ticketing an. Der Service umfasst Online-Erfassung des Events, den Ticketverkauf sowie die infrastrukturunabhängige Einlasskontrolle. Für Veranstalter ist das Angebot kostenlos. Die Finanzierung geschieht über Werbung. Werbepartner können ihre Zielgruppen gezielt ansprechen. Mittels Data-Mining aus Käuferdaten, Veranstaltungsort und -art sowie dem Datum des Events bietet Ticketfrog den Werbepartnern eine zielgruppeneffektive Werbeplatzierung. Für Veranstaltungen mit Tickets [...] verrechnet. Während die Parteien aufgrund eigener Schätzung davon ausgehen, dass Ticketfrog im Jahr 2016 insgesamt 600'000 Tickets umgesetzt habe, liegt die tatsächliche Anzahl bei lediglich [...] Tickets. Swisscom bietet Veranstaltern die Möglichkeit des

⁴⁰ **Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide.>.**

⁴¹ </blog.ticketcorner.ch/ticketshop-newsletter-von-cumulus-naeher-bei-event-kunden-ideal-fuer-kurzfristige-verkaeufe/>.

Online-Vertriebs unter der Domain www.reservix.ch an, ebenso hat Tixtec einen Online-Auftritt unter der Marke Tickethost. Des Weiteren gibt es eine Reihe weiterer internationaler Online-Plattformen unterschiedlicher Spezialisierung, wie [residentadvisor](http://residentadvisor.com) und [eventbrite](http://eventbrite.com), welche auch Veranstaltern in der Schweiz offenstehen.

195. Daneben gibt es auch eine Reihe von Nischenanbietern, welche über physische Verkaufsstellen verfügen, aber nur wenige Verkaufsstellen zur Verfügung stellen und teilweise auch noch eine Spezialisierung bezüglich der Art der Veranstalter aufweisen. Die Parteien nennen dabei Unternehmen wie Billettservice Zug, Winterthur Tourismus, Uri Tourismus, Engadin Tourismus und die Jungfraubahnen. Daneben nennen die Parteien auch petziticke.com, tipo.ch und classictickets.ch oder Angebote von spezifischen Lokalitäten, wie insbesondere dem KKL.

196. Reine Online-Plattformen sind allein schon deshalb kein geeignetes Substitut für die Dienstleistungen von klassischen Fremdvertriebsdienstleistern, weil diese keinen Zugang zu einem nationalen Netz an Vorverkaufsstellen wie auch kein Versand von physischen Tickets anbieten. Kleinere Anbieter mit eigenen Vorverkaufsstellen hingegen kommen nur in spezifischen Fällen in Frage, so bei dem Standort entsprechenden (lokalen) Veranstaltungen und/oder bei spezifischen Kategorien von Veranstaltern (wie nicht-kommerziellen Clubs im Falle von petziticke.com). Zudem ist das Ticketvolumen, auch gemäss den Schätzungen der Parteien, welches derzeit über solche kleineren Anbieter umgesetzt wird, vergleichsweise gering. Selbst eine Berücksichtigung solcher Anbieter hätte somit keinen wesentlichen Einfluss auf die Schlussfolgerungen bezüglich des Wettbewerbs auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen.

197. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass solche kleineren Anbieter von den befragten Veranstaltern kaum je genannt wurden. Ausnahmen davon sind petziticke.com und Ticketfrog. Eine Befragung sämtlicher genannter weiterer Anbieter konnte allein schon aus verfahrensökonomischen Überlegungen und angesichts der gesetzlichen Fristen nicht erfolgen. Dennoch wurde insbesondere petziticke.com und Ticketfrog im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens befragt. Ebenso wird im Rahmen der Erwägungen verschiedentlich auf die Rolle von reinen Online-Plattformen und Nischenanbietern explizit eingegangen.

198. Schliesslich treten die ebenfalls von den Parteien genannte Sekundäranbieter wie viagogo.com gar nicht gegenüber Veranstaltern auf. Vielmehr ermöglichen solche Plattformen Endkunden den Weiterverkauf von bereits gekauften, aber nicht mehr benötigten Tickets. Railway, als weiteres von den Parteien genanntes Konkurrenzunternehmen, ist ebenfalls nicht gegenüber der vorliegend massgeblichen Marktgegenseite tätig. [...] So tritt Railway lediglich im Bereich *Messen und Ausstellungen* als unabhängiger Vertriebspartner gegenüber Dritten auf. Der Verkauf von Eventtickets bei Konzerten, Festivals, Musicals, Shows, Volksfesten, Sportevents etc. wird [...] abgewickelt. Somit besteht aus Sicht der Marktgegenseite gar nicht die Möglichkeit, Vertriebsdienstleistungen von Railway als Substitut zu Fremd-

vertriebsdienstleistungen von Ticketcorner einzusetzen. Railway kommt somit auch nicht als Konkurrent von Ticketcorner respektive Starticket auf dem vorliegend betrachteten Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in Frage.

199. Im Übrigen hält auch das Bundeskartellamt fest, dass Ticketsystemdienstleistungen nicht austauschbar sind mit einem direkten Anschluss der Veranstalter an reine Online-Portale oder einzelne VVK-Stellen. Dies wird einerseits damit begründet, dass bei einzelnen VVK-Stellen keine vergleichbare Reichweite wie bei einem Anschluss an ein Ticketsystem erreicht werden kann. Aber auch Online Portale, die zumindest eine nicht auf eine bestimmte Region begrenzte Vertriebsmöglichkeit bieten, sind für Veranstalter regelmässig nicht mit den Ticketsystemen austauschbar, da sie nicht den Distributionskanal der VVK-Stellen bieten, der für den Abverkauf der meisten Veranstaltungen mit einbezogen werden muss.⁴²

200. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Veranstalter mit umfassenden Exklusivitätsvereinbarungen mit Ticketcorner respektive bezüglich deren Ticketvertrieb allein schon aus vertraglichen Gründen keine Möglichkeit haben, solche kleineren Unternehmen komplementär respektive situativ zu nutzen. Wie auch andernorts aufgezeigt wird betreffen solche Exklusivitäten [...] der Veranstalter, welche mit Ticketcorner zusammenarbeiten.⁴³

201. Zusammenfassend stellen die Dienstleistungen von reinen Online-Plattformen sowie kleinerer respektive spezialisierter Fremdvertriebsdienstleister aus Sicht der Veranstalter kein Substitut zu den Dienstleistungen der grossen Fremdvertriebsdienstleister dar. Sie werden nachfolgend deshalb nicht als Konkurrenten von Ticketcorner respektive Starticket auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen betrachtet. Selbst wenn diese als vollwertig Konkurrenten auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen betrachtet werden würden, würde von diesen – aufgrund deren gegenwärtig geringer Grösse respektive Reichweite – keine spürbare disziplinierende Wirkung ausgehen.

B.4.2.4.1.10 Eigenvertrieb kein Substitut für Fremdvertriebsdienstleistungen

202. Wie vorhergehend ausgeführt, bieten Fremdvertriebsdienstleister ein umfassendes Bündel an Dienstleistungen, wie Promotionsleistungen, den Vertrieb über ein umfassendes Netz an Vorverkaufsstellen, den Versand von physischen Tickets sowie den Support von Veranstaltern respektive Endkunden beispielsweise beim Kauf von Tickets und bezüglich der Einlasskontrolle.

⁴² Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH, 26 Rz 132.

⁴³ Vgl. hierzu die Ausführungen zu Exklusivitätsvereinbarungen von Ticketcorner mit Veranstaltern unter Rz 308 ff.

203. Die Aussagen der SMPA, wonach ein Verzicht auf den Fremdvertrieb nur in speziellen Konstellationen überhaupt möglich sei,⁴⁴ werden durch die weiteren befragten Veranstalter respektive Konkurrenten von Ticketcorner respektive Starticket weitestgehend bestätigt. So bringt Good News, als einer der grössten Veranstalter in der Schweiz, vor, dass auf Grund der Vielzahl der Veranstaltungen – egal ob bei Club-Shows mit weniger als 2'000 Zuschauern oder grösseren Veranstaltungen – ein Fremdvertrieb zwingend sei. Diese Aussage ist zwar insofern zu präzisieren, dass auch Good News plant, [...], zukünftig über teilweise über eine Eigenvertriebslösung der Muttergesellschaft DEAG abzuwickeln. Zu einer solchen Diversifizierung des Vertriebs äussert sich Good News folgendermassen: „Des Weiteren sind die Kaufgewohnheiten der Verbraucher bereits stark auf die bestehenden Fremdvertriebskanäle ausgelegt, sodass es fast unmöglich wäre, einen weiterhin erfolgreichen Absatz der Eintrittskarten zu gewährleisten ohne (auch) Eintrittskarten bei der Ticketcorner AG im Fremdvertrieb verfügbar zu machen. Dies wird aus unseren Erfahrungen in Deutschland mit der Holding DEAG deutlich, wonach in den letzten zwei Jahren ein faktischer Eigenvertrieb über die myticket.de aufgebaut worden sei und trotz umfassender Finanzierung eine Entkoppelung von der Eventim Gruppe ohne signifikante wirtschaftliche Einschnitte bisher nicht realistisch erscheine.“

204. Dass letztlich nur bestimmte Veranstalter schwerpunktmässig auf Eigenvertriebslösungen setzen können zeigt auch ein Blick auf die grössten Kunden von Starticket und Ticketcorner, wo hauptsächlich Sportvereine der obersten Fussball- respektive Eishockey-Liga (mit eigenen Stadien), Veranstalter aus dem Kulturbereich mit einer eigenen Spielstätte sowie einzelne Festivals figurieren.

205. Generell gibt es eine Reihe von Veranstaltern, für welche ein Wechsel zum Eigenvertrieb – zumindest unter den derzeitigen Bedingungen – kategorisch ausgeschlossen wird: Die AllBlues Konzert AG führt aus, dass ihr Unternehmen mit 360 Stellenprozenten zu schlank organisiert sei, als dass sie den Ticketverkauf im Eigenvertrieb realisieren könnten. Die Matchworld Group SA führt aus: „Au vu de nos événements, nous n'envisageons vraiment pas d'utiliser un canal de vente interne“. Les Docks äussert sich hierzu folgendermassen: „Ce n'est pas envisageable.“ Für die domino Event SARL [...] aus Sicht der Hotel Uto Kulm AG käme ein Wechsel in den Eigenvertrieb nur in Frage, wenn die Höhe der zu zahlenden Kommission unverhältnismässig hoch sei. Die Kulturfabrik Kofmehl äussert sich dahingehend, dass für sie aktuell eigene Ticketing-Lösungen oder Eigenvertriebslösungen kein Thema seien. Für die Live Music Production SA wäre ein Wechsel zum Eigenvertrieb nur denkbar, falls der Verkauf von Tickets über das Internet – wobei derzeit im Mittel zwischen 20 % und 25 % noch über physische Verkaufsstellen verkauft werden – auf über 90 % steigen würden. Aus Sicht des [...] kommt ein ausschliesslicher Eigenvertrieb sieht derzeit ebenfalls nicht in Frage: „Unter keinen Umständen, mit einer Ausnahme: Die Kapazität des [...] würde verdoppelt und es könnten signifikant mehr Einnahmen erzielt werden. Dabei würde dann aber die regionale Nachfrage (Publikum) nach Konzerten fehlen.“ Auch aus Sicht der

Stargarage AG wäre ein ausschliesslicher Eigenvertrieb zurzeit unter keinen Umständen möglich. Die Baloise Session führt an, dass sie die Möglichkeiten des Eigenvertriebs nicht nutzen und diese auch in Zukunft nicht tun würden. Der Aufwand wäre für deren nur 1x pro Jahr stattfindenden Event zu gross. Auch der FC Aarau betrachtete einen ausschliesslichen Eigenvertrieb als kaum vorstellbar/denkbar. Aus Sicht des Schweizerischen Fussballverbands würde der Eigenvertrieb bedeuten, dass sie In-House 10 Mal im Jahre einen Nachfragepeak abdecken müssten. Dies mache betriebswirtschaftlich im Moment wenig Sinn. Der GC Zürich äussert sich folgendermassen: „Es ist eine Know-how- und Budgetfrage, eigene Vertriebskanäle aufzubauen und zu unterhalten. Vom Aufwand her einigermaßen realistisch wäre einzig ein System, das ausschliesslich digital funktioniert (print-at-home oder digitales Ticket und Kreditkarten-Zahlung) und keine physischen Verkaufsstellen benötigt. Dies ist jedoch im heutigen Markt in der Schweiz nicht sehr kundenfreundlich.“ Wepromote führt aus: „Den Ticketvertrieb ausschliesslich im Eigenvertrieb vorzunehmen können wir uns nur vorstellen, wenn nicht der grösste und zweitgrösste Ticketanbieter sehr direkt mit den grössten Medienhäusern verknüpft ist. So kann sich der Zirkus Knie einen Eigenvertrieb [...] Das OpenAir St. Gallen (tradierte Veranstaltung, langjährige Kundenbasis, 40. Ausführung) bildet in unserer Gruppe die klare Ausnahme zur Regel. Für kleinere Veranstaltungen kommt der administrative Aufwand hinzu. Im Moment für viele Veranstalter aus diesem Grund keine Lösung.“

206. Während aus Sicht der Mühle Hunziken Konzert AG ein Wechsel zum Eigenvertrieb kein Problem darstellen würde, zumal es während Jahrzehnten so gehandhabt worden sei, weisen verschiedene Veranstalter auf erhebliche Kosten, Investitionen respektive Unsicherheiten hin, welche bei einem möglichen Verzicht auf Fremdvertriebsdienstleistungen verbunden wären: So weist die Maag Music & Arts AG weist darauf hin, dass die Nutzung einer Eigenvertriebslösung Vorteile bezüglich Kosten bei Kommissionen hat. Jedoch brauche dies Know-how, Mitarbeiter und eine entsprechende Firmenstruktur. Inkasso, Hotline, die gesamte Aufsetzung und Abwicklung etc. seien alles Punkte, welche abgedeckt werden müssten. Es müssten immer Kontingente geführt und täglich mehrfach angepasst werden. Ein kleinerer Veranstalter könne sich solche Fixkosten gar nicht leisten. Die Gurten Festival AG – welche zu [...] % Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch nimmt – äussert sich dahingehend, dass ohne einen professionellen Ticketinganbieter dieses Volumen nur mit enormem finanziellen und personellem Aufwand bewältigt werden könne, was bei ihrer Grösse keinen Sinn mache. Auch das Züricher Theaterspektakel weist darauf hin, dass ein Wechsel zu reinem Eigenvertrieb möglich wäre, aber mit massiven Mehraufwänden verbunden wäre. Aus Sicht des Moods im Schiffbau wäre ein ausschliesslicher Eigenvertrieb problemlos möglich, wobei der Vorteil tieferer

⁴⁴ Vgl. Rz 241.

Kosten (Vorverkaufsgebühren) dem Verlust der Kommunikationsmacht der Vorverkaufspartner gegenüberstehen würde. Die Heitere Events AG macht zu einem möglichen ausschliesslichen Eigenvertrieb folgende Aussagen: „Wir veranstalten an wenigen, immer gleichen Orten Events mit Stehplätzen. [...] Dieser Entscheid mag einfacher sein bei starken Events, die meist deutlich im Vorfeld ausgebucht sind wie etwa das Heitere Open Air selber. Allerdings ist er gemäss unserer Einschätzung für Veranstaltungen jeder Grösse und Ausstrahlung denkbar. Wir müssten jedoch die Ressourcen dafür aufbauen (Personal, Infrastruktur) und die Kunden mit begleitender Kommunikation umgewöhnen. Dieser Aufwand darf nicht unterschätzt werden. Ob die Vollkosten letztlich wesentlich tiefer liegen als bei einem Outsourcing (Fremdvertrieb) wagen wir zu bezweifeln, zumal wir vor einiger Zeit einige Jahre lang zusammen mit einem Partner eine eigene, einfache Ticketplattform betrieben haben.“

207. Die Bierhübeli GmbH erläutert: „Wir haben die Situation für unser Unternehmen durchgerechnet. Wir könnten für die Kosten der DL an Ticketcorner 1 Person anstellen, welche sich nur um Tickets kümmert. Das Fass ohne Boden ist jedoch der IT Bereich. Die verschiedenen Systeme (Apple, Windows, etc.) verlangen immer nach Updates. Dies bedeutet, dass wir eine externe Firma für den IT Bereich anheuern müssten. Denn dies wäre Inhouse nicht möglich. Die Mummenschanz Stiftung führt ebenfalls aus, dass Sie an einem ausschliesslichen Eigenvertrieb kein Interesse hätten, da ihnen die Ressourcen fehlen würden. Der FCZ AG betont, dass es ihnen im Unterschied zu Konzert- und Kulturveranstaltern (immer neue Location, neues Zielpublikum je nach Ortschaft) unter relativ einfachen Bedingungen möglich sei, Tickets ausschliesslich über Eigenvertrieb zu verkaufen. Bedingungen wären infrastrukturelle Anpassungen am Stadion (Leser von elektronischen Barcodes) und Investitionen in Personal im Bereich Ticketing. Vorteile bei der Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen werden in der hohen Anzahl an Vorverkaufsstellen und der Bekanntheit von Ticketcorner gesehen. Nachteile würden in höheren Gebühren [...] gesehen, welche beim Dienstleister liege. Aus Sicht des KIFF Aarau bräuchte einen Wechsel zu einem reinen Eigenvertrieb mit einer Vorlaufzeit von mehreren Monaten und Investitionen in Soft- und Hardware von ca. 30'000–50'000 CHF verbunden. Aus Sicht von Weltklasse Zürich hätten sie zu viele Tickets, um eine eigene Softwarelösung zu programmieren, für Inkasso und Versandpapierierticket müsste ein neuer Partner gefunden werden und der Aufwand für eigene Promotionsleistungen würde grösser. Auch würde ein Wechsel zum Eigenvertrieb es notwendig machen, die Erreichbarkeit der Zielgruppe aufzubauen bzw. systematisches Customer Relationship Management zu betreiben. Die swissporarena events ag sieht keinen Vorteil bei nur einem Eigenvertrieb, da sie überregional Tickets verkaufen würden. Ein Wechsel zum Eigenvertrieb würde sicherlich den fachspezifischen Personalaufwand erhöhen. Es wäre wohl schwierig, mit der technischen Entwicklung mitzuhalten für solch kleine KMU's, welche jedoch extrem vom Ticketverkauf abhängig seien.“

208. Die Mainland Music AG – welche mit wenigen Ausnahmen alle Tickets über Fremdvertriebsdienstleister verkauft – bringt vor: „Bei über 130 Veranstaltungen im Jahr, davon viele in 200er bis 700er Saalkapazitäten, ist eine Auslagerung an einen Ticketing-Anbieter unabdingbar. Im Alleingang müssten wir zusätzliches Personal einstellen, Geld in die technische Infrastruktur investieren und über grosse Büroräumlichkeiten verfügen. Die act Entertainment AG bringt vor, dass [...]. Die Kaserne Basel geht davon aus, dass grosse Konzerte und grosse internationale Theaterveranstaltungen und Festivals nicht intern vertrieben werden könnten. Kleinere, lokale Veranstaltungen schon. Vor allem der physische Verkauf über die Theke wäre, mal abgesehen von der Abendkasse, eine Herausforderung. Die Stars in Town AG gibt die Einschätzung ab, dass der Eigenvertrieb für etablierte Veranstalter, welche über viele Kundendaten (CRM) verfügten, eine interessante Option sein könne. Die meisten Veranstalter würden aber immer auf den Fremdvertrieb angewiesen sein. Auch die Just Because Sàrl weist darauf hin, dass ein ausschliesslicher Eigenvertrieb abhängig wäre vom Erreichen einer kritischen Masse an Kundendaten. Zermatt Unplugged führt an, dass ein ausschliesslicher Eigenvertrieb nur möglich wäre, wenn genügend Media-Volumen für Promotion garantiert wäre und das Fullfillment intern gewährleistet werden könne.“

209. Schliesslich nutzen insbesondere auch verschiedene Veranstalter, welche eine Eigenvertriebslösung ohnehin im Einsatz haben, dennoch komplementär dazu Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch nehmen. Dabei nehmen sie bewusst die typischerweise höheren Kosten in Kauf, um im Gegenzug von Promotionsleistungen und der generell grösseren Reichweite des Vertriebs und der Vermarktung zu nutzen. So äussert sich die Maag Music & Arts AG – mit einem aktuellen Anteil im Showbereich bei ca. [...] % – dahingehend, dass [...]. So seien sie auf die Reichweite und auch auf Dienstleistungen (Hotline, Inkasso, Marketingmassnahmen etc.) von Starticket und/oder Ticketcorner angewiesen. Die BSC Young Boys sehen die Reichweite von Ticketcorner bezüglich Vorverkaufsstellen als Vorteil von Fremdvertriebsdienstleistungen. Die Freilichtspiele Zermatt – mit einem Fremdvertriebsanteil von [...] % – betrachten einen Verzicht auf Fremdvertriebsdienstleistungen nur als vorstellbar, sofern Tickets nur noch online verkauft würden und die Kunden kein Bedürfnis mehr nach Vorverkaufsstellen oder Call Center hätten. Da deren Veranstaltung nur alle zwei Jahre stattfindet, lohne sich der Aufbau eines eigenen Call Centers nicht. Der FC Thun bringt vor, dass ein ausschliesslicher Eigenvertrieb nur möglich wäre „sofern die Ticketbuchungen ausschliesslich via Online-Ticket-Shop oder Tageskassen erfolgen würden. Wir wollen aber möglichst schweizweit auch persönlich/physisch Tickets anbieten, was den breiten Fremdvertrieb befürwortet.“ Die Das Zelt AG führt aus, dass die Bedeutung von Eigenvertriebslösungen zunehmen dürfte, dies aber Veranstalterabhängig sei. Das Zelt könne ohne Medienkooperationen bzw. Vorverkaufsnetz nicht existieren. Salto Natale äussert sich folgendermassen: „Der ausschliessliche Verkauf im Eigenvertrieb ist dann für uns möglich, [...]. Ebenfalls wäre es zwingend nötig, dass wir direkten Zugang zu den 2 grossen Kundenportalen wie „M-Cumulus“ und „Raiffei-

sen Member“ erhalten. Die Verkäufe über diese Portale betragen rund 10 % der Gesamtverkäufe.“ Die Konzertfabrik Z7 äussert sich dahingehend, dass der ausschliessliche Eigenvertrieb mit deren eigenem System, mit anfänglichen kleineren Umsatzeinbussen sowie durch mehr Personal per sofort möglich wäre. Die aktuelle komplementäre Nutzung von Fremd- und Eigenvertrieb wird jedoch folgendermassen dargestellt: „Der Eigenvertrieb hat aktuell und zukünftig in unserem Betrieb eine grosse Bedeutung. Die Nähe zum Kunden, die Kundenfreundlichkeit sowie der günstigere Ticketpreis sind die massgeblichen Vorteile. Der grösste Vorteil des Fremdvertriebs ist der Kontakt zu neuer Kundschaft, also Ticketkäufer, die unser Unternehmen noch nicht kennen.“ Konzert und Theater St. Gallen äussern sich ebenfalls dahingehend, dass ein vollständiger Eigenvertrieb mit [...] möglich wäre. Beim Fremdvertrieb würden Marketing und Verkaufskanäle als Vorteile einem höheren Ticketpreis oder weniger Marge gegenüberstehen. KKL Luzern setzt nur [...] % seiner Tickets über Starticket ab. Es handle sich dabei um Konzerte, bei welchem der Veranstalter explizit dieses nationale Vorverkaufnetz seinen Gästen anbieten will und im Gegenzug bereit ist, einen entsprechenden Kommissionssatz zu bezahlen.

210. Die Basel Tattoo Productions GmbH – mit einem Fremdvertriebsanteil von [...] % – äussert sich folgendermassen: „Ein Ticketvertrieb ausschliesslich im Eigenvertrieb ohne Einbezug von Ticketcorner wäre für uns abwicklungstechnisch nur sehr schwierig zu realisieren. Zusätzlich sind wir darauf angewiesen, dass wir das Verkaufsstellen-Netzwerk von Ticketcorner nutzen können. Dies nicht nur in der Schweiz sondern auch in Deutschland und Frankreich.“ [...] – deren Verkauf durch [...] zu Gunsten des Verkaufs über ihr eigenes Büro gesunken sei – äussert sich wie folgt: „Dennoch ist unser Partner [...] im Fremdvertrieb wichtig für uns und wird es auch zukünftig bleiben (unter der Voraussetzung, dass bei einer Fusion Angebote gleich bleiben oder sich verbessern).“ Dies vor allem wegen der Promotion und den physischen Verkaufsstellen. Aus Sicht der FC St. Gallen AG bestehen bei der Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen eine wesentliche Erhöhung der Reichweite, inkludierte Werbung/Promotion der Events und System-Ausfallsicherheit als Vorteile. Ein Verzicht auf den Einsatz von Fremdvertriebsdienstleistungen würde insbesondere nur möglich sein, wenn sie der Meinung wären, dass sie keine finanziellen Einbussen erfahren würden, wenn sie gänzlich auf einen Fremdvertrieb verzichten. Dieses Szenario sei im Moment nicht der Fall. Die Swiss Indoors Basel äussern sich folgendermassen: „Ein ausschliesslicher Eigenvertrieb würde eine eigene interne grössere Ticketabteilung beanspruchen. Es müsse zusätzliches Personal eingestellt werden, was höhere Lohnkosten bedeuten. Mit der Einsparung der Vorverkaufsgebühren können die Lohnkosten nur teils gedeckt werden.“ Die Carré Entertainment AG – bei welcher der Ticketeigenvertrieb rund 50 % des Ticketvolumens ausmacht – schliesst einen ausschliesslichen Eigenvertrieb ebenfalls aus: „Das wäre in unserem Fall nicht möglich. Ein Callcenter aufzubauen und die gesamte Abwicklung intern zu gestalten würde keinen Sinn machen.“

211. Karl's kühne Gassenschau – mit einem Fremdvertriebsanteil von 10–20 % – erläutert bezüglich eines möglichen Wechsels auf ausschliesslichen Eigenvertrieb: „Ausschliesslich ist nicht das Ziel. Da wir bereits den grössten Teil im Eigenvertrieb machen, sehen wir im Fremdvertrieb eine ideale Ergänzung. Theoretisch und praktisch könnten wir auch alles im Eigenvertrieb machen, es macht aber nicht viel Sinn.“ Der Circus Conelli führt aus: „Es wäre für uns unter keinen Umständen möglich den Ticketvertrieb ausschliesslich im Eigenvertrieb vorzunehmen. Wir bieten unsere Veranstaltung seit über 30 Jahren an. Die Konsumenten sind sich gewöhnt, ihr Ticket über „ihren“ Verkaufskanal zu erwerben. Wie vorgängig beschrieben, vertreiben wir rund 35 % der Tickets über den Fremdvertrieb, auf diesen Anteil können und wollen wir nicht verzichten.“ Die Royal Arena GmbH äussert die Einschätzung, dass ein ausschliesslicher Eigenvertrieb für sie kommerziell nicht sinnvoll wäre: „Denke ab einer gewissen Kapazität (20'000 Leute pro Tag) würde es sich evtl. rechnen das selber zu machen und mit dem Geld das man durch die Gebühren einspart eine Person anzustellen, die sich darum kümmert. Für uns macht das aber aufgrund unserer Kapazität (max. 8'500 Personen pro Tag) kein Sinn.“ Die TIT-PIT GmbH führt allgemein aus, dass der Eigenvertrieb mit massiven Kosten verbunden wäre. Zudem wird auf die Problematik hingewiesen, wonach es sehr schwierig sein könnte für jährlich einmal stattfindende Veranstaltungen gutes Ticketpersonal zu finden.

212. Zwar bringt auch Tixtec vor, dass der Vertrieb von Tickets über Eigenvertriebslösungen den klassischen Fremdvertrieb ohne weiteres ersetzen könne. Umgekehrt hatte Tixtec – trotz angeblicher Einsparungen von über 90 % der Kosten im Vergleich zum Fremdvertrieb – kaum kommerziellen Erfolg. In diesem Zusammenhang bringen die Parteien im Übrigen auch vor, dass die Teilnahme von Tixtec im Rahmen von „Pitches“ dessen Positionierung als Alternative zu Fremdvertriebsdienstleistungen unterstreiche. Auch hier spricht das tatsächliche Marktverhalten von Veranstaltern eindeutig gegen eine Substituierbarkeit zwischen Fremdvertriebsdienstleistungen und Software-Lösungen für den Eigenvertrieb. [...]

213. Das tatsächliche Marktverhalten von Veranstaltern spricht somit generell gegen die Darstellung der Parteien, dass Veranstalter den klassischen Fremdvertrieb durch Ticketcorner respektive Starticket problemlos durch eine kostengünstige Kombination des Ticketverkaufs über reine Online-Lösungen und Promotion über Internet-Suchmaschinen und soziale Netzwerke abwickeln könnten. Dies zumal die Kosten für den Fremdvertrieb für Veranstalter keineswegs vernachlässigbar sind und somit einen erheblichen Einfluss auf deren kommerziellen Erfolg haben.

214. Im Übrigen wäre es auch im hypothetischen Fall, dass der Eigenvertrieb aus Sicht von Veranstaltern ein Substitut zu Fremdvertriebsdienstleistungen darstellen würde, nicht sachgerecht, die so verkauften Tickets als Konkurrenz zu den Parteien markanteilmässig aufzusummieren. So stellt der Eigenvertrieb gerade keine eigenständige Marktstätigkeit dar und steht Dritten als Dienstleistung auch nicht offen. Vielmehr müsste die Möglichkeit, Fremdvertriebsdienstleistungen durch den

Eigenvertrieb zu substituieren im Rahmen der Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite gewürdigt werden. Dementsprechend wird auch auf die Frage, ob Veranstalter – z.B. mit einer bereits funktionierenden Eigenvertriebslösung – im Sinne einer entsprechenden Randsubstitution Fremdvertriebsdienstleistern disziplinieren können, im Rahmen der Überlegungen zur Stellung der Marktgegenseite eingegangen.

215. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Eigenvertrieb kein Substitut für umfassende Fremdvertriebsdienstleistungen darstellt. So ist für viele Veranstalter ein Wechsel auf einen Eigenvertrieb gar gänzlich ausgeschlossen oder wäre mit hohen Kosten respektive Risiken verbunden. Schliesslich setzen auch Veranstalter, welche bereits über eine funktionierende Eigenvertriebslösung verfügen, trotz der relativ dazu höheren Kosten komplementär⁴⁵ dazu Fremdvertriebsdienstleistungen ein.

B.4.2.4.1.11 Tendenz zum Eigenvertrieb?

216. Die Zusammenschlussparteien weisen darauf hin, dass der Vertrieb über die eigene Website für den Veranstalter nicht nur den Vorteil habe, dass er die deutlich höheren Kosten des Fremdvertriebs einsparen könne, sondern vor allem auch, dass er eine direkte Beziehung zu den Besuchern habe und über deren Daten verfüge.

217. Bei der behaupteten Tendenz zum Eigenvertrieb stützen sich die Parteien ausschliesslich auf eigene Expertenschätzungen und allgemeine Behauptungen. So führen die Parteien folgendes aus: „*Der Eigenvertrieb ist bekanntlich seit Jahren im Vormarsch; die Experten von Ticketcorner und Starticket schätzen, dass sich seit 2013 das Verhältnis um ca. [0-5] % pro Jahr verschoben hat. Somit wurde für die Verteilung von B2B zu B2C von folgenden Schätzungen ausgegangen: 2015: [70-80] %/[30-40] %; 2014: [60-70] %/[30-40] %; 2013: [60-70] %/[30-40] %.*“ Andererseits wird vorgebracht, dass sich die Parteien bisher erfolgreich gegen diesen Trend stemmen könnten.

218. Letztlich spricht auch diese Darstellung der Parteien gegen eine Substituierbarkeit zwischen Eigenvertrieb und Fremdvertrieb: Wenn der Eigenvertrieb ein vollständiges Substitut zum Fremdvertrieb wäre, würde wohl kaum ein wirtschaftlich orientierter Veranstalter die höheren Kosten des Fremdvertriebs auf sich nehmen.

219. Wiederholt weisen die Zusammenschlussparteien darauf hin, dass ein eigentlicher Trend zum Eigenvertrieb bestehe, welcher beispielsweise in Dänemark schon weit fortgeschritten sei. Hierzu kann festzuhalten werden, dass im Falle der Schweiz ein solcher Trend derzeit nicht erkennbar ist. [...] Selbst wenn die von den Parteien behauptete Tendenz zum Eigenvertrieb bestehen würde, erlaubt die blosser Beobachtung einer solchen möglichen Verschiebung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen noch keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Frage einer Substituierbarkeit zwischen diesen.

220. Selbst die von den Parteien als Beispiele für eine Verschiebung von Fremd- zu Eigenvertrieb genannten Veranstalter nutzten zumindest im Jahr 2016 nach wie vor beide Vertriebskanäle komplementär zueinander.

221. Verschiebungen von Verkaufskanälen zwischen verschiedenen Vertriebskanälen sind letztlich normal. So konnte beispielsweise im Falle von Hotels eine deutliche Verschiebung vom direkten Vertriebskanal zu Online-Buchungsplattformen beobachtet werden. Auch dort wurde daraus nicht auf eine Substituierbarkeit der verschiedenen Vertriebskanäle geschlossen.

B.4.2.4.1.12 Schlussfolgerungen

222. Fremdvertriebsdienstleister bieten Veranstaltern im Wesentlichen die Auslagerung des Ticketvertriebs sowie der Ticketvermarktung an. Dies erfolgt als ein *Bündel von Dienstleistungen*: So wird der Ticketvertrieb inkl. dessen gesamte Abwicklung über verschiedene Vertriebskanäle sichergestellt, so über ein nationales Netz von Vorverkaufsstellen, über online bestellte Print-at-Home Tickets, über online bestellte physische Tickets oder über ein Call Center, welches auch den Kundendienst sicherstellt. Auch werden die Veranstaltungen von den Fremdvertriebsdienstleistern selbst vermarktet (so auf der eigenen Homepage, in eigenen Publikationen, über Newsletter oder Werbung an Vorverkaufsstellen). Weitere Vermarktungsmöglichkeiten bestehen bei den jeweils angeschlossenen Medienhäusern.

223. Aus den vorhergehenden Überlegungen geht hervor, dass die umfassende Auslagerung des Ticketvertriebs sowie der Ticketvermarktung nicht mit anderen einem Veranstalter zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen substituiert werden kann. Somit wird nachfolgend von einem sachlich relevanten Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen ausgegangen. Diese Dienstleistung umfasst neben der technischen Abwicklung des Ticketvertriebs insbesondere den Ticketvertrieb online sowie über ein Netz von physischen Verkaufsstellen wie auch die Erbringung von Promotionsleistungen. Reine Online-Plattformen und Member-Shops gehören nicht zum relevanten Markt. Zudem wäre selbst bei einem Einbezug als Konkurrenten im vorliegend betrachteten Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen ohnehin kein erheblicher Druck auf die Parteien zu erwarten.⁴⁶

B.4.2.1.5. Räumlich relevanter Markt

224. Die WEKO hat sich zuvor dahingehend geäussert, dass der räumlich relevante Markt im Bereich Ticketvertrieb national abzugrenzen ist.⁴⁷ Auch das Bundeskartellamt hat jüngst den Markt für Ticketsystemdienstleistungen für Veranstalter national abgegrenzt.⁴⁸

⁴⁵ Auch im Entscheid i.S. Hallenstadion hat die WEKO im Übrigen festgehalten, dass Fremdvertrieb und Eigenvertrieb durch Veranstalter grundsätzlich komplementär eingesetzt wird, wobei die jeweilige Aufteilung vom Einzelfall abhängig ist.

⁴⁶ So hat die WEKO beispielsweise beim Zusammenschluss Migros/Denner die Frage offen gelassen, ob Lebensmittelabteilungen in Warenhäusern, die weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, und der Internethandel zum relevanten Markt gehören, offen gelassen, da deren Einbezug die Schlussfolgerungen unbeeinflusst lässt. Vgl. hierzu RPW 2008/1, 150 Rz 204, *Migros/Denner*.

⁴⁷ Vgl. RPW 2012/1, 105 Rz 170–174, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁴⁸ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA / FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH, 41 Rz 137 ff.

B.4.2.1.6. Fazit

225. Zusammenfassend liegt somit ein nationaler Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen vor.

B.4.2.2 Eigenvertriebslösungen

226. Ticketcorner respektive Starticket stellen Veranstaltern – im Rahmen des sogenannten B2B-Geschäftes – umfassende Softwarelösungen für die Administration und Abwicklung des Eigenvertriebs von Tickets zur Verfügung. Nachfolgend ist die Frage zu beantworten, ob solche Eigenvertriebslösungen aus Sicht von Veranstaltern als Substitut zu Fremdvertriebsdienstleistungen betrachtet werden können. Auf die Frage der Substituierbarkeit wurde bei der Betrachtung des Marktes für Fremdvertriebsdienstleistungen bereits aus der Sichtweise des Fremdvertriebs eingegangen (vgl. Rz 138 ff., insbes. Rz 63 und 65).

B.4.2.2.1. Praxis der WEKO bei Informatiklösungen für Unternehmen

227. In der Vergangenheit hat sich die WEKO zwar noch nie spezifisch mit Eigenvertriebslösungen für Tickets auseinandergesetzt. Jedoch wurde in der bisherigen Praxis im Falle von komplexen Software-Lösungen wiederholt von spezifischen sachlich relevanten Märkten ausgegangen. So wurde bei der Vorabklärung i.S. SAP Wartungspreiserhöhung von einem separaten sachlich relevante Markt der ERP-Software – ERP-Software steht für Enterprise Resource Planning, eine modulartig zusammengesetzte betriebswirtschaftliche Standardsoftware – und deren Wartung ausgegangen.⁴⁹ Zuletzt wurde im Zusammenhang mit Online-Buchungsplattformen davon ausgegangen, dass Globale Distributionssysteme – Informatiksysteme, welche Reisebüros den Zugriff auf Informationen bezüglich Reise-dienstleistungen ermöglichen sowie die Buchung der entsprechenden Reisedienstleistungen erlauben – kein Substitut für Online-Buchungsplattformen darstellen.⁵⁰

B.4.2.2.2. Praxis Bundeskartellamt

228. Auch das Bundeskartellamt hat jüngst dargelegt, dass Eigenvertriebslösungen keine Substitute für Fremdvertriebsdienstleistungen darstellen, was unter anderem wie folgt begründet wurde:

„Ticketsystemdienstleistungen sind aus Sicht der Veranstalter nicht mit Eigenvertriebslösungen austauschbar. Dies gilt sowohl für den Eigenvertrieb über eine Lizenzierung von Inhouse-Software, als auch für das Angebot eines White-Label-Anbieters.

Die Inhouse-Software-Lösungen sind nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis nicht austauschbar mit Ticketsystemdienstleistungen. Es handelt sich hierbei zunächst um eine Software-Lizenzierung, die ausschließlich technischer Natur ist und Vertriebs- oder Vermittlungsleistungen gerade nicht enthält.

Eine solche Software ist insbesondere für Veranstalter relevant, deren Eigenvertriebslösung komplexe Funktionen erfüllen muss. Hierzu zählen z.B. die Erstellung wechselnder Saalpläne, die Abonnementverwaltung oder die Einbindung anderer Unternehmensbereiche wie der Finanzbuchhaltung. Die Software bietet damit vorrangig Funktionalitäten, die die unternehmensinternen

Abläufe beim eigenen Ticketvertrieb unterstützen. Der Vertrieb der Eintrittskarten wird bei den Inhouse-Lösungen anders als bei den Ticketsystemdienstleistungen gerade nicht auf Ticketing-Unternehmen bzw. auf das von ihnen vermittelte Netz von VVK-Stellen ausgelagert, sondern selbst durchgeführt.

Inhouse-Softwarelösungen können die Möglichkeit der Erstellung eines eigenen Online-Shops beinhalten, der in die bestehende Internetpräsenz des Veranstalters eingebettet wird. An diesem Punkt besteht insofern auch eine Überschneidung zu dem Angebot der sogenannten White-Label-Anbieter, die Veranstaltern ebenfalls die Erstellung eines eigenen Online-Shops ermöglichen, darüber hinaus aber wenige andere Funktionen bieten. Dieser Aspekt kann jedoch keine Austauschbarkeit von Inhouse-Softwarelösungen oder White-Label-Shop-Lösungen mit Ticketsystemdienstleistungen begründen, weil ein Ticketsystem den Vertrieb der Tickets über mehrere verschiedene Vertriebskanäle, insbesondere auch über stationäre VVK-Stellen ermöglicht und ein großes Vertriebsnetz bietet. Die Veranstalter, die für den Vertrieb der Tickets ein Ticketsystem nutzen, haben gerade den Bedarf, ein Netz an VVK-Stellen und den Online-Shop des Ticketsystemdienstleisters zu nutzen, der in der Regel wesentlich stärker frequentiert wird, als dies bei Eigenlösungen der Fall ist. Da für kommerzielle Veranstalter grundsätzlich eine möglichst hohe Auslastung der Veranstaltung entscheidend ist, die Veranstaltungen teilweise ausverkauft sein müssen, um rentabel zu sein, müssen im Ticketing möglichst viele potentielle Ticketkäufer angesprochen werden. Bei sehr bekannten Veranstaltungen oder Künstlern kann u.U. der Vertrieb über den eigenen Online-Shop für den Ausverkauf der Veranstaltung ausreichend sein, da genug Kunden gezielt nach Tickets dieser Veranstaltung suchen. Für weniger nachgefragte Veranstaltungen ist aber im Ticketing auch die Auffindbarkeit der Veranstaltung bedeutend. Entscheidend ist dann, dass die Tickets in bekannten Online-Shops wie EVENTIM.DE und stationären VVK-Stellen verfügbar sind, in denen mögliche Käufer auf die Veranstaltung aufmerksam werden könnten.“⁵¹

B.4.2.2.3. Sachlich relevanter Markt

229. Für Veranstalter ergibt sich die Möglichkeit, das Ticketing nicht an Dritte (im Fremdvertrieb) auszulagern, sondern im Sinne des Eigenvertriebes selbst zu gestalten. Um den Eigenvertrieb von Tickets zu gestalten, können entsprechende Unternehmens-Softwarelösungen herangezogen werden, welche von Unternehmen zur Verfügung gestellt werden.

⁴⁹ Vgl. hierzu RPW 2010/3, 432 Rz 44, SAP Wartungspreiserhöhung.

⁵⁰ Vgl. hierzu RPW 2016/1, 96 f. Rz 216–220, Online-Buchungsplattformen für Hotels.

⁵¹ Bundeskartellamt, Beschluss vom 03.01.2017, B6-53/16, 37 f. Rz 125–128, CTS EVENTIM AG & Co. KGaA/FKP SCORPIO Konzertproduktionen GmbH.

B.4.2.4.1.1 Marktgegenseite

230. Marktgegenseite von Ticketcorner respektive Starticket sind im Bereich Eigenvertriebslösungen hauptsächlich Sportveranstalter und Kulturveranstalter mit eigener Veranstaltungslokalität und Saisonbetrieb. Im Musikbereich wird das Ticketing nur ausnahmsweise

und bei sehr starken Brands im Eigenvertrieb vorgenommen.

231. Zur Veranschaulichung der Marktgegenseite im Bereich Eigenvertriebslösungen werden mittels folgenden Tabellen die grössten Kunden von Ticketcorner und Starticket nach Kommissionsumsatz im Jahr 2016 dargestellt.

Veranstalter	Kommissionsumsatz 2016
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]

Abbildung 7: Grösste Kunden von Ticketcorner im Bereich Eigenvertriebslösungen (nach Kommissionsumsatz)

Veranstalter	Kommissionsumsatz 2016
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]

Abbildung 8: Grösste Kunden von Starticket im Bereich Eigenvertriebslösungen (nach Kommissionsumsatz)

232. Es wird deutlich, dass nur bestimmte Arten von Veranstaltern das Ticketing im Eigenvertrieb vornehmen.
[...]

233. Eigenvertriebslösungen dienen nicht nur der blossen Abwicklung von Ticketverkäufen, sondern müssen teilweise spezialisierte Funktionalitäten anbieten, wie die Administration von Saison-Abonnements, von eigenen Zutrittssystemen, Schnittstellen zu verschiedenen Ver-

triebskanälen oder die Unterstützung von internen betriebswirtschaftlichen Prozessen.

234. Auch im Rahmen der durchgeführten Befragungen wurde bestätigt, dass der Eigenvertrieb vor allem für Veranstalter mit einer etablierten Marke oder mit einem eigenen Veranstaltungsort wie beispielweise das Opernhaus St.Gallen, Opernhaus Zürich sowie gewisse Musikclubs einen hohen Stellenwert hat. So wurde auch ausgeführt, dass die ausschliessliche Nutzung von Eigenvertriebsdienstleistungen eigentlich nur sinnvoll ist für eine Spielstätte wo der Veranstalter seine eigenen Events durchführt (z.B. Fussballclubs, Schauspielhaus).

235. Es ist also davon auszugehen, dass die Vornahme des Ticketing durch den Eigenvertrieb insbesondere für Sportveranstaltungen und Kulturveranstaltungen mit eigenem Haus und Saisonbetrieb geeignet ist. Im Musikbereich wird das Ticketing nur ausnahmsweise und bei sehr starken Brands (teilweise) im Eigenvertrieb vorgenommen. Wie zuvor ausgeführt wurde, nehmen Veranstalter im Normalfall zusätzlich zum Einsatz von Fremdvertriebsdienstleistungen auch komplementär dazu auch Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch. Dies ist selbst bei Veranstaltern mit einem sehr hohen Anteil von Ticketverkäufen im Eigenvertrieb der Fall. So führt beispielsweise Karl's Kühne Gassenschau aus, dass Fremdvertriebsdienstleistungen momentan und zukünftig – mangels Zugang zu einem physischen Vertriebsnetz im Eigenvertrieb – eine ideale Ergänzung sei, so für ältere Leute, die sich mit Internet schwer tun oder Expressgeschenke etc. Auch der [...] nutzt – trotz des sehr hohen Anteils des Eigenvertriebs von über 90 % – Fremdvertriebsdienstleistungen von Starticket. Der grosse Vorteil des Fremdvertriebs sei die Möglichkeit via verschiedene Vertriebskanäle ihre Dienstleistungen anbieten zu können und damit an weitere Kundenpotentiale zu gelangen. Weiter könnten die Kommunikationsleistungen seitens der Medienhäuser genutzt werden.

236. Die Betrachtung der grössten Kunden von Ticketcorner und Starticket im Bereich des Eigenvertriebes lässt darauf schliessen, dass diese Veranstalter aufgrund gewisser Merkmale nicht auf den reinen Fremdvertrieb angewiesen sind. So besteht im Bereich der Sportveranstaltungen das Publikum zu grossem Teil aus einem Stammpublikum. Auch das Publikum im Kulturbereich besucht Veranstaltungen auf einer regelmässigen Basis in den jeweils gleichen Veranstaltungsorten. Die Veranstaltungen im Musikbereich, welche als Ausnahme das Ticketing im Eigenvertrieb vornehmen, zeichnen sich durch eine etablierte Marke aus. Alle diese Veranstaltungen haben gemeinsam, dass sie nicht 100 % Vertriebsdienstleistungen durch Dritte bzw. Vertriebskanäle Dritter heranziehen, so aufgrund eines bestehenden Stammpublikums, regelmässig wiederkehrendes Publikum oder einer starken Marke. Auch eine eigene Lokalität zieht nach sich, dass eigener Schalter gegeben ist, bei welchem die Besucher die Tickets direkt beziehen können. Diese Erkenntnis untermauert die Annahme, dass von einem Markt für den Vertrieb von Tickets und nicht einem Markt für Ticketverkauf auszugehen ist.

B.4.2.4.1.2 Eigenschaften und Bedeutung von Eigenvertriebslösungen

237. Die Eigenvertriebslösungen werden den Veranstaltern mittels Lizenz zur Verfügung gestellt. Der Veranstalter bezahlt für die Benutzung des Ticketing-Systems Gebühren. Mittels dieser Systeme kann die Verwaltung von Veranstaltungen und den Verkauf von Eintrittskarten, resp. die Verbuchung von Anmeldungen für alle Vertriebskanäle (u.a. eigene Verkaufsstellen, Kassen, eigene Hotline, Web) vorgenommen werden. Der Funktionsumfang der Eigenvertriebslösungen erstreckt sich von Ticketdruck bis zu integrierten Kunden-, Interessen- und Agenturdatenbank. Die Abwicklung der Tages-, Abend- und Vorverkaufskassen werden ermöglicht sowie der Bereich der Zahlungsverfolgung und die notwendigen SEPA-Schnittstellen zu Banksystemen bereitgestellt. Ein Statistik-, Auswertungs- und Veranstaltungsabrechnungssystem ermöglicht den Veranstaltern die aktuellen Daten zu beziehen. Die Produkte ermöglichen die Abonnementverwaltung, Mitglieder-/Vereinsverwaltung, Saalbilddesigner, Bankomatkassen- und Kreditkartenschnittstellen, Marketingmodul, Warenwirtschaft/Artikelverkauf, Paketverkauf und Querverkaufsabwicklung.⁵²

238. Neben diesen umfassenden Inhouse-Lösungssystemen für die Vornahme des Ticketing im Eigenvertrieb, bestehen noch andere einfache Lösungen. Diese sind aufgrund mangelnder umfassender Ausgestaltung nicht mit den beschriebenen Lösungssystemen vergleichbar. Diese standardisierten einfachen Lösungen bestehen aus der Vornahme des Vertriebes durch die Website des Anbieters der Lösung. Es handelt sich also alleine um Online-Ticketing-Plattformen, welche keine weiteren Dienstleistungen anbieten. Diese einfach ausgestalteten Lösungen werden als nicht substituierbar erachtet.

239. Aus Sicht der Swiss Music Promoters Association (SMPA) hat die Nutzung von B2B-Dienstleistungen einige Vorteile für die Veranstalter. So liegt die gesamte Wertschöpfung beim Veranstalter. Auch liegen die Kundendaten beim Veranstalter und können durch ihn genutzt werden. Aus Sicht von Veranstaltern liegt der Entscheid für den Eigenvertrieb in den damit zusammenhängenden Vorteilen wie die Datenpflege durch den Veranstalter selbst, der Aufbau einer eigenen Kundendatenbank und günstigeren Konditionen begründet.

240. Als Nachteile des Eigenvertriebes erachtet der SMPA den ganzen Aufwand für Vertrieb und Kundensupport, welcher sich für die Veranstalter ergibt. Auch müssen die gesamten Kommunikationsleistungen vom Veranstalter erbracht werden. Des Weiteren ist die Reichweite in der Regel tiefer als wenn der Veranstalter im Fremdvertrieb Tickets absetzt.

⁵² <jetticketsoftware.com/Produkt/jetticket.aspx>.

241. Aus Sicht der Swiss Music Promoters Association (SMPA) setzen nur eine begrenzte Anzahl sowie Kategorie von Veranstaltern auf den reinen Eigenvertrieb. SMPA sind von dessen insgesamt 25 Mitgliedern nur ein oder zwei bekannt, welche den Vertrieb nur im Eigenvertrieb vornehmen. Zu der Kategorie von Veranstaltern, welche auf reinen Eigenvertrieb setzen, gehören Veranstalter mit einem eigenen Veranstaltungslokal wie beispielsweise das Opernhaus Zürich sowie ausnahmsweise Veranstalter mit einer etablierten Marke wie beispielsweise das OpenAir St. Gallen sowie gewisse Musikclubs. Die Vornahme von Eigenvertrieb ist auch im Bereich der Sportveranstaltungen verbreitet. Ebenso ist der Eigenvertrieb für alle Veranstalter bezüglich des Verkaufs von VIP-Packages oder Gruppenbuchungen interessant. Dies ist in der Regel aber ein kleiner Teil des ganzen Ticketkontingents einer Veranstaltung, erzielt aber eine hohe Wertschöpfung. Auch kleinere nicht professionelle Veranstalter arbeiten oft mit einem reinen Eigenvertrieb. Der SMPA legt dar, dass je grösser die Kapazität einer Location ist, desto weniger setzen die Veranstalter auf den Eigenvertrieb. Dies hängt damit zusammen, dass bei tausenden von verkauften Tickets für eine Veranstaltung auch das Backoffice (namentlich mit einem Call-Center) entsprechend bestückt sein muss, was grosse Ressourcen benötigt. Es wird deutlich, dass sich für Veranstalter von grossen Events nicht die Möglichkeit ergibt, das Ticketing im Eigenvertrieb vorzunehmen.

242. Es wird deutlich, dass es nur einer gewissen Kategorie von Veranstaltern gelingt, auf den Eigenvertrieb zu setzen. Die Vornahme des Eigenvertriebes ergibt sich durch strukturelle Bedingungen wie geringe Grösse der Veranstaltung, einer etablierten Marke oder einem eigenen Veranstaltungslokal. Veranstalter, welche nicht in diese Kategorie fallen, sehen, bedingt durch eine gewisse Grösse und der mit dem Fremdvertrieb zusammenhängenden weiteren Dienstleistungen wie Kommunikation, vom Eigenvertrieb ab. Es wird deutlich, dass sich die Vornahme des Eigenvertriebes bzw. Fremdvertriebes aufgrund von Bedingungen ergibt, welche mit der Ausgestaltung der Veranstaltung zusammenhängt. In diesem Sinne sind der Eigenvertrieb und der Fremdvertrieb aus Sicht der Veranstalter nicht substituierbar.

243. Nach Angabe der SMPA bieten auch Veranstalter mit etablierter Marke neben dem Eigenvertrieb zusätzlich noch ein Kontingent im Fremdvertrieb über einen oder mehrere Anbieter an. Der Grund dafür liegt darin, die Reichweite zu erhöhen. Auch Kulturhäuser mit eigener Veranstaltungslokalität sowie Veranstalter im Bereich des Sports nehmen das Ticketing nicht im reinen Eigenvertrieb vor, sondern setzen parallel noch auf den Fremdvertrieb. Die parallele Vornahme von Fremdvertrieb zum Eigenvertrieb ist aufgrund der mit dem Fremdvertrieb zusammenhängenden Leistungen wie Promotion nötig. Wird das Ticketing im Eigenvertrieb vorgenommen, muss die Promotion selbst vorgenommen oder eingekauft werden. Die parallele Tätigkeit von Fremdvertrieb und Eigenvertrieb ist durch Vorteile wie Reichweite bedingt, welche sich alleine durch den Fremdvertrieb ergeben. Auch in diesem Sinne wird deutlich, dass der Entscheid zu Fremdvertrieb bzw. Eigenvertrieb nicht ein entweder oder, sondern aufgrund der mit den zusam-

menhängenden unterschiedlichen Vor- und Nachteile gemacht wird, der Fremdvertrieb bzw. Eigenvertrieb also nicht austauschbar sind.

244. Generell ist darauf hinzuweisen, dass selbst Veranstalter, welche eine Eigenvertriebslösung einsetzen, in den allermeisten Fällen komplementär dazu den – für Veranstalter und Endkunden teureren – Vertrieb über Fremdvertriebsdienstleister vornehmen. So beziehen im Falle von Ticketcorner von den [...] grössten Veranstaltern im B2B-Bereich im Jahr 2016 (gemessen am Kommissionsumsatz) [...] Veranstalter zusätzlich auch Leistungen von Ticketcorner im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen. Die [...] Ausnahmen sind dabei die [...] und einen Kommissionsumsatz von lediglich [...] CHF generierte) und [...] (mit einem Kommissionsumsatz von [...] CHF [...] der betrachteten Veranstalter. Auch daraus zeigt sich deutlich, dass ein *vollständiger* Wechsel zwischen der Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen zur reinen Nutzung einer Eigenvertriebslösung kaum je erfolgt.

B.4.2.2.4. Räumlich relevanter Markt

245. Die WEKO hat sich in der Untersuchung „Vertreib von Tickets im Hallenstadion Zürich“ dahingehen geäußert, dass der räumlich relevante Markt im Bereich Ticketvertrieb national abzugrenzen ist.⁵³ Auch beim vorliegend betrachteten Markt für B2B-Ticketing (Lösungen für den Eigenvertrieb) ist von einem nationalen Markt auszugehen: Auch sind die in diesem Bereich tätigen Unternehmen schweizweit tätig. Schliesslich bedingt auch die Betreuung von Veranstaltern und Endkunden eine gewisse geographische Nähe.

246. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend von einem nationalen Markt ausgegangen.

B.4.2.2.5. Fazit

247. Aufgrund der vorhergehenden Überlegungen bestehen klare Hinweise, dass aus Sicht von Veranstaltern der Eigenvertriebslösungen nicht durch Fremdvertriebsdienstleistungen substituiert werden können. Ebenso wenig ist eine Substitution von umfassenden Eigenvertriebslösungen durch reine Online-Plattformen mit einer eingeschränkten Funktionalität möglich. Somit wird nachfolgend von einem nationalen Markt für Eigenvertriebslösungen ausgegangen.

B.4.2.3 Medienmärkte

B.4.2.3.1. Sachlich relevante Märkte

248. Im Rahmen der Vorbemerkungen erläutern die meldenden Unternehmen, dass sie sich in ihrer Meldung auf diejenigen Märkte beschränken, in denen Ticketcorner und Starticket tätig sind. Entsprechend werden die übrigen Geschäftstätigkeiten der CTS-Event-, Ringier- und Tamedia-Gruppen folglich nicht tangiert. Diese Gruppen werden unabhängig voneinander weitergeführt und nicht zusammengelegt, wodurch Marktanteilsadditionen im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nur in

⁵³ Vgl. RPW 2012/1, 74 Rz 170-174, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

denjenigen Märkten denkbar seien, in denen Ticketcorner und Starticket tätig sind. Die Gegebenheit, dass Ticketcorner der Ringier-Gruppe und Starticket der Tamedia-Gruppe zugehörig ist und somit beide Unternehmen zwei grosse und bedeutende Schweizer Medienunternehmen im Rücken haben, ist für das Zusammenschlussvorhaben von erheblicher Bedeutung.⁵⁴ Die nachfolgenden Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen, Märkte für [Inserenten in] (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen sowie die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Online-Firmenwerbung (Bannerwerbung) in den entsprechenden Sprachregionen der Deutschschweiz, der französischen und italienischen Schweiz stellen für Ticketcorner und Starticket keine Kernmärkte ihrer Tätigkeit dar.

249. Auf der Homepage von Ticketcorner und Starticket werben die beiden Unternehmen für Veranstaltungen diverser Art, für welche die beiden Unternehmen Tickets verkaufen. Insbesondere handelt es sich um bekannte Konzerte, Festivals oder Musicals. Neben den Top-Events, die zuoberst auf der Homepage erscheinen, sind die Veranstaltungen in verschiedene Bereiche unterteilt, unter anderem Musik, Unterhaltung, Sport, Kultur und EVENTIM international bei Ticketcorner. Starticket unterteilt in Konzerte, Festivals, Parties, Bühne, Sport und Specials.

250. Im Übrigen ist Ticketcorner Herausgeberin des Magazins „events“, das als Beilage des „SonntagsBlicks“ erscheint und u.a. an den Vorverkaufsstellen von Ticketcorner aufliegt. Es dient wie die Website „ticketcorner.ch“ dem Zweck, über Veranstaltungen zu informieren, für welche Ticketcorner Tickets verkauft. Das Magazin erscheint heute noch sechs Mal im Jahr und enthält nur wenig Print-Firmenwerbung (Umsatz 2015 noch rund [CHF [...] Mio.]). Soweit solche Werbung enthalten ist, weist sie in der Regel einen engen Bezug zu den Veranstaltungen und Tickets auf. Gemäss Angaben der Parteien gibt Starticket gibt kein vergleichbares Magazin heraus. Hingegen besteht das Starticket-Magazin „Highlights“, welches scheinbar Veranstaltungen im zweimonats-Rhythmus in den Zeitungen 20 Minuten anpreist.

251. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sind im Bereich Medienmärkte die folgenden Märkte relevant:

B.4.2.4.1.1 Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

252. Gemäss Praxis des Sekretariats umfasst der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen 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.⁵⁵

B.4.2.4.1.2 Märkte für [Inserenten in] (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

253. Die Inserenten, welche Werberaum für die Ankündigung von Ereignissen nachfragen, stehen auf der anderen Seite der Märkte für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen.

254. Die meldepflichtigen Unternehmen sind der Ansicht, dass zumindest in den Märkten für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen, welche sie als Werbemärkte bezeichnen, Ticketcorner und Starticket nicht tätig sind. Dies wird dadurch begründet, dass ein Veranstalter, der den Ticketverkauf nicht über Ticketcorner oder Starticket abwickelt, keine Möglichkeit hat, auf dessen Website für seine Veranstaltungen zu werben. Das heisst, dass das Ticketingunternehmen nur Werbung für die eigenen Angebote betreibt. Dieser Ansicht kann hingegen nicht gefolgt werden. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission spielt es grundsätzlich keine Rolle, unter welchen konkreten Vertragsbedingungen ein Inserent eine Ankündigungsanzeige schalten kann und es ist insofern unerheblich, dass das Inserieren auf der Website bzw. im Magazin „events“ von Ticketcorner, an den Vertrieb der Tickets gekoppelt ist. Zudem würde es zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen, müssten die Märkte je nach Ausgestaltung der konkreten Vertragsbedingungen im Einzelfall stets anders abgegrenzt werden.⁵⁶

B.4.2.4.1.3 Bereitstellung von Werbeflächen für statische Online-Firmenwerbung (Bannerwerbung)

255. Die Praxis der Wettbewerbskommission unterscheidet im Bereich der Online-Firmenwerbung zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung).⁵⁷ Die meldenden Unternehmen sind der Ansicht, dass diese Marktabgrenzung zu eng sei und betrachten alle drei Teilmärkte Banner-, Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung als Online-Firmenwerbungsmarkt. Dieser Auffassung kann nach bestehender Praxis der Wettbewerbskommission nicht gefolgt werden.

256. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Website Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Bei der statischen Werbeform definiert der Werbetreibende nur den Ort, an welchem er seine Werbung geschaltet haben will. Das heisst, die Aufschaltung seiner Werbung hängt lediglich davon ab, dass ein Internetnutzer die fragliche Website besucht. Das Aufschalten ist oft an keinerlei sonstige Bedingungen gebunden, mit anderen Worten findet eine unbedingte Aufschaltung statt.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. Rz 98 ff. und Rz 177 ff.

⁵⁵ Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 36, *Tamedia/Starticket*; RPW 2014/1, 296 Rz 29 f., *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁵⁶ Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 37, *Tamedia/Starticket*.

⁵⁷ Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 38, *Tamedia/Starticket*; RPW 2014/1, 296 Rz 31 f., *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁵⁸ Vgl. RPW 2014/1, 297 Rz 33, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

B.4.2.3.2. Räumlich relevante Märkte

257. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission erfolgt die räumliche Marktabgrenzung für die Märkte für (Print-/Online)Ankündigungsanzeigen sowie der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen nach Sprachregionen.⁵⁹ Diese Auffassung wird von den meldenden Unternehmen geteilt. Aufgrund der Tätigkeit der beteiligten Unternehmen erfolgt die räumliche Marktaufteilung in die Deutschschweiz, französische und italienische Schweiz.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

258. 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.4.3.1 Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen

B.4.3.1.1. Aktueller Wettbewerb

259. Zur Analyse des Ausmasses des Wettbewerbs zwischen Anbietern von Fremdvertriebsdienstleistungen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt untersucht. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile.

260. Bei den am geplanten Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen Ticketcorner respektive Starticket handelt es sich um etablierte Anbieter im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in der Schweiz. Wie nachfolgend näher ausgeführt wird, sind einzig Ticketino und Fnac – wenn auch mit starken Einschränkungen – als zumindest annähernd relevante Konkurrenten in diesem Markt zu betrachten.

261. Wie bereits zuvor ausgeführt, stellen reine Online-Plattformen aus Sicht der Marktgegenseite kein Substitut für die umfassenden Dienstleistungen von Fremdvertriebsdienstleistern dar. Reine Online-Plattformen – wie Ticketfrog und Reservix.ch – sind dementsprechend im Rahmen der Betrachtung des aktuellen auch nicht als direkte Konkurrenten der Parteien auf dem vorliegenden relevanten Markt zu betrachten. Auch seitens Kleinanbieter ohne eine umfassende Reichweite – insbesondere bezüglich Vorverkaufsstellen und Promotionsleistungen – ist keine spürbare disziplinierende Wirkung auf die Parteien zu erwarten. Dennoch wird im Rahmen der Analyse von Markteintritten und der Stellung der Marktgegenseite auf solche Anbieter eingegangen.

262. Die **Ticketino AG** verfügt in der Schweiz über Standorte in Zürich, Lausanne und Root und ermöglicht Veranstaltern den Vertrieb von Tickets über eine selbstbedienbare Online-Plattform. Veranstalter erhalten so Zugriff auf ein flächendeckendes Vorverkaufstellennetz,

auch können Endkunden Tickets über ein rund um die Uhr erreichbares Call Center erwerben. Im Internet können Tickets www.ticketino.com erworben werden. Auch bestehen Möglichkeiten zur Einbindung auf der Website der individuellen Veranstalter. Ebenso erbringt Ticketino gegenüber Veranstaltern Dienstleistungen in den Bereichen der Vermarktung, der Einlasskontrolle und bei der Auswertung von Verkaufs- und Kundendaten.

263. Die **Fnac Suisse SA** (nachfolgend: Fnac Suisse), ist über ihre Tochtergesellschaft SwissBillet SA im Markt für Fremdvertrieb von Tickets in der Schweiz tätig. Fnac Suisse ist wiederum eine Tochtergesellschaft der in Frankreich domizilierten FNAC SA. Fnac Suisse betreibt hauptsächlich einen Online-Store und Ladengeschäfte, in welchen vor allem Bücher, Medien und Unterhaltungselektronik angeboten werden. Im Markt für den Fremdvertrieb von Tickets bietet Fnac Suisse Veranstaltern den Verkauf von Tickets über die Website von Fnac Suisse unter www.fnac.ch und einer beschränkten Anzahl von Verkaufsstellen in der Romandie.

264. In den nachfolgenden Tabellen sind die Marktanteile auf dem Markt für den Fremdvertrieb von Tickets in der Schweiz basierend auf alternativen Messgrössen dargestellt. Tabelle 5 basiert auf den Gesamtumsatz mit Tickets, d.h. basierend auf den gesamten Preis der durch die Unternehmen verkauften Tickets. Hingegen werden in Tabelle 6 nur die entsprechenden Kommissionsumsätze berücksichtigt. Die Berechnungen in Tabelle 7 basieren schliesslich auf der Anzahl der verkauften Tickets.

265. Zu den verwendeten Kennzahlen ist festzuhalten, dass vorliegend – entgegen der Vorbringen der Parteien, welche die Anzahl Tickets als einzig relevante Messgrösse betrachten – neben den Gesamtumsätzen insbesondere die Betrachtung von Kommissionsumsätzen von entscheidender Relevanz sind. So zeigen Gesamtumsätze auf, welche Bedeutung die über Fremdvertriebsdienstleister verkauften Veranstaltungen haben. Jedoch sind es insbesondere die Kommissionsumsätze, welche schlussendlich aufzeigen, welche Zahlungsbereitschaft Veranstalter für die Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen haben. So stellen diese Zahlungen letztlich auch einen wesentlichen Kostenfaktor für Veranstalter dar. Zudem ist die Höhe der Kommissionszahlungen – viel mehr als die Anzahl Tickets – für Endkunden relevant, zumal diese Kosten sich unmittelbar auf den Preis für den Besuch einer Veranstaltung niederschlagen. Hierzu ist zu bemerken, dass bei den von Ticketcorner respektive Starticket genannten Kommissionsumsätzen von Endkunden separat erhobene Gebühren (wie für den Postversand oder den Kauf an physischen Vorverkaufsstellen) nicht enthalten sind.

⁵⁹ Vgl. RPW 2013/3, 383 Rz 41 ff., *Tamedia/Starticket*; RPW 2014/1, 297 Rz 36 ff.

	2013		2014		2015		2016	
	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil
Ticketcorner	[...] Mio.	[60-70] %	[...] Mio.	[60-70] %	[...] Mio.	[60-70] %	[...] Mio.	[60-70] %
Starticket	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %
Ticketino	[...]	[0-5] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %
Fnac	[...]	[5-10] %	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %

Tabelle 5: Umsatz in CHF und Marktanteile im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen gemäss Gesamtumsatz mit Tickets
Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien und Erhebungen des Sekretariats bei Konkurrenten

	2013		2014		2015		2016	
	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil
Ticketcorner	[...] Mio.	[50-60] %	[...] Mio.	[60-70] %	[...] Mio.	[60-70] %	[...] Mio.	[60-70] %
Starticket	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[20-30] %
Ticketino	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %
Fnac	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[0-5] %

Tabelle 6: Umsatz in CHF und Marktanteile im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen gemäss Kommissionsumsatz
Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien und Erhebungen des Sekretariats bei Konkurrenten

	2013		2014		2015		2016	
	Anzahl	Marktanteil	Anzahl	Marktanteil	Anzahl	Marktanteil	Anzahl	Marktanteil
Ticketcorner	[...] Mio.	[50-60] %	[...] Mio.	[50-60] %	[...] Mio.	[50-60] %	[...] Mio.	[50-60] %
Starticket	[...] Mio.	[30-40] %	[...] Mio.	[30-40] %	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[30-40] %
Ticketino	[...]	[5-10] %	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %
Fnac	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %	[...]	[0-5] %

Tabelle 7: Umsatz und Marktanteile im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen gemäss Anzahl Tickets
Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien und Erhebungen des Sekretariats bei Konkurrenten

266. Wie aus den Tabellen klar ersichtlich ist, ist Ticketcorner klarer Marktführer mit einem Marktanteil von (teilweise deutlich) über [...] %. Starticket bewegt sich im Bereich von [...] %. Ticketino kommt hingegen – je nach Messgrösse – lediglich auf einen Marktanteil im Bereich [...] %. Der Marktanteil von Fnac Suisse bewegt sich schliesslich im marginalen Bereich.

267. Auch andere Betrachtungen von Marktanteilen ergeben vergleichbare Grössenverhältnisse. So schätzt Ticketino seinen eigenen Marktanteil in den Jahren 2013–2016 jeweils im Bereich von [...] %. Auch hat – wie auch durch das Bundesverwaltungsgericht angemerkt wurde – Ticketcorner bei der Übernahme durch die EVENTIM-Gruppe und Ringier im Jahr 2010 als „uningeschränkter Marktführer“ mit einem Marktanteil von 60 % am Gesamtmarkt des Ticketings in der Schweiz dargestellt. Auch dies entspricht ziemlich genau der Grössenordnung des Marktanteils von Ticketcorner während des vorliegend betrachteten Zeitraums.

268. Im „International Ticketing Yearbook 2016“⁶⁰ werden der Marktanteil am Fremdvertrieb von Tickets („primary ticketing“) von Ticketcorner auf ungefähr 60 % und derjenige von Starticket auf ungefähr 35 % geschätzt. Gemäss in dieser Branchenpublikation genannten übereinstimmenden Schätzungen vom Veranstalter des OpenAir St. Gallen wie auch von Starticket-CEO Cyril Schwegler würde das gesamte jährliche Marktvolumen – gemessen am Ticketumsatz – bei ungefähr 400 Mio. CHF liegen.

269. Gewisse Unterschiede bestehen auch bezüglich der Anzahl und der Art der physischen Verkaufsstellen. Über Ticketcorner respektive Starticket angebotene Tickets können an jeweils ca. 1'600 physischen Verkaufsstellen erworben werden. Dabei werden die Tickets durch das bestehende Personal an den Verkaufsf lächen der Vertriebs-Partner verkauft, wofür diese mit einer Kommission entschädigt werden. Ticketcorner arbeitet dabei – neben einzelnen kleineren Partnern – mit der Post, der SBB, Manor, Coop City, der BLS sowie Engadin/St. Moritz Tourist Information (ESTM) zusammen. Dabei hat Ticketcorner mit der SBB, welche über 178 Verkaufsstellen ausmacht, eine Exklusivitätsvereinbarung betreffend des Fremdvertriebs von Tickets vereinbart. Starticket hat die Post, Hotelplan, Manor, Coop City und der BLS als Partner. Ticketino verfügt über ein flächendeckendes Verkaufsnetz von ebenfalls ca. 1'600 Verkaufsstellen. Dabei bestehen Verträge mit unabhängigen Verkaufsstellen wie der Post, der Südostbahn (SOB) und der BLS. Fnac hingegen verfügt nur über ein beschränktes Vertriebsnetz von 10 Verkaufsstellen in der Romandie. Davon handelt es sich hauptsächlich um eigene Verkaufsstellen von Fnac.

270. Während Ticketino in den letzten Jahren leichte Marktanteilsgewinne verzeichnen konnte, sieht sich Fnac in den letzten Jahren einer rückläufigen Entwicklung gegenüber. Fnac erklärt, dass insbesondere der Verlust von Live Music Production und von Opus One, welche nun exklusiv mit Ticketcorner zusammenarbeiten, zu diesem Rückgang geführt habe.

271. Gemäss Praxis der EU-Kommission ergeben sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1000 liegt. Derartige Märkte bedürfen in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Dasselbe gilt in der Regel für Zusammenschlussvorhaben, bei denen der HHI zwischen 1000 und 2000 und der Δ HHI unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2000 und der Δ HHI unter 150 liegt.⁶¹ Vorliegend ergibt sich vor dem Zusammenschluss ein HHI von [4500-5000], welcher im Falle des geplanten Zusammenschlusses von Ticketcorner mit Starticket auf [7500-8000] ansteigen würde. Sowohl die absolute Höhe des HHI nach dem geplanten Zusammenschluss, als auch das Δ HHI von [3000-3500] sprechen klar gegen eine Unbedenklichkeit des geplanten Zusammenschlusses.

272. Die schweizerische Praxis und Lehre schliesst aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.⁶² Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung („kritische Schwelle“).⁶³ Allein die Höhe der Marktanteile von Ticketcorner ist demnach ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, gibt es jedoch auch eine Reihe von weiteren Elementen, welche dafür sprechen, dass sich Ticketcorner in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

273. Zusammenfassend ist der vorliegend betrachtete Markt hochkonzentriert. So verfügt Ticketcorner über eine überragende Stellung im vorliegend betrachteten Markt, gefolgt von Starticket. Zusammen machen diese beiden Unternehmen gemessen am Gesamtumsatz und am Kommissionsumsatz ungefähr [90-100] % des Marktes aus. Bei einer Betrachtung nach Anzahl Tickets – was gemäss den Parteien die einzig relevante Messgrösse sei – liegt dieser Anteil bei ungefähr [80-90] %.

274. Die gemachten Betrachtungen gehen von der vorsichtigen Annahme aus, dass Ticketino und Fnac als gleichwertige Konkurrenten von Ticketcorner betrachtet werden. Wie nachfolgend aufgezeigt wird verfügt Ticketcorner über eine überragende Stellung im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen, während Starticket das einzige Konkurrenzunternehmen ist, welches in sämtlichen Dimensionen überhaupt eine vollwertige Konkurrenz zu Ticketcorner darstellt. Auf diese Frage wird nachfolgend in Rz 317 vertieft eingegangen.

B.4.3.1.2. Marktstellung von Ticketcorner

275. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat Ticketcorner bereits derzeit eine überragende Stellung am Markt im Vergleich zu sämtlichen Konkurrenten, welche durch eine Vielzahl von vertraglichen Exklusivitäten – mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern sowie Verkaufsstellen – noch verstärkt wird.

⁶⁰ Vgl. < www.iq-mag.net/2016/09/international-ticketing-yearbook-2016-read-it-now/ (13.03.2017).

⁶¹ Vgl. RPW 2008/1, 169 Rz. 319 f, Migros/Denner.

⁶² BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

⁶³ BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

276. So weist Ticketcorner selbst darauf hin, dass laut dem Ende 2015 publizierten „Brand Asset Valuator“ der Y&R Group Switzerland Ticketcorner die stärkste digitale Retail-Marke der Schweiz sei. Ticketcorner erreichte dabei das höchste Ranking sowohl bei den Kriterien „Differenzierung und Relevanz“, sowie gleichzeitig auch in Sachen „Vertrautheit und Wertschätzung“. Ticketcorner liegt – gemäss der Darstellung von Ticketcorner – damit als führender Schweizer Ticketing-Dienstleister vor Brands wie Ricardo (Platz 2), Digitec (3), Zalando (4), Amazon (5) und LeShop (6). Der Brand Asset Valuator, in Auftrag gegeben von der Kommunikationsagentur Y & R Group, existiert seit 1995 und gelte seither als grösste repräsentative Markenstudie der Schweiz.⁶⁴

277. Ebenso weist Ticketcorner – gestützt auf die Resultate des Ende 2015 erschienenen Media Use Index der Y&R Group Switzerland – darauf hin, dass Ticketcorner sich auf Platz 4 der meist genutzten Schweizer Onlineshops befindet: *„Kein Online-Shop der Schweizer Entertainment- und Sport- und Medienbranche wird in der Schweiz mehr genutzt als ticketcorner.ch und die Ticketcorner App. Die Online-Plattform des Schweizer Ticketing-Marktleaders konnte ihren vierten Platz mit 28 Prozent behaupten (nach SBB, Ricardo und Zalando) und liegt damit sogar vor internationalen Branchenriesen wie Amazon, der Apple-Plattform iTunes und Nespresso. Aktuell verzeichnet der Ticketcorner-Shop monatlich 1,4 Millionen Visits; in den vergangenen fünf Jahren stiegen die Besuche um 200 Prozent.“*⁶⁵

278. Zudem stellt Ticketcorner gegenüber seinen Kunden ein Mitglieder-Programm mit vielen Vorteilen zur Verfügung. Mitglieder von Ticketcorner friend&members erhalten neben dem sechsmal jährlich erscheinenden event. Magazin auch Zugang zu Tickets im Vorverkauf, den Eintritt über einen gesonderten Mitglieder-Eintritt bei bestimmten Veranstaltungen, so insbesondere im Hallenstadion Zürich und eine Reihe von weiteren Vorteilen.⁶⁶ Starticket verfügt derzeit über kein vergleichbares Programm.

279. Auch ist Ticketcorner in der Lage, [...]. So erhebt Ticketcorner gegenüber Veranstaltern einerseits eine Systemgebühr als Entschädigung für die Nutzung des Ticketsystems. Diese beträgt CHF [...] pro Ticket ([...]). Andererseits verlangt Ticketcorner eine Vorverkaufsgebühr (Verkaufskommission) [...] des Ticketverkaufspreises ([...]). [...] Die Parteien bringen vor, dass eine reine Betrachtung der Gebühren angesichts der Komplexität der Dienstleistung und Differenzen bezüglich Promotions- und Vertriebsdienstleistungen für sich alleine genommen wenig aussagekräftig sei. Wenn jedoch davon auszugehen wird, dass höhere Kosten eine umfassendere Leistung reflektieren, wäre dies ein weiteres Indiz für eine starke Marktstellung seitens Ticketcorner.

280. In der Erfolgsrechnung der Ticketcorner AG, Rümliang ist ersichtlich, dass [...]

281. Die Tatsache, dass Ticketcorner [...] halten konnte, ist ein weiteres und sehr starkes Indiz dafür, dass Ticketcorner gerade nicht einem starken Wettbewerb – durch Eigenvertrieb, reine Online-Plattformen etc. – ausgesetzt ist.

B.4.2.4.1.1 Exklusivitätsvereinbarungen von Ticketcorner mit Veranstaltungsstätten

282. Ticketcorner unterhält mit dem Hallenstadion Zürich und [...] Veranstalterverträge. Diese Verträge übertragen – wie nachfolgend näher dargestellt – Ticketcorner eine (teilweise) Exklusivität an Ticketcorner bezüglich des Ticketvertriebs von in diesen Veranstaltungsstätten durchgeführten Veranstaltungen.

283. Die Zusammenschlussparteien äussern sich in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung dahingehend, dass die zwischen Ticketcorner und dem Hallenstadion Zürich und der Samsung Music Hall keine Markteintrittsschranken darstellen würden. So seien selbst bei der Annahme, dass diese Verträge eine umfassende Exklusivität vorsehen würden (was nicht der Fall sei), die Gesamtrelationen zu beachten. Davon betroffen wären nämlich nur zwei Veranstaltungsstätten, die beide im Raum Zürich liegen, was dem von den Parteien geschätzten nationalen Markt – von [50-60] Mio. Tickets im Jahr 2015 – keine wesentliche Marktzutrittsschranke darstellen können.

284. Ticketcorner hat insbesondere mit dem Hallenstadion Zürich respektive mit deren Betreibergesellschaft, der Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich, einen besonderen Veranstaltungsstätten-Vertrag. Das 1939 erbaute und 2005 umgebaute und erweiterte Hallenstadion Zürich ist mit einer Gesamtfläche von 14'300 Quadratmetern die grösste multifunktionale Indoor-Location der Schweiz für bis zu 13'000 Zuschauer.⁶⁷

285. Im aktuellen Vertrag zwischen Ticketcorner und der AGH, [...]

286. Im Gegenzug erhält Ticketcorner eine teilweise Exklusivität für den Vertrieb von Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion Zürich. Im Rahmen von dieser Verpflichtung wird insbesondere Folgendes festgehalten: [...]

287. Im Weiteren werden gewisse weitere Ausnahmen definiert, [...].

288. [...]

289. [...]

290. Zu den Auswirkungen dieser Exklusivitätsvereinbarung hat die WEKO in ihrer Verfügung i.S. Vertrieb von Tickets im Hallenstadion festgestellt, „dass sich die 50%-AGB-Klausel jedenfalls in den allermeisten Fällen wie eine 100%-ige Klausel auswirkt. Die Veranstalter hätten zwar rechtlich die Möglichkeit, mehrere Ticketvertriebsunternehmen mit dem Ticketvertrieb zu betrauen, sehen sie jedoch von einer Nutzung dieser Möglichkeit regelmässig ab.“

⁶⁴ Vgl. hierzu < blog.ticketcorner.ch/ticketcorner-ist-die-staerkste-digitale-retail-marke-der-schweiz/ > (06.03.2017).

⁶⁵ Vgl. hierzu < blog.ticketcorner.ch/ticketcorner-ch-auf-platz-4-der-meist-genutzten-schweizer-onlineshops/ > (06.03.2017).

⁶⁶ < www.friends-members.ch/vorteile/ >.

⁶⁷ Vgl. hierzu < www.hallenstadion.ch/das-hallenstadion/ > (08.03.2017).

291. [...]	295. [...]
292. [...]	[...]
293. [...]	296. [...]
294. [...]	

Location	Umsatz Ticketcorner 2016	Anteil am Umsatz Ticketcorner 2016	Umsatz Starticket 2016	Anteil am Umsatz Starticket 2016
Hallenstadion Zürich	[...] CHF	[20-30] %	[...] CHF	[0-5] %
[...]	[...] CHF	[0-5] %	[...] CHF	[0-5] %
Total Hallenstadion und [...]	[...] CHF	[20-30] %	[...] CHF	[0-5] %

Tabelle 8: Umsätze der Location Hallenstadion Zürich / [...]

297. Wie aus dieser Tabelle hervorgeht, erzielt Ticketcorner somit einen wesentlichen Anteil des eigenen Umsatzes im Hallenstadion Zürich und [...]. Selbst bei einer Betrachtung der Anteile an verkauften Tickets, liegt dieser Anteil immer noch bei etwa [10-20] % an den gesamthaft im Jahr 2016 durch Ticketcorner verkauften Tickets.

298. Zu den Auswirkungen von Exklusivitätsvereinbarungen mit Veranstaltungsstätten macht Ticketino folgende Aussagen auf die Frage hin, welche Veranstaltungsstätten durch das Unternehmen nicht oder nur im geringen Umfang bedient werden:

„Grossveranstaltungen im Hallenstadion, wegen der 50 % Klausel. AGH ist marktbeherrschend und missbraucht diese Stellung zusammen mit Ticketcorner, indem die beiden Parteien den Verkauf der Tickets an die Vermietung des Hallenstadions koppeln. Da im Hallenstadion grösstenteils sitzplatzgenau gebucht wird und daher nur ein Anbieter den Saalplan bei sich aufschalten kann, werden in der Praxis im Endeffekt 100 % der Tickets über nur einen Anbieter verkauft.“

Gemäss unseren Informationen wurde eine vergleichbare Vereinbarung mit einer entsprechenden 50% Klausel, bei der kurz vor der Eröffnung stehenden Samsung Hall, zwischen Ticketcorner und der Samsung Hall unterzeichnet.

Verträge mit einer 50 % Klausel schliessen die Konkurrenz aus und verhindern den Wettbewerb von Ticketvermarktern für Events in den entsprechenden Veranstaltungslocations. Veranstalter die ein Konzert organisieren wird die freie Wahl des Ticketingpartners untersagt.

Der Wettbewerb zwischen Ticketvermarktern ist folglich ausgeschaltet. Die Konditionen von Ticketcorner sind gesetzt.

Durch solche Verträge werden Ticketinganbieter vom Wettbewerb ausgeschlossen und können diesen relevanten Teil des Marktes nicht bedienen. Veranstalter die in der entsprechenden Location einen Anlass anbieten wollen haben keine freie Wahl des Ticketingpartners.

Damit der Wettbewerb funktioniert und Ticketcorner mit Starticket mit vertraglich gebundenen Veranstaltungsorten Ihre Machtstellung nicht weiter unlauter ausnützen und den Wettbewerb ausschliessen, sind solche 50 % Klauseln oder Exklusivverträge von der WEKO zu untersagen.“

299. Dass solche Vereinbarungen zwischen Ticketcorner und Veranstaltungsstätten nicht unbeachtlich sind, zeigt sich auch in der Beschwerde gegen die Zulassung der 50 %-Klausel durch die WEKO durch die Starticket AG, die Ticketino AG und die Ticketportal AG.⁶⁸ Auch das Bundesgericht betrachtete es als erstellt, dass die Starticket AG und die Ticketportal AG deutlich spürbare wirtschaftliche Nachteile aufgrund der Vereinbarung der 50%-Klauseln zwischen der AGH und Ticketcorner erleiden: So hätten die Starticket AG und die Ticketportal AG bereits im Verfahren vor der WEKO anhand konkreter Veranstaltungen dargelegt, dass sie aufgrund der beanstandeten Abrede bzw. Verhaltensweise (50%-Klauseln) deutlich spürbare wirtschaftliche Nachteile in Form von Umsatzeinbussen erleiden. Unter Verweis darauf hat die WEKO der Starticket AG und der Ticketportal AG die Parteistellung zuerkannt. Damit sei auch die Beschwerdebefugnis dieser Unternehmen aufgrund der Akten erstellt und zu bejahen.⁶⁹

⁶⁸ Vgl. hierzu Rz 132 f.

⁶⁹ Vgl. RPW 2013/3, 471 E.5.3, Urteil vom 5. Juni 2013 in Sachen Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012.

300. Klarerweise sind nicht sämtliche Veranstalter von diesen Vertragsklauseln gleichermaßen betroffen, zumal eine Reihe von grossen Veranstaltern in der Schweiz über eigene Spielstätten verfügen, wie typischerweise Open Airs oder Veranstalter wie Das Zelt. Jedoch sprechen auch Aussagen von Veranstaltern gegen die Darstellung der Parteien, dass die Bedeutung von Exklusivitäten mit [...] bei einer Gesamtbetrachtung als unwesentlich zu qualifizieren seien. So zeigen nicht nur die Anteile der beiden Hallen am Umsatz von Ticketcorner die Bedeutung des Raums Zürichs. Auch hat sich, anlässlich der Eröffnung der Samsung Hall, der CEO von Act Entertainment dahingehend geäußert, dass sein Unternehmen mit Sitz in Basel neunzig Prozent seines Umsatzes im Raum Zürich erzielt wobei man die Deutschschweiz als einen einzigen Kulturraum betrachten müsse.⁷⁰

301. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Starticket im Gegensatz zu Ticketcorner über keine Veranstaltungsstätten-Verträge mit entsprechenden Klauseln verfügt.

B.4.2.4.1.2 Exklusivitätsvereinbarungen von Ticketcorner mit Verkaufsstellen

302. Wie bereits zuvor ausgeführt, verfügt Ticketcorner im Hallenstadion über eine Exklusivität hinsichtlich des

[...]

Abbildung 9: Anzahl verkaufter Ticket bei Post, Manor, SBB und Coop (Starticket und Ticketcorner 2016, nach Anzahl Tickets)

304. Dass die SBB durchaus ein bedeutsamer Vertriebspartner ist, zeigt sich nicht nur an der Anzahl an verkauften Tickets. Auch bei einer Betrachtung Anteils der verkauften Tickets nach Vertriebspartnern am gesamten Vertrieb über Vorverkaufsstellen, zeigt sich, dass Ticketcorner dort einen Anteil von rund [20-30] % über Verkaufsstellen erzielt, wo eine Exklusivität besteht. So hat Ticketcorner im Jahr 2016 [20-30] % aller an Vorverkaufsstellen verkauften Tickets über SBB-Verkaufsstellen abgesetzt. Weitere [0-5] % fallen auf die [...] Verkaufsstelle im Hallenstadion Zürich, wo Ticketcorner ebenfalls über eine Exklusivität verfügt.

[...]

Abbildung 10: Anzahl verkaufte Tickets pro Verkaufsstelle von Post, Manor, SBB und Coop (Ticketcorner und Starticket, nach Anzahl Tickets)

306. Neben der Exklusivität der [...] Verkaufsstellen als Vertriebskanal, sieht der Vertrag mit [...] auch umfassende Promotionsleistungen [...] zu Gunsten von Ticketcorner vor. Auch dies unterstreicht wiederum die Wichtigkeit von Promotionsleistungen im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen wie auch die Auswirkungen der Exklusivitätsvereinbarung mit [...] diesbezüglich. Im Vertrag zwischen Ticketcorner und [...] sind die entsprechenden Möglichkeiten folgendermassen dargelegt:

[...]

Betriebs einer Verkaufsstelle auf dem Gelände des Hallenstadions. So betreibt Ticketcorner [...] Verkaufsstelle im Hallenstadion Zürich. Darüber hinaus verfügt Ticketcorner derzeit im Bereich physischer Verkaufsstellen über eine Exklusivitätsvereinbarung mit [...]. In diesem Vertrag räumt Ticketcorner [...] das Recht ein für maximal 200 [...] Verkaufsstellen das Recht ein, eine Ticketcorner Vorverkaufsstelle einzurichten und das Verkaufssystem von Ticketcorner einzusetzen. [...] wiederum verpflichtet sich das Verkaufssystem von Ticketcorner dabei an mindestens an den 150 der [...] Verkaufsstellen einzusetzen, an denen jeweils im Vorjahr am meisten Ticketcorner-Tickets verkauft wurden. Zudem wurde in diesem Vertrag – mit einer Laufzeit von [...] – Ticketcorner eine umfassende Exklusivität zugestanden: Diesbezüglich gilt folgende Bestimmung.

[...]

303. Die SBB ist nach der Post und Manor (gemessen an der Anzahl Tickets) der dritt wichtigste Partner im Bereich physische Verkaufsstellen, gefolgt von Coop. Bei Starticket stellen die Post, Manor und Coop (gemessen an der Anzahl Tickets) die wichtigsten Partner im physischen Vertrieb dar. Dementsprechend werden auf der nachfolgenden Graphik die Anzahl im Jahr 2016 bei Post, Manor, SBB und Coop durch Ticketcorner respektive Starticket verkauften Tickets dargestellt:

305. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die 178 SBB-Verkaufsstellen im Vergleich zu den 1288 Post-Filialen, welche als Ticketcorner-Verkaufsstellen dienen, einen wesentlich höhere Anzahl Tickets pro Verkaufsstelle umsetzen. So betrug die Anzahl der verkauften Tickets im Jahr 2016 pro SBB-Verkaufsstelle durchschnittlich rund [...] Tickets, während pro Post-Verkaufsstelle durchschnittlich lediglich rund [...] Tickets umgesetzt wurden.

307. Auch die Exklusivitätsvereinbarung mit [...] sichert Ticketcorner den exklusiven Zugang zu einem sowohl hinsichtlich des Verkaufsvolumens, als auch hinsichtlich der Besucherfrequenz und der Promotionsmöglichkeiten attraktiven Netz an Verkaufsstellen. Auch hierzu ist festzuhalten, dass Starticket derzeit über keine vergleichbaren Exklusivitätsvereinbarungen verfügt.

⁷⁰ Vgl. <www.nzz.ch/feuilleton/samsung-hall-die-saetigungsgrenze-ist-erreicht-ld.141853>.

dass ein Veranstalter einen alternativen Anbieter komplementär zu Ticketcorner einsetzen kann. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Vertragsablauf der betrachteten Exklusivitäten gestaffelt ist, was einen möglichen Marktzutritt beispielsweise von Ticketmaster entsprechend erschweren könnte.⁷¹ Wie auch die Parteien selbst vorbringen, ist es für einen Fremdvertriebsdienstleister ein möglichst attraktiver „Content“ von grosser Bedeutung. Unter den genannten Umständen kann es sich für Konkurrenten jedoch als schwierig erweisen, diesbezüglich eine kritische Grösse zu erreichen.

313. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Act Entertainment AG und die abc Production AG, welche gemeinsam rund [10-20] % des Kommissionsumsatzes von Ticketcorner ausmachen, [...] gehören. Die Parteien bringen diesbezüglich vor, dass es sich hierbei um rein konzerninterne Vorgänge handelt und diese deshalb bei der Beurteilung der Marktstellung von Ticketcorner nicht zu berücksichtigen seien. Hierzu ist festzuhalten, dass letztlich auch gegenüber diesen Veranstaltern Kommissionen erhoben werden, welche letztendlich auf deren Endkunden abgewälzt werden. Zudem wird durch die vertikale Integration mit Veranstaltern die Marktstellung von Ticketcorner insofern verstärkt, als dass diese aktuellen und potenziellen Konkurrenten von Ticketcorner im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen letztlich nicht offen stehen. Auch ist die Argumentation der Parteien widersprüchlich: So wird bei einem möglichen Markteintritt von Ticketmaster durch die Parteiendarauf hingewiesen, dass aufgrund der Tätigkeit des Live Nation-Konzerns als Veranstalter grosse Vorteile entstehen würden. Auch betonen die Parteien wiederholt die Bedeutung von „Content“ für deren Markterfolg. Somit ist es sachgerecht – sowohl bei Ticketcorner als auch bei einem allfälligen Markteintritt von Ticketmaster – Umsätze von konzerninternen Veranstaltern bei der Beurteilung der Marktstellung im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen voll zu berücksichtigen.⁷²

314. So führen die Exklusivitäten von Ticketcorner mit Veranstaltern zu grossen Problemen für ein sprachregional tätiges Unternehmen wie Fnac bei der Marktbearbeitung. Dies wird wie folgt ausgeführt: *«[D]e la volonté des concurrents actifs sur tout le territoire suisse tels que Ticketcorner de travailler en tant que prestataire exclusif dans le cadre de la commercialisation de manifestations surtout le territoire suisse (Cf. question III 4.) ; dès lors, un organisateur de manifestation qui cherche à commercialiser sa manifestation sur tout le territoire suisse, devra inéluctablement passer par des acteurs tels que Ticketcorner et ce, également pour le marché romand.»* Des Weiteren hat Fnac auch eine Reihe von Beispielen vorgebracht, bei welchen Veranstalter eine mögliche Zusammenarbeit mit Fnac mit explizitem Verweis auf Exklusivitätsvereinbarungen mit Ticketcorner respektive Starticket abgelehnt haben.

315. Das von den Parteien als Beispiel für verschiedene Möglichkeiten des Vertriebs vorgebrachte Musical „Ewigi Liebi“ illustriert schlussendlich, dass Exklusivitäten gegenüber Veranstaltern tatsächlich einschränkend wirken: So wird dieses Musical von der MAAG Music & Arts AG veranstaltet, [...] keine langjährigen Exklusivitäten vereinbart hat. In Abwesenheit solcher Exklusivitäten ist der Veranstalter dieses Musicals tatsächlich in der Lage,

Tickets sowohl über Ticketcorner, als auch über Starticket, wie auch über eine Reihe weiterer Vertriebskanäle anzubieten. Ein vergleichbares Verhalten ist Veranstaltern, welche mit Ticketcorner eine umfassende Exklusivität vereinbart haben, gerade nicht möglich.

316. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Betrachtung bezüglich Exklusivitäten sich auf die gegenwärtige Situation bezieht, wobei Ticketcorner mit Starticket zumindest ein in den meisten Bereichen zumindest annähernd vergleichbaren Konkurrent gegenübersteht. Selbst in Gegenwart dieser Konkurrenz war Ticketcorner auch in jüngerer Zeit in der Lage, wie mit [...]. So ist davon auszugehen, dass im Falle eines Zusammenschlusses mit Starticket die Verhandlungsposition diesbezüglich sogar noch stärker wird.

317. Die im Rahmen der Prüfung betrachteten Veranstalterverträge enthalten grossmehrheitlich umfassende und langjährige Exklusivitäten zu Gunsten von Ticketcorner. Solche Exklusivitäten schränken die Möglichkeiten von Veranstaltern beispielsweise situativ einen alternativen Anbieter von Fremdvertriebsdienstleistungen zu berücksichtigen teilweise massiv ein. Ebenso wenig kann unter diesen Umständen während der Laufzeit des Vertrags zu Evaluationszwecken ein alternativer Anbieter von Fremdvertriebsdienstleistungen für einzelne Veranstaltungen eingesetzt werden.

B.4.3.1.3. Bedeutung von Starticket für den Wettbewerb

318. Wie vorhergehend aufgeführt wird, verfügt Ticketcorner auch abgesehen vom hohen Marktanteil über eine überragende Marktstellung gegenüber Starticket und weiteren Konkurrenten.

319. Seitens Veranstaltern wurde verschiedentlich festgehalten, dass der heutige Wettbewerb zwischen Ticketcorner und Starticket positiv für sie sei. So [...]: *„Der heutige Wettbewerb zwischen Ticketcorner und Starticket war bis heute für uns als Kunden attraktiv und gut. Beide Unternehmen agierten aktiv, agil und investierten laufend in ihre Prozesse und Infrastruktur und boten Kunden einen guten Service.“*

320. Die Maag Music & Arts AG geht davon aus, dass der Zusammenschluss von Ticketcorner und Starticket den gesunden Wettbewerb zwischen den beiden grossen Anbietern zum Erliegen bringen würde. Die wepromote entertainment group switzerland ag rechnet im Falle eines Zusammenschlusses von Starticket und Ticketcorner mit einer Monopolstellung in Teilbereichen. Auch die Freilichtspiele Zermatt GmbH geht davon aus, dass mit dem Wegfall von Starticket als Konkurrenz von Ticketcorner es aus ihrer Sicht keine gesunde Konkurrenzsituation mehr gäbe. Die Basel Tattoo Productions GmbH geht davon aus, dass Ticketcorner nach dem Zusammenschluss klar eine marktbeherrschende Stellung einnehmen werde. Die Good News Productions AG betrachtet Starticket als den bis anhin einzigen echten

⁷¹ Vgl. zur Problematik von gestaffelt ablaufenden Verträgen: Cabral, Luis M. B. (2014): „Staggered Contracts, Market Power, and Welfare“; CEPR Discussion Paper No. DP10095.

⁷² Vgl. zur Frage der Berücksichtigung konzerninterner Vorgänge bei Zusammenschlussvorhaben auch RPW 2008/1, 154 ff. Rz 224–233, Migros/Denner.

Konkurrenten von Ticketcorner im betrachteten Segment. Der Zirkus Knie äussert sich dahingehend, dass Ticketcorner heute bereits der marktführende Ticketanbieter sei und sich durch einen Zusammenschluss mit Starticket die Marktposition von Ticketcorner massiv verstärken würde. Die Denlo Production GmbH führt aus, dass sie Ticketcorner immer noch als den grössten Anbieter wahrnehmen, Starticket habe in den letzten Jahren jedoch sehr aufgeholt und es fühle sich aktuell fast so an, als ob Starticket der Konkurrenz Ticketcorner das Wasser reichen könne. Die Konzertfabrik Z7 – welche derzeit mit dem Fremdvertrieb über Ticketcorner, Starticket und Fnac abwickelt – äussert die Angst, dass mit dem geplanten Zusammenschluss im schweizerischen Ticketmarkt keinen nennenswerten Wettbewerb mehr gäbe. Für die domino Event SARL kommt heute kein anderer Anbieter als Ticketcorner und in Ergänzung Starticket in Frage. Weniger starke Anbieter würden ihren Werbebedarf erhöhen, da deren Reichweite in allen Belangen nicht mit Ticketcorner und Starticket zu vergleichen ist. Fnac, Ticketino und andere Anbieter seien für das Geschäftsmodell heute keine valable Alternative zu Ticketcorner und/oder Starticket. Auch der [...] bringt – insbesondere vor dem Hintergrund des Anschlusses zu nationalen Medien – vor, dass sie nach dem Zusammenschluss keine andere Wahl hätten, als mit dem neuen Unternehmen zusammenzuarbeiten, da es keine Alternative gäbe. So sei bei kleineren, regionalen Anbietern die Medienleistung entsprechend auch regional limitiert (wie beim Radio Pilatus Ticket Shop). Nationale Plattformen wie Petzi hätten niemals die finanziellen Ressourcen, um in einer solchen Art in den Medienmarkt einzutreten. Die Good News Productions AG weist darauf hin, dass bereits jetzt die Domains www.ticketcorner.ch oder starticket.ch (ähnlich der Suche nach Domains über Google) synonym für die Suche nach Veranstaltungen in der Schweiz verwendet würden. Eine fehlende Präsenz auf diesen Fremdvertriebs-Dienstleistungen würde zu Umsatzeinbussen führen. Die Big Plus Sports and Entertainment AG bringt vor, dass Fnac in der Deutschschweiz weitgehend unbekannt ist und in diesem Landesteil keine Relevanz hat. Ticketino sei ebenfalls kaum bekannt und vertreibe keine Tickets für Grossanlässe. Deshalb stelle Ticketino ebenfalls keine Alternative gegenüber den bekannten und etablierten Ticketing-Plattformen wie Ticketcorner oder Starticket dar. Die Keep Cool Produktion & Verlag AG geht davon aus, dass der Zusammenschluss von Ticketcorner und Starticket ein grosser Verlust für die Wettbewerbssituation in der Schweiz wäre, da es keine echte Konkurrenz mehr im Schweizer Ticketing-Geschäft mehr gäbe. Es wird dabei darauf hingewiesen, dass Starticket erst mit dem Einbezug der bekannten Vorverkaufsstellen wie Post, Migros, Bahn, usw. und der [...] ein ebenbürtiger Konkurrent zu Ticketcorner wurde.

321. Ticketino sieht im Zusammenschluss hingegen durchaus die Chance, bisherige Kunden der grossen Anbieter für sich gewinnen zu können. So äusserte sich Ticketino in einem Blogbeitrag vom 10. Mai 2017 folgendermassen: „Im kommenden Jahr rechnet TICKETINO wieder mit Wachstum im zweistelligen Bereich. Durch die geplante Fusion der aktuellen Nr. 1 und Nr. 2 im Schweizer Ticketingmarkt erwartet man vermehrt Zulauf von Kunden welche sich bei dieser grossen Organisation

nicht mehr wohl fühlen und sich nach einer kostengünstigen, selbstbedienbaren und einfachen Plattform sehnen.“⁷³

322. Das Zürcher Theaterspektakel weist darauf hin, dass andere Festivals auch schon mit Ticketino gearbeitet hätte und dann wieder zu Starticket gewechselt hätte, weil der Service nicht der Gleiche war/ist. Starticket biete eine sehr attraktive Werbeplattform und einen guten Service der über weite Distanzen die Bedürfnisse der Festivals abdecke und pflege einen direkten persönlichen Kontakt. Auch für Karl's kühne Gassenschau ist Ticketino keine Option. Für eine Veranstaltung von deren Grössenordnung (eine halbe Million Leute über 5 Jahre) würden sie einen starken Player benötigen. Ticketino habe nicht diese Möglichkeiten. Fnac wäre ein anderer Fall, da Ticketcorner in der Westschweiz nicht so stark sei. Da sie aber nur ein Jahr in der Westschweiz seien und dort die Promotionsleistungen nicht so ins Gewicht fallen, dränge sich ein Wechsel für ein Jahr nicht auf. Die Matchworld Group SA vertreibt alle ihre Veranstaltungen in der Schweiz über Starticket ab, weist aber auf den Nutzen von Fnac aufgrund deren internationalen Ausstrahlung, insbesondere deren Präsenz in Frankreich und Belgien hin. Les Docks weist darauf hin, dass Fnac in der Verkaufsstelle in Lausanne und in anderen Verkaufsstellen eine gute Sichtbarkeit garantiere. Aus Sicht der Heitere Events AG ist Ticketcorner der mit Abstand bekannteste und grösste Anbieter, während sich Starticket als Nummer zwei etabliert hat. Zusammen hätten sie einen dominierenden Marktanteil. Fnac sei in der deutschen Schweiz faktisch nicht existent und Ticketino habe bislang unter den bedeutenden Veranstaltern kaum einen Kunden gewinnen können. Auch aus Sicht der TIT-PIT GmbH als Veranstalterin des Open Air Gampel würden Fnac und Ticketino eine ganz kleine Rolle im Umzug spielen und seien für sie keine Alternative. Aus Sicht der Stars in Town AG sind Kleinanbieter wie Ticketino keine Alternative, weil diese Anbieter zu wenig Erfahrung mit Grossanlässen (Kundenservice, Stabilität Software, fehlendes Marketing usw.) hätten. Zentral seien aber vor allem [...]. Das Moods im Schiffbau betont, dass Ticketcorner eher Stärken im Mainstream-Sektor habe, während Starticket auch Veranstaltungen in Nischensegmenten bedient. Es wird davon ausgegangen, dass durch den Zusammenschluss eine Konzentration auf den Mainstream-Sektor erfolgen würde. Das würde zwar für neue Marktteilnehmer im Ticketvorverkaufsmarkt ein Opportunity-Fenster öffnen, würde aber mit grosser Wahrscheinlichkeit auch dramatische Verluste im Vorverkauf derjenigen Veranstalter bringen, deren Programm aus Veranstaltungen in Nischenmärkten besteht, denn ein neuer Nischenmarkt-Vorverkaufspartner müsste ja zunächst die Kundenbasis eines ehemaligen Startickets aufbauen. Der Verein Zermatt Unplugged fasst seine Position damit zusammen, dass der Zusammenschluss ein Quasi-Monopol bedeuten würde, da die anderen Ticketing-Anbieter schlicht und einfach nicht die Voraussetzungen haben, Starticket oder Ticketcorner zu ersetzen. Promotionsvolumen und Konditionen könnten vom neuen Anbieter festgelegt werden und es würde kein Markt mehr spielen.

⁷³ Vgl. <blog.ticketino.com/veranstalter-setzen-auf-ticketino> (15.05.2017).

323. Die Opus One SA äussert sich dahingehend, dass sie Ticketino nicht kennen würden. Fnac sei lange Zeit ein Partner gewesen, nun sei dies nicht mehr der Fall. Es handle sich heute um einen Akteur von geringer Bedeutung auf dem Gebiet der Schweiz. Die Royal Arena AG gibt – unter dem Vorbehalt, dass sie sich aufgrund eines langjährigen Vertrags mit Starticket nicht sehr aktiv mit der Materie befassen hätten – die Einschätzung ab, dass Fnac vor allem in der Westschweiz sehr stark sei, es aber bei grösseren Veranstaltungen fast kein Vorbeikommen an Ticketcorner oder Starticket gäbe. Ticketino wird dagegen eher als kleinere Player für Clubshows eingeschätzt. Gemäss der Mummenschanz Stiftung seien Ticketcorner und Starticket klare Marktleader, während Fnac und Ticketino unbedeutend seien. Die Swiss Indoors AG geht davon aus, dass Fnac und Ticketino bei einem Zusammenschluss wohl Kunden verlieren würden. Auch die Das Zelt AG verweist darauf, dass Fnac und Ticketino einen verschwindend kleinen Marktanteil hätten. Die Kulturfabrik Kofmehl betrachtet Ticketcorner und Starticket ganz sich als Leader. Ticketino sei eher in einer Nische tätig, Fnac eher in der Westschweiz. Starticket biete heute Ticketcorner die Stirn, was insbesondere auf frühere Innovationen zurückzuführen sei. Starticket sei dabei auch ein Beispiel für einen erfolgreichen Markteintritt. Das KiFF Aarau äussert die Einschätzung, dass Ticketcorner und Starticket gemeinsam wohl den Löwenanteil der Verkäufe hätten und tun und lassen können, was sie möchten. Die Konkurrenz sei noch nicht gross genug. Ticketino sei zurzeit noch ein kleiner Player (die grossen Clubs und Festivals verkaufen nicht über Ticketino). Fnac sei in der Deutschschweiz noch kein nennenswerter Player und komme für ein in der Deutschschweiz stationiertes Konzertlokal zurzeit nicht in Frage. Eine Umstellung des Fremdvertriebsdienstleisters wäre aus technischer und administrativer Sicht kein grösseres Problem. Dies würde zwar einige Investitionen brauchen, wäre aber finanziell machbar. Dabei käme nur Ticketino in Frage. Man hätte allerdings zurzeit massive Einbussen bezüglich Ausstrahlung und Werbemöglichkeiten. Zudem würde der Hauptharst der Tickets über Starticket und Ticketcorner verkauft, so dass sich die Kunden bereits daran gewöhnt hätten. Die Live Music Production SA gibt die Einschätzung ab, dass es im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen kein wirklicher Wettbewerb herrscht. So verfüge Fnac nur über 4 Vorverkaufsstellen und andere Ticketingunternehmen seien auf dem Westschweizer Markt inexistent. AllBlues Konzert AG: „Fnac hat nur in der Romandie, speziell in Genf eine gewisse Bedeutung. Ticketino kenne ich gar nicht richtig und kann nicht einschätzen, ob sie eine Bedeutung haben.“ Die Denlo Production GmbH äussert sich dahingehend, dass diese kleineren Anbieter wie Fnac und Ticketino fast gar nicht wahrnehmen würden. Für die Stargarage AG kommen diese Plattformen nicht in Frage. Diese mögen für Vereine und Kleinanbieter funktionieren, jedoch nicht für den professionellen Markt.

324. Aus Sicht der Marktgegenseite ist Starticket derzeit die einzige vollständige Alternative zu Ticketcorner, welche mit dem geplanten Zusammenschluss verschwinden würde. Sämtliche anderen Player vermögen keine auch nur annähernd vergleichbare disziplinierende Wirkung auszuüben.

B.4.3.1.4. Konglomerale und vertikale Effekte

325. Vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse beinhalten neben Effizienzvorteilen auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können. Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen (Foreclosure). Es gilt daher zu analysieren, ob die Zusammenschlussparteien über Marktmacht auf einem Markt verfügen, welcher ihnen die Möglichkeit zur Marktabschottung/Diskriminierung eröffnet und ob Anreize für eine solche Vorgehensweise vorhanden sind.⁷⁴

326. Bezüglich konglomeraler und vertikaler Effekte bringen die Parteien einerseits generell vor, dass es selbstverständlich und kartellrechtlich irrelevant sei, dass Unternehmen, die zu einem Konzern gehören, z.T. Leistungen konzernintern beziehen. Ebenso sei die Verbindung mit einem Medienhaus ohne Bedeutung, so würden sich Veranstalter durch die Zusammenarbeit mit einem entsprechenden Ticketing-Unternehmen weder bezüglich redaktioneller Inhalte oder Medienpartnerschaften Vorteile ergeben. Auch können Veranstalter Medienleistungen auch unabhängig von der Zusammenarbeit mit einem Ticketing-Unternehmen beziehen.

327. Die Parteien erläutern die konzernintern bezogenen Leistungen von Ticketcorner respektive Starticket folgendermassen:

Ticketcorner:

[...]

Starticket:

[...]

328. Wie andernorts aufgeführt, haben die Tamedia Gruppe wie auch Ringier eine starke Stellung in verschiedensten Medienmärkten in der Schweiz sowohl im Printbereich als auch im Bereich von Online-Medien. Wie ebenso zuvor erläutert wurde, sind die Promotionsleistungen durch Ticketcorner respektive Starticket sowohl in eigenen Promotionskanälen, als auch in Publikationen in angeschlossenen Medienhäusern aus Sicht von Veranstaltern von grosser Bedeutung. Dementsprechend ergeben sich aus der Integration von Ticketcorner in die Ringier Gruppe respektive von Starticket in die Tamedia Gruppe für diese Unternehmen erhebliche Vorteile. Wie aus den Ausführungen der Parteien hervorgeht, ist es derzeit jedoch noch offen, ob und inwiefern nach dem geplanten Zusammenschluss die Medienzusammenarbeit des neuen Unternehmens insbesondere mit der Tamedia Gruppe gestaltet wird.

⁷⁴ Vgl. ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff. *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

329. Über die Anbindung an Ringier hinaus verfügt Ticketcorner darüber hinaus aufgrund der Angehörigkeit zu CTS Eventim über erhebliche Wettbewerbsvorteile. [...] So gehören die Veranstalter [...] zur CTS-EVENTIM-Gruppe.⁷⁵ Auch profitiert Ticketcorner aufgrund der Nutzung [...] von erheblichen Kostenvorteilen, wie auch anlässlich der Anhörung der Parteien durch die WEKO vorgebracht wurde.

B.4.3.1.5. Potenzieller Wettbewerb

330. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es 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 von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.⁷⁶

331. Die Zusammenschlussparteien weisen bezüglich potenzieller Konkurrenz im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen insbesondere auf einen möglichen Markteintritt der amerikanischen Ticketmaster, d.h. des weltweit grössten Ticketing-Unternehmens, in der Schweiz hin. So stehe laut Aussagen der Zusammenschlussparteien ein Markteintritt unmittelbar bevor.

332. Im Parteigutachten von [...] wird die Voraussage eines Markteintritts von Ticketmaster in die Schweiz im Jahr 2017 begründet mit dem Erwerb der Domain ticketmaster.ch und der aktiven Ansprache von Personal für den Aufbau seiner Geschäftstätigkeit. Belege für die Ansprache von Personal führt das Parteigutachten nicht auf.

333. Ticketmaster gehört zum Konzern Live Nation, der 2015 weltweit einen Umsatz von [...] erzielte. So sei Ticketmaster der führende Anbieter von Ticketvertriebsdienstleistungen in Nordamerika, Grossbritannien und diversen europäischen Ländern. Die Zusammenschlussparteien weisen insbesondere darauf hin, dass Ticketmaster aufgrund der Tätigkeiten von Live Nation als grösster Konzert- und Tourneeveranstalter einen wesentlichen Vorteil bei einem möglichen Markteintritt im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in der Schweiz hätte. So organisiere Live Nation Tourneen von grossen Weltstars, wie Coldplay, Beyoncé, Rihanna, U2, Guns n' Roses und Depeche Mode.

334. Live Nation bezieht Fremdvertriebsdienstleistungen in der Schweiz derzeit exklusiv von Ticketcorner. Live Nation veranstaltet ungefähr [...] Veranstaltungen pro Jahr in der Schweiz und verkauft pro Jahr etwa [...] Tickets durch Ticketcorner.

335. Neben dem konkreten Hinweis auf einen anstehenden Markteintritt von Ticketmaster, gehen die Zusammenschlussparteien generell von tiefen Kosten des Markteintritts im Bereich des Ticketvertriebs aus. So sei es auch einem Start-up-Unternehmen jederzeit möglich, in den Markt einzutreten.

B.4.2.4.1.1 Markteintrittsschranken

336. Aus Sicht der Zusammenschlussparteien bestehen im Bereich des Ticketings keine wesentlichen Marktzu-

trittsschranken. So habe der starke Trend zum Online-Verkauf der Tickets die Marktzutrittskosten deutlich gesenkt, da keine physischen Verkaufsstellen mehr benötigt würden. Dass diese Punkte teilweise stark relativiert werden können, wurde bereits zuvor aufgeführt.

337. Wie nachfolgend aufgeführt bestehen im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen erhebliche strukturelle und strategische Markteintrittsschranken.

1. Strukturelle Markteintrittsschranken

338. Im Markt für den Fremdvertrieb von Tickets stellt zumindest der technische Aspekt des Vertriebs, wie die Bereitstellung einer Software-Lösung für den Ticketvertrieb, keine unüberwindbare Markteintrittsschranke dar. So gibt es durchaus eine Reihe von Anbietern von entsprechenden Software-Lösungen, wie auch aus den späteren Ausführungen zu Eigenvertriebslösungen hervorgeht. Jedoch sind auch die technologischen Schranken für die Entwicklung von Ticketingsoftware sowie die dafür notwendigen Investitionen nicht zu unterschätzen. So hat CTS EVENTIM im Geschäftsbericht 2015 folgende Ausführungen im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung gemacht: *„Um das Dienstleistungsangebot im Zusammenhang mit dem Ticketvertrieb zu verbreitern, weitere Absatzkanäle zu erschließen und auch zukünftig den Anforderungsprofilen der Veranstalter, Vorverkaufsstellen und Internetkunden gerecht zu werden, werden die Ticketvertriebssysteme laufend verbessert und erweitert.“* So wurden im entsprechenden Berichtsjahr Investitionen in die Weiterentwicklungen der Ticketvertriebssysteme von [2'000'000-2'100'000] EUR getätigt.

339. Es gibt jedoch eine Reihe weiterer struktureller Faktoren, welche den Markteintritt gerade in einer Anfangsphase zumindest erschweren. So ist ein Angebot von physischen Vertriebskanälen und einem Call Center nach wie vor wichtig. Der Aufbau solcher umfassenden Vertriebskanäle ist mit einem entsprechenden finanziellen und personellen Aufwand verbunden. Dass der Betrieb eines nationalen Verkaufstellennetzes mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, zeigt sich auch daran, dass die Parteien sich gerade durch die Zusammenlegung und den Abbau des Verkaufstellennetzes Synergien erzielen wollen.⁷⁷

340. Zumal der Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen verschiedene Charakteristika zweiseitiger Märkte hat, ist zudem der Aspekt der indirekten Netzwerkeffekte nicht zu vernachlässigen. So wäre wohl die Erreichung einer kritischen Grösse von Bedeutung für einen nachhaltigen Erfolg im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen. Auch die Parteien haben anlässlich der Anhörungen vorgebracht, dass ein lückenloser Content von grosser Bedeutung für den Markterfolg ist.

⁷⁵ Vgl. hierzu Rz 313 ff.

⁷⁶ Vgl. RPW 2014/1, 38 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁷⁷ Vgl. hierzu Rz 18.

341. Auch zeichnet sich der Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen durch eine gewisse Langfristigkeit aus, zumal der Vorverkauf teilweise lange im Vorfeld der Veranstaltungen beginnt. Daneben besteht seitens Veranstaltern eine Reihe von Wechselkosten, so bezüglich der Schulung des Personals auf ein anderes Fremdvertriebssystem oder der Anpassung der Kommunikation hinsichtlich eines neuen Fremdvertriebsdienstleisters. Zudem haben die Parteien anlässlich der Anhörung darauf hingewiesen, dass Vertragsverhandlungen mit Veranstaltern bei grossen Verträgen ungefähr ein Jahr in Anspruch nehmen können. All diese Elemente führen dazu, dass ein kurzfristiger Wechsel des Fremdvertriebsdienstleisters in den seltensten Fällen realistisch sein dürfte.

2. Strategische Markteintrittsschranken

342. Schliesslich existiert eine Reihe von strategischen Markteintrittsschranken, welche insbesondere aus Verträgen zwischen etablierten Unternehmen und Locations respektive Veranstalter ausgehen. Dabei geht es namentlich um die zuvor genannten Verträge von Ticketcorner mit dem Hallenstadion Zürich und [...]. Auch schliessen Veranstalter mit Ticketcorner respektive Starticket mehrjährige Exklusivverträge ab, wobei nicht-exklusive Verträge eher die Ausnahme darstellen. Das kann einerseits den Markteintritt und das Erreichen einer kritischen Grösse eines neuen Anbieters verlangsamen, indem zu einem bestimmten Zeitpunkt nur ein Teil dieser Veranstalter aufgrund des Auslaufens des Vertrags überhaupt in der Lage ist, sich einem neuen Anbieter anzuschliessen. Auch verhindern Exklusivitäten, dass Veranstalter situativ (oder in Ergänzung zu den etablierten Anbietern) einen neuen Anbieter überhaupt berücksichtigen können. Exklusivitäten verunmöglicht letztlich insbesondere, dass Veranstaltern vor Ablauf der Vertragsdauer das Angebot eines alternativen Fremdvertriebsdienstleisters versuchsweise zu nutzen, beispielsweise um dessen Zuverlässigkeit oder dessen Promotions- und Supportdienstleistungen zu evaluieren.

343. Auch der nach wie vor bedeutende Promotionsaspekt ist in verschiedener Hinsicht nicht zu vernachlässigen: So sind gerade Ticketcorner und Starticket etablierte Brands. Die Erreichung eines vergleichbaren Bekanntheitsgrads würde wohl anfänglich mit entsprechenden Werbekosten verbunden sein, zumal ein neues Unternehmen gerade nicht den Rückhalt – inkl. konzerninterne Rabatte für Medienleistungen – eines nationalen Medienhauses hätte. So wurden beispielsweise in die Marke Starticket in den vergangenen Jahren – laut Aussagen der Parteien – Millionenbeträge investiert. Darüber hinaus ist auch die Erbringung von eigenen Promotionsleistungen von Fremdvertriebsdienstleistern – wie Inhalten für Newsletter, Blogbeiträge, Beiträge auf Social Media-Plattformen – mit erheblichem Aufwand verbunden.⁷⁸

B.4.2.4.1.2 Vergangene Markteintritte

344. Tixtec verfügt über eine Tochtergesellschaft, die tickethost AG, welche sich zumindest laut deren Handelsregistereintrag im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen positioniert. Es sind jedoch keine nennenswerten Aktivitäten dieses Unternehmens am Markt erkennbar und auch seitens Veranstaltern wurde dieses

Unternehmen nie als Alternative zu Ticketcorner respektive Starticket genannt. So verfügt die tickethost AG weder über ein nationales Netz von Vorverkaufsstellen, noch über sonstige nennenswerte eigene Marktaktivitäten. Als die umsatzmässig wichtigsten fünf Kunden wurden der Swiss Unihockey Verband, das Stadttheater Langenthal, die Vaduz Classics, Turnei und das Château Melon d'Eau genannt. Daneben gibt es noch Tipo.ch, welches einen Fokus auf den Kanton Bern hat und vorwiegend dort über ein kleines Netz von Vorverkaufsstellen (hauptsächlich der BLS) verfügt. Auch richtet sich Tipo.ch laut eigenen Angaben in erster Linie an Veranstalter, welche bisher keinen eigentlichen Vorverkauf vornehmen. Zusätzlich wird von den Parteien auch die Swiss Classics GmbH genannt, welche unter kulturticket.ch im Bereich klassische Musik tätig ist und über eine Reihe von Vorverkaufsstellen insbesondere in den Kantonen Bern und Basel tätig sind. Die ebenfalls von den Parteien vorgebrachte residentadvisor.net ist hauptsächlich ein internationales Online-Magazin für elektronischer Musik und bietet einen Event-Kalender für Veranstaltungen in diesem Bereich an. Bei einer klaren Minderheit der in diesem Event-Kalender aufgeführten Veranstaltungen können auch Tickets bestellt werden.⁷⁹ Die Eventbooster AG betreibt wiederum einen Online-Veranstaltungskalender und bietet keine umfassenden Fremdvertriebsdienstleistungen an. Während auf deren Homepage auch ein Verweis auf die Möglichkeit, vergünstigte Veranstaltungstickets zu erwerben verwiesen wird, sind zumindest derzeit keine entsprechenden Angebote tatsächlich ersichtlich.⁸⁰

345. Auch die Entwicklung von Ticketino – gegründet im Jahr 2008 – zeigt, dass es unter Umständen schwierig und langwierig sein kann, sich als Anbieter ohne die Rückendeckung eines grossen Medienhauses zu etablieren. Dass sich Swisscom allein aufgrund der – bereits im Rahmen der vorläufigen Beurteilung erwähnten – Angebots gegenüber Veranstaltern, Tickets für Events auf der Domain www.reservix.ch anzubieten, kurz- oder mittelfristig zu einer tauglichen Alternative zu Ticketcorner respektive Starticket entwickeln wird, ist basierend auf den vorliegenden Informationen zu bezweifeln. So bietet Swisscom gegenüber Veranstaltern bislang schwerpunktmässig Eigenvertriebslösungen an, was allerdings laut eigenen Aussagen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei. Konkrete Schritte zu einem weitergehenden Ausbau von Aktivitäten in Richtung einer vollwertigen Alternative zu Ticketcorner respektive Starticket zu werden sind jedenfalls nicht ersichtlich.

346. Generell ist der Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen auch geprägt von Firmenübernahmen und Firmenschliessungen. So hat im Jahr 2011 das Genfer Ticketing-Unternehmen Resaplus den Betrieb nach beinahe 10 Jahren eingestellt.⁸¹ Bezeichnenderweise hat CTS EVENTIM trotz deren starker Stellung in Deutschland und anderen europäischen Ländern *keinen eigenen*

⁷⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz 101.

⁷⁹ Vgl. www.residentadvisor.net/events.aspx?ai=60&v=month&mn=4&yr=2017&dy=6 (06.04.2017).

⁸⁰ Vgl. hierzu events.ch/de/Ticket-Deals/ (06.04.2017).

⁸¹ Vgl. hierzu www.rts.ch/info/suisse/2868003-la-billetterie-resaplus-doit-jeter-l-eponge.html (06.03.2017).

Markteintritt mit einer bestehenden Marke in die Schweiz vorgenommen. So hatte CTS EVENTIM – noch vor deren Einstieg bei Ticketcorner im Jahr 2010 – bereits im Juli 2006 100 % der Aktien an der TicTec AG, einem laut Angaben von CTS EVENTIM damals führenden Schweizer Ticketvermarkter, mit Sitz in Basel übernommen.⁸²

B.4.2.4.1.3 Möglicher Markteintritt durch Ticketmaster

347. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat das Sekretariat Ticketmaster zum Stand allfälliger entsprechender Bemühungen schriftlich befragt. Zu einem möglichen Markteintritt im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in der Schweiz äusserst sich Ticketmaster dahingehend, dass Ticketmaster verschiedene Optionen zum Eintritt geprüft hat – und dies auch weiterhin tun wird – aber ein Eintritt sei derzeit ungewiss. [...]

348. Die Parteien haben bezüglich eines möglichen Markteintrittes von Ticketmaster Marktgerüchte vorgebracht, wonach gemäss gut informierten Quellen eine Übernahme von Tixtec (und somit vermutlich auch der tickethost AG) bereits erfolgt sei oder unmittelbar bevorstehe. Es ist festzuhalten, dass selbst eine unmittelbar erfolgende Übernahme von Tixtec durch Ticketmaster keine wesentlichen Auswirkungen auf die nachfolgenden Überlegungen haben würde. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Tixtec (respektive die tickehost AG) derzeit – und obwohl Tixtec vom ehemaligen CEO von Ticketcorner George Egloff geführt wird – über keine wesentliche Grösse auf den vorliegend betrachteten Märkten hat. Darüber hinaus verfügt Tixtec über keine wesentlichen eigenen Assets, wie einen starken Brand, welche Ticketmaster eine rasche Etablierung als – aus Sicht von Veranstaltern – valable Alternative zu umfassenden Fremdvertriebsdienstleistungen von Ticketcorner respektive Starticket ermöglichen könnte. So verfügt Tixtec über kein nationales Netz an physischen Vorverkaufsstellen, über keinen etablierten Brand im Bereich Fremdvertriebsdienstleistungen und auch über keine nennenswerten Angebote oder Partnerschaften hinsichtlich Promotions- und Mediendienstleistungen.

349. Vor diesem Hintergrund erscheint es unwahrscheinlich, dass von einem kurz- oder mittelfristig nicht unrealistischen Markteintritt von Ticketmaster eine wesentliche disziplinierende Wirkung auf Ticketcorner respektive Starticket ausgeht. Zudem ist festzuhalten, dass selbst bei einem Markteintritt die Einbindung von Ticketmaster in den Live Nation-Konzern als Veranstalter nicht zwingend zu einer starken Position von Ticketmaster in der Schweiz führen würde: So entsprechen die [...] pro Jahr in der Schweiz von Live Nation verkauften Tickets lediglich ungefähr [...] % der über Ticketcorner und Starticket gemeinsam verkauften Tickets.⁸³ Sodann führt Ticketmaster aus, dass bei einem Markteintritt normalerweise zu erwarten ist, dass ein *Anteil* der Tickets der von Live Nation veranstalteten Events über Ticketmaster verkauft wird. Die Exklusivitätsvereinbarungen von Ticketcorner respektive Starticket mit Locations, wie insbesondere dem Hallenstadion, würde diesbezüglich wahrscheinlich auch zu Einschränkungen führen. Schliesslich wurde seitens Veranstaltern vorgebracht, dass Ticketmaster im Ausland eher hohe Gebühren verlangt, womit fraglich wäre, inwiefern ein möglicher

Markteintritt von Ticketmaster sich disziplinierend auf Ticketcorner respektive Starticket auswirken würde.

350. Selbst wenn Ticketmaster zukünftig in der Lage sein sollte, einen wesentlichen Anteil des Vorverkaufs für bei Live Nation unter Vertrag stehende Superstars abzuwickeln, würde dies noch nicht bedeuten, dass Ticketmaster für den durchschnittlichen Veranstalter in Schweiz – welche typischerweise gerade nicht über ein umfassendes Portfolio an Superstars verfügen – ebenfalls eine gangbare Alternative zu den Parteien darstellen würde.

351. Zudem hat Ticketmaster bisher, abgesehen von den administrativen Schritten der Eintragung der Firma in der Schweiz und der Übernahme der Internet-Domain www.ticketmaster.ch von der Tamedia Gruppe, keine erkennbaren operativen Tätigkeiten in der Schweiz hinsichtlich eines möglichen Markteintritts. So verweist der Handelsregistereintrag der Ticketmaster Switzerland GmbH lediglich eine Korrespondenzadresse einer Treuhandgesellschaft in Zürich auf. Bei einem Zugriff auf www.ticketmaster.ch⁸⁴ erfolgt derzeit eine automatische Weiterleitung auf die Homepage von Ticketmaster Deutschland, d.h. www.ticketmaster.de. Ticketmaster fehlt zudem die Anbindung an ein Medienhaus.

352. Auch seitens Veranstaltern wird zwar darauf hingewiesen, dass die Einbindung von Ticketmaster in den Live Nation-Konzern ein Vorteil darstelle und der Zusammenschluss von Ticketcorner und Starticket vor diesem Hintergrund zu verstehen sei. So äussert der FC St. Gallen dahingehend, dass Ticketmaster quasi über Nacht den offiziellen Markteintritt tätigen und mit exklusiven Konzert-Ticketangeboten das herrschende Ticketinggefüge in der Schweiz durcheinanderbringen könne. Jedoch wird durch Veranstalter auch auf verschiedene Hindernisse im Falle eines möglichen Markteintritts durch Ticketmaster in der Schweiz hingewiesen. So habe Ticketmaster für Grossveranstaltungen wenig Eintrittschancen, da diese Partnerschaften bereits auf viele Jahre vergeben wurden. Gewisse Veranstalter äusseren sich zumindest dahingehend, dass sie im Falle eines Markteintritts von Ticketmaster eine Zusammenarbeit prüfen würden oder, dass ein möglicher Markteintritt von Ticketmaster den Markt beleben würde. Andere rechnen jedoch selbst bei einem Markteintritt damit, dass es einige Zeit in Anspruch nehmen würde, bis Ticketmaster gegenüber Veranstaltern eine vergleichbare Dienstleistung wie Ticketcorner und Starticket anbieten kann. So geht die Freilichtspiele Zermatt GmbH davon aus, dass ein Markteintritt von Ticketmaster aktuell noch nicht fassbar sei und es sicher noch das eine oder andere Jahr Aufbauarbeit brauche, bis sich Ticketmaster im Fremdvertriebsbereich auf eine Stufe mit Starticket oder Ticketcorner stellen könne. Die Basel Tattoo Productions GmbH erwartet, dass der Markteintritt von Ticketmaster kaum einen grossen Impact auf die Wettbewerbssituation haben wird.

⁸² Vgl. hierzu <www.eventim.de/obj/media/DE-eventim/relations/newsletter/2006/Newsletter_Nr9Deutsch.pdf> (06.03.2017).

⁸³ Die Parteien gehen diesbezüglich davon aus, dass diese Zahl noch steigen wird, zumal Live Nation erst seit Kurzem als Veranstalter in der Schweiz auftritt und Auftritte von Live Nation Künstler bisher meist noch über andere Veranstalter abgewickelt wurden.

⁸⁴ <www.ticketmaster.ch> (05.04.2017).

353. Von einer Reihe von Veranstaltern wird ein möglicher Markteintritt von Ticketmaster teilweise sogar eher kritisch betrachtet. So äussert sich die abc Production folgendermassen: „Ticketmaster ist weltweit Ticketanbieter Nr. 1 und wäre im Falle eines Eintrittes in die Schweiz nicht Ideal. LiveNation als weltweiter Tourveranstalter und Ticketmaster als weltweiter Ticketanbieter bedeuten für uns eine Gefahr in Bezug auf Gebühren, Zugaben etc. Sie verzerren den Markt komplett. Ein Eintritt von Ticketmaster in die Schweiz wäre nicht ungefährlich, da Ticketmaster und LiveNation zur gleichen Familie gehören. LiveNation als weltweiter exklusiver Vermarkter hätte freie Hand in Bezug auf Vorverkaufsgebühren etc.“ Die AllBlues Konzert AG äussert sich auf vergleichbare Weise: Der Eintritt von Ticketmaster würde den Markt sicher beunruhigen, was ich als Veranstalter gar nicht schätzen würde: Die Konkurrenz-Situation zwischen uns Veranstaltern würde durch die Konkurrenz-Situation unter den Ticketanbietern zusätzlich verschärft. Die Kaserne Basel sehen bei einem Markteintritt von Ticketmaster Verbesserungen für Partner im Bereich Marketing aber gleichzeitig auch eine Erhöhung des Drucks auf kleinere Veranstalter, da die Gebühren steigen können. Dies würde wiederum die Konkurrenz attraktiver machen. Auch das KIFF Aarau erwartet bei einem Markteintritt nicht, dass Ticketmaster als Preisbrecher in den CH-Markt eintreten würde. Für die Mummenschanz Stiftung komme Ticketmaster – vor dem Hintergrund von Aktivitäten des Unternehmens im Sekundärmarkt – unter keinen Umständen als Partner in Frage. Die Das Zelt AG äussert die Ansicht, dass Ticketmaster im Bereich von Grosskonzerten zwar eine Rolle spielen möge, für Das Zelt aber keine Option sei, zumal der Markteintritt im Bereich des Angebots von Das Zelt bis heute nicht stattgefunden hätte. So habe Ticketmaster in der Schweiz weder ein physisches Vorverkaufsnetz noch bestehe eine Kooperation mit einem nationalen Medienhaus. Die Live Music Production SA äussert die Einschätzung, dass Ticketmaster sicherlich mit den eigenen äusserst bekannten Künstlern in den Markt eintreten könne, hingegen wären Künstler, welche bei Konkurrenten von Live Nation unter Vertrag seien, gegenüber einem Verkauf von Tickets über ein zu Live Music gehörigen Fremdvertriebsdienstleister wohl nicht sehr enthusiastisch.

354. Die act entertainment AG äussert sich bezüglich möglicher Markteintritte generell dahingehend, dass Ticketcorner im Fremdvertrieb führend und in der Schweiz dementsprechend stark etabliert sei. Gegen eine so starke Marke anzukämpfen würde für einen neuen Player schwierig sein, weshalb sie einen Markteintritt nicht sehen würden. Hinzu komme, dass momentan kein relevanter Markt vorhanden sei. Auch die Big Plus Sports and Entertainment AG bezweifelt, dass ein Grosser wie Ticketmaster – auch wenn bereits eine Geschäftsstelle eröffnet worden sei – in einem kleinen gesättigten Markt mit grosser Ernsthaftigkeit eintreten werde. So sei u.a. auch wegen der engen Kooperation von Veranstaltungsstätten und Ticketplattformen mit langfristig abgesicherten Verträgen der Marktzutritt erschwert. Grosse internationale Unternehmen wie Ticketmaster würden die Situation nach einem Zusammenschluss nicht wirklich verbessern. Das Zürcher Theaterspektakel bringt vor, dass Starticket eine sehr attraktive Werbe-

plattform biete, einen guten Service der über weite Distanzen die Bedürfnisse der Festivals abdeckt und pflegt einen direkten persönlichen Kontakt. Ticketmaster könne dies nicht bieten, da die Entwicklerinnen im Ausland sitzen und der Hauptgeschäftssitz nicht in der Schweiz ist.

355. Das von den Parteien in Auftrag gegebene „Gutachten zur Marktentwicklung auf dem Schweizer Ticketing-Markt“ der [...] erwähnt, dass mit einem Markteintritt von Ticketmaster noch im Jahr 2017 zu rechnen sei. Als Tatsachen erwähnt das Gutachten, dass seit kurzer Zeit eine Tochtergesellschaft von Live Nation in der Schweiz als Veranstalterin aktiv sei und das Ticketmaster eine weitere Gesellschaft gegründet habe, welche die Internet-Domain ticketmaster.ch erworben habe und bereits aktiv Personal für den Aufbau seiner Geschäftstätigkeit anspreche. Während dem die Gründung der Ticketmaster Switzerland GmbH und die Internet-Domain den Wettbewerbsbehörden überprüfbar und bekannt sind, ist das behauptete aktive Personal für den Geschäftsaufbau in der Schweiz nicht verifizierbar. Im Übrigen wird auch während der Anhörung nicht substantiiert, weshalb Ticketmaster spätestens im Herbst 2017 in den Schweizer Markt eintreten wird.

356. In Deutschland ist Ticketmaster Deutschland seit geraumer Zeit aktiv: Bereits 2005 war Ticketmaster Deutschland – als Gemeinschaftsunternehmen von Ticketmaster und der DEAG Deutsche Entertainment AG – durch die Übernahme der Kartenhaus GmbH im deutschen Markt tätig⁸⁵. Ticketmaster Deutschland führte im Jahr 2011 die Ticketplattform in Deutschland und im Jahr 2013 in Österreich ein.⁸⁶ Der umsatzbasierte Marktanteil von Ticketmaster beträgt im Ticketing in Deutschland weniger als 5%.⁸⁷ Gemäss einem aktuellen Fusionskontrollverfahrens-Beschluss des Bundeskartellamts geht hervor, dass Ticketmaster in Bezug auf die Marktstellung über praktisch keinen exklusiven Content verfügt: „Das System Ticketmaster hat bislang eine zu unbedeutende Rolle gespielt, als dass diese mögliche Verlagerung [von bisher CTS-konzerninternen Veranstaltungen zur deutschen Live Nation Tochter] eine Änderung bringen könnte. [...]“ Auch in Österreich, wo Ticketmaster seit 2013 aktiv ist, konnten schlussendlich nur marginale Marktanteile errungen werden. So ist laut dem „International Ticketing Yearbook 2016“⁸⁸ CTS EVENTIM mit einem geschätzten Marktanteil von 60–70% der Marktführer, gefolgt von Wien Tickets mit 20%. Eine Reihe weiterer Marktteilnehmer, darunter Ticketmaster, würden sich den Rest teilen. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich hieran im Prognosezeitraum etwas ändern wird.⁸⁹

⁸⁵ Vgl. <www.deag.de/de/navi-bottom/investors/investor-relations/ad-hoc-meldungencorporate-news/news-einzelansicht/view/ticketmaster-deutschland-schafft-durch-uebernahme-der-kartenhaus-gmbh-erfolg-reichen-markteintritt.html?type=123&PHPSESSID=0fb34fcf68755ccb4a50dd9f017a763d> (09.05.2017).

⁸⁶ Vgl. <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130624_OTS0154/ticketmaster-startet-ticket-plattform-in-oesterreich> (09.05.2017).

⁸⁷ Vgl. Fn. 53, Rz 165.

⁸⁸ Vgl. <www.iq-mag.net/2016/09/international-ticketing-yearbook-2016-read-it-now/> (13.03.2017).

⁸⁹ Vgl. Fn. 53, Rz 168.

357. So ist derzeit nicht davon auszugehen, dass von einem möglichen Markteintritt von Ticketmaster – kurz und mittelfristig – ein wesentlicher disziplinierender Einfluss auf Ticketcorner respektive Starticket ausgeht oder sich als vollwertige Alternative zu diesen Anbietern etablieren kann.

B.4.2.4.1.4 Möglicher Markteintritt von Unternehmen im Technologiebereich

358. Bezüglich eines aus heutiger Sicht rein hypothetischen Markteintritts von Facebook, Google, Amazon, Spotify und weiteren Unternehmen im Technologiebereich⁹⁰ in den Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen der Schweiz ist festzuhalten, dass diese kaum in der Lage wären, gleichwertige Dienstleistungen wie etablierte Fremdvertriebsdienstleister bezüglich physischer Verkaufsstellen, Promotion in nationalen Medien, individuellen Support von Veranstaltern etc. anzubieten. Auch bestehen teilweise lokale regulatorische Vorschriften, wie Billettsteuern (in Lausanne oder Luzern), deren Umsetzung mit entsprechenden Schwierigkeiten verbunden ist. Wie zuvor aufgezeigt wurde, hat neben dem physischen Vertrieb über Vorverkaufsstellen, auch der Postversand von physischen Tickets nach wie vor eine grosse Bedeutung.

359. Technologieunternehmen wie Google und Facebook und Spotify zeichnen sich gerade dadurch aus, dass diese typischerweise keine physischen Vertriebsleistungen erbringen. Darüber hinaus sind Spotify, wie auch Facebook⁹¹, derzeit in der Schweiz keine eigenen Ticketvertrieb an, sondern verweisen mögliche Käufer lediglich an bestehende Vertriebskanäle inkl. Ticketcorner. Amazon betreibt zwar einen Versand von Produkten in die Schweiz, jedoch hat Amazon derzeit keine eigentliche Präsenz in der Schweiz. Vielmehr wird beispielsweise die Deutschschweiz von Deutschland aus über Amazon.de bedient.

360. Auch die Parteigutachten beschreiben technologische Entwicklungen, insbesondere neue Möglichkeiten der Kommunikation zu Ticketkäufern und Ticketkäuferinnen. Hierbei bringt das Parteigutachten von [...] vor, die etablierten Strukturen würden unter Druck gesetzt werden. Das Parteigutachten von [...] gibt an, dass bei Kooperationen oder einem Markteintritt schnell Marktanteile gewonnen werden könnten und die Marktstruktur disruptiv verändert werden könnte.

361. Beide Parteigutachten lassen dabei die Rolle und Bedeutung von CTS Eventim aus. CTS Eventim ist nach eigenen Angaben das dominierende Unternehmen im Segment Ticketing zw. europäischer Marktführer im Bereich Ticketing.⁹² Sollten Facebook oder Spotify in einen Markt eintreten, dürften sie wohl eine Kooperation mit den jeweils dominanten Unternehmen eingehen. Eine ausschliessliche Kooperation mit Nischenanbieter im Bereich Ticketing würde dazu führen, dass weniger Tickets verkauft würden. In Deutschland dürfte eine entsprechende Kooperation mit der CTS Eventim erfolgen, in der Schweiz nach einer Fusion Ticketcorner und Starticket. Dies zeigt sich auch im Geschäftsbericht der CTS Eventim, dass umfangreiche Aktivitäten im Web-Verkauf fortlaufend und zielgerichtet anhand der Bedürfnisse eines „vernetzten Verbrauchers“ entwickelt und bereitgestellt würden, beispielsweise durch zusätzliche Aktivi-

täten im Bereich Social Media, insbesondere Facebook und Twitter.⁹³ Aufgrund der Auslassung der Bedeutung von CTS Eventim und entsprechenden Kooperationen in den Parteigutachten entsteht ein verzerrtes Bild. Dadurch kann für die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung nicht auf die Parteigutachten abgestützt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei allfälligen Eintritt von Facebook oder Spotify als Partner im Bereich Ticketing die Kooperationen mit Schweizer Unternehmen gesucht werden. In der Schweiz dürften Ticketcorner und Starticket aufgrund ihrer bestehenden Position Kooperationspartner sein. Damit erscheint es unwahrscheinlich, dass die Marktposition von Ticketcorner oder Starticket geschwächt wird. Viel eher dürften sich die Marktposition von Fremdvertriebsanbietern verschlechtern, die keine entsprechende Investitionskraft in ihre Software aufweisen wie Ticketcorner, welche dabei auf die Entwicklungen in der CTS Eventim Gruppe zurückgreifen kann.

362. Im Übrigen geht das Parteigutachten von [...] von einem Markteintritt von den Online-Plattformen SeatGeek und Eventbrite in den nächsten 12-18 Monaten aus. Die Prognose begründet das Parteigutachten bei Eventbrite mit der Akquisition von Ticketscript und dass „laut gut informierter Kreise“ die Expansion in die Schweiz vorbereitet werde. Bei SeatGeek begründet das Parteigutachten den Markteintritt damit, dass SeatGeek am 18. April 2017 die Akquisition von TopTix bekannt gegeben habe und die TopTix durch TixTec als Lizenzpartner in der Schweiz aktiv ist. Die Prognose eines Markteintritts innert 12–18 Monate in der Schweiz aufgrund von Akquisitionen ausländischer Unternehmen durch ausländische Unternehmen bzw. aufgrund von Hörensagen von „gut informierten Kreisen“ ist spekulativ. Es sind keine konkreten Pläne für einen Markteintritt der genannten Plattformen in der Schweiz ersichtlich. Somit können dem Parteigutachten nicht hinreichend Anhaltspunkte entnommen werden, dass ein Markteintritt in die Schweiz innerhalb der nächsten zwei Jahre erfolgt. Zudem bieten die beiden Unternehmen Leistungen an, die allenfalls im Bereich Eigenvertrieb zu liegen kommen. Eine Tätigkeit als Anbieterin von Fremdvertriebsleistungen ist nicht ersichtlich.

363. Selbst wenn Technologieunternehmen gegenüber Veranstaltern in der Schweiz zukünftig tatsächlich eigentliche Ticketvertriebsdienstleistungen erbringen würden, wäre es fraglich, inwiefern diese innerhalb des vorliegend betrachteten Prognosezeitraums vom 2–3 Jahren zu einer annähernd gleichwertigen Alternative zu den umfassenden Fremdvertriebsdienstleistungen von Ticketcorner respektive Starticket entwickeln würden. Zudem hat insbesondere Ticketcorner – insbesondere

⁹⁰ Neben den Parteien spricht geht auch der Schweizerische Fussballverband davon aus, dass aufgrund der digitalen Revolution das Kerngeschäft Ticketverkauf in immer kompetitiven Märkten stattfinden würde.

⁹¹ Die Parteien verweisen bezüglich Facebook jedoch auf entsprechende Bemühungen seitens Facebook in den USA.

⁹² CTS Eventim, Geschäftsbericht 2016, 23.

⁹³ CTS Eventim, Geschäftsbericht 2016, 23.

aufgrund von dessen Anbindung an CTS EVENTIM – durchaus die Möglichkeit mit technologischen Entwicklungen Schritt zu halten, so durch die Entwicklung von mobilen Apps oder Promotion über soziale Medien.

B.4.2.4.1.5 Zusammenfassung

364. Zusammenfassend ist basierend auf den vorliegenden Informationen nicht davon auszugehen, dass potenzieller Wettbewerb sich derzeit disziplinierend auf das Verhalten von Ticketcorner (wie auch Starticket) auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen auswirkt. Angesichts der hohen – insbesondere strukturellen und strategischen – Markteintrittsschranken ist auch innerhalb eines Zeitraums von 2 bis 3 Jahren nicht davon auszugehen, dass Markteintritte in einem Ausmass erfolgen können, welches einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen sicherstellen würde. Nachfolgend ist dementsprechend zu prüfen, ob von der Marktgegenseite eine disziplinierende Wirkung auf Ticketcorner respektive ausgeht.

B.4.3.1.6. Stellung der Marktgegenseite

365. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

366. Die Parteien weisen in der Stellungnahme der Beschlussbegründung darauf hin, dass die Veranstalter aufgrund deren Kontrolle über den „Content“ gegenüber Ticketing-Unternehmen über eine wesentliche Verhandlungsmacht verfügen würden. Hingegen sei das Ticketing aus Sicht von Veranstaltern lediglich ein kleiner Puzzlestein, für welchen zudem eine Vielzahl von technischen Lösungen bereitstehen würde.

367. Basierend auf den vorliegenden Informationen erscheint es unwahrscheinlich, dass von Veranstaltern über eine ausreichende Verhandlungsmacht gegenüber insbesondere Ticketcorner verfügen. Gerade beim Hallenstadion Zürich und [...] haben Veranstalter gar keine andere Wahl, als den Fremdvertrieb zu einem grossen Teil über Ticketcorner abzuwickeln. Auch die Tatsache, dass Veranstalter teilweise über langjährige Exklusivverträge gebunden sind respektive solche überhaupt abschliessen, spricht gegen eine ausreichende Verhandlungsmacht seitens Veranstalter ausgehend von deren „Content“. Schliesslich ist wiederum darauf hinzuweisen, [...].

368. Die Parteien bringen zudem vor, dass auch von der Nutzung von Eigenvertriebslösungen – selbst bei einer durch die Parteien bestrittene Annahme separater Märkte – ein erheblicher Druck auf den Markt für Eigenvertriebslösungen ausgehe. Hierzu ist festzuhalten, dass Veranstalter mit einem sehr hohen Anteil an über Eigenvertriebslösungen verkauften Tickets im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen nicht systematisch bessere Konditionen aushandeln können. So lag im Falle von Ticketcorner im Jahr 2016 die durch Veranstalter bezahlte Kommission für die Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen (i.e. der Anteil des Kommissionsumsatzes am Face Value Umsatz) bei [...] %. Bei einer Betrachtung der entsprechenden Werte bei [...] Kunden

von Ticketcorner im Markt für Eigenvertriebslösungen fällt auf, dass lediglich [...] von diesen einen unterdurchschnittlichen Kommissionssatz bezahlen, namentlich [...].

369. Veranstalter sind zudem teilweise in Verbänden organisiert wie dem SMPA, als Branchenverband der professionellen Schweizer Konzert-, Show- und Festivalveranstalter oder im Verein PETZI, als Schweizer Dachverband der nicht gewinnorientierten Musikclubs. Jedoch scheinen diese Verbände über keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber den Parteien zu verfügen. So erfolgend die Vertragsverhandlungen und die Verhandlung der Konditionen direkt mit Veranstaltern. Zwar organisiert PETZI unter dem Namen Petziticke, eine eigene Ticketplattform zu Gunsten seiner Mitglieder, diese hat allerdings beispielsweise im 2016 lediglich [...] Tickets bei einem Kommissionsumsatz von lediglich [...] CHF umgesetzt. Damit geht auch von den Verbänden keine spürbare disziplinierende Wirkung auf Ticketcorner respektive Starticket aus.

370. Zurichticket.ch wird ebenfalls als denkbarer Konkurrent von Ticketcorner im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen vorgebracht, welcher für Veranstaltungen verschiedener wichtiger Veranstalter als Fremdvertriebsdienstleister auftritt. So sei dies bei den Tourismusorganisationen sicher der Fall und diese müssten ebenfalls berücksichtigt werden.

371. So handelt es sich bei Zurichticket.ch um eine Internet-Domain, unter welcher neben dem Opernhaus Zürich auch weitere Theater und Orchester⁹⁴ über eine [...] ausschliesslich Tickets für eigene Veranstaltungen anbietet. Es handelt sich dabei nicht um eine Marktaktivität des Opernhauses Zürich gegenüber Veranstaltern, sondern lediglich eine Internetdomain, unter welcher deren Eigenvertrieb abgewickelt wird. So ist Zurichticket.ch letztlich nur für Veranstalter geeignet, welche einerseits über eine Eigenvertriebslösung verfügen und dabei auf die Nutzung von weiteren Dienstleistungen – wie den Zugang zu einem Netz an Vorverkaufsstellen und Promotionsleistungen – verzichten. Auch hier liegt offensichtlich kein eigentlicher Konkurrent zu Ticketcorner respektive Starticket vor.

372. Auch in Abwesenheit von Exklusivitäten gibt es Elemente, welche die Möglichkeit von Veranstaltern einschränken, den Fremdvertrieb zumindest situativ über Konkurrenten von Ticketcorner abzuwickeln. So wurden Gründe vorgebracht, weshalb der Einsatz von verschiedenen Fremdvertriebsdienstleistern gleichzeitig an einer spezifischen Veranstaltung auch mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Gerade bei Sitzplatzgenauen Buchungen stellt die manuelle Zuteilung von Kontingenten und die Verhinderung von Doppelbuchungen eine administrative Herausforderung dar. Auch bei der Einlasskontrolle stellt sich das Problem, dass die Einlass-Systeme zur Kontrolle von Print-at-home Tickets untereinander nicht kompatibel sind, was dazu führt,

⁹⁴ Wie insbesondere das Schauspielhaus Zürich, das Bernhard Theater Zürich, die Tonhalle-Gesellschaft etc.

dass beispielsweise separate Eingänge respektive Eingangskontrolle eingerichtet werden müssen. Generell lässt sich eine gewisse Tendenz zu single-homing seitens Veranstaltern ausmachen. So führt auch die Salto Natale Entertainment AG aus, dass eine Erweiterung auf weitere Ticketanbieter – d.h. über derzeit Ticketcorner und Starticket hinaus – für sie zu umständlich sei und zu viele administrative Aufwände mitbringe.

373. Gerade auch Endkunden haben bei Veranstaltungen, bei welchen aufgrund von Exklusivitätsvereinbarungen sämtliche Tickets über Ticketcorner verkauft werden – abgesehen von einem Verzicht auf den Veranstaltungsbesuch – gar keine andere Wahl, als die jeweiligen Gebühren von Ticketcorner zu bezahlen. Zudem enthalten gewisse Verträge von Ticketcorner mit Veranstaltern Klauseln, [...]:

[...]

374. Die Stiftung für Konsumentenschutz führt die eigene Sichtweise an, wonach es Missbräuche seitens marktmächtiger Ticketanbietern im Bereich der Tarifierung bereits in der Vergangenheit gegeben hätte, ohne dass einer der Player einen Marktanteil von 95 Prozent innehatte. Der SKS weist darauf hin, dass erst nach dem Einschreiten des SECO die Praxis eingestellt, dass der Kunde sogar für das Ausdrucken des Tickets zu Hause eine Gebühr zu bezahlen hatte.

375. Schliesslich ist die Tatsache, dass Ticketcorner eine anhaltend hohe Rendite erwirtschaften kann wiederum ein klares Indiz dafür, dass Veranstalter sowie Endkunden über keine wesentliche Verhandlungsmacht verfügen. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass weder seitens der Veranstalter noch seitens der Endkunden ein wesentlicher Druck auf Ticketcorner ausgeht.

B.4.3.1.7. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen

376. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die WEKO, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb berücksichtigt werden.

377. Die festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

378. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass ein reiner Online-Vertrieb in Kombination mit Promotionsmassnahmen über Suchmaschinen und soziale Netzwerke zu einem erheblichen Wettbewerbsdruck führen würden. Hierzu kann auf die Ausführungen zur Marktabgrenzung verwiesen werden.

379. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung zu berücksichtigen ist.

380. Die Zusammenschlussparteien haben schon seit mehreren Jahren einen sehr hohen Marktanteil von – abhängig von der Messgrösse – gemeinsam ca. 80–90 %. Dies unter der Annahme, dass die in vielen Belangen nicht gleichwertigen Konkurrenten Fnac und Ticketino voll berücksichtigt werden. Insgesamt sind zudem die gemeinsamen Marktanteile von Ticketcorner und Starticket als sehr stabil zu betrachten. Auch neue Markteintritte, welche die Marktanteilsverhältnisse kurz- oder mittelfristig grundlegend verändern könnten, sind derzeit nicht absehbar.

381. Starticket ist zudem der einzige derzeitige Konkurrent von Ticketcorner, welcher durch die Einbindung in den Tamedia-Konzern, Veranstaltern Promotionsleistungen von vergleichbarem Umfang wie Ticketcorner anbieten kann. So wird Starticket von einer Vielzahl von Veranstaltern derzeit als die einzige ernstzunehmende Alternative zu Ticketcorner betrachtet. Diese würde durch den Zusammenschluss vom Markt verschwinden.

382. Auch die Einbindung in einen Medienkonzern ist für die Wettbewerbsposition von Fremdvertriebsdienstleistern von wesentlicher Bedeutung. Derzeit haben Veranstalter die Wahl zwischen Starticket und damit den Zugang zu national bedeutsamen Medien der Tamedia Gruppe (wie 20 Minuten, Tages Anzeiger, SonntagsZeitung etc.) und Ticketcorner mit der Ringier Gruppe (mit dem Blick, Blick am Abend etc.) haben. Nach dem geplanten Zusammenschluss verbleibt mit Ticketcorner gemeinsam mit Starticket nur noch ein einziger Fremdvertriebsdienstleister, welcher über einen entsprechenden Zugang zu einem Medienhaus ([...]) verfügt.

383. Bereits derzeit wirken sich weitreichende und langjährige Exklusivitäten mit Veranstaltern, Veranstaltungsstätten und Vertriebspartner – insbesondere seitens Ticketcorner – negativ auf die Wettbewerbsposition von kleineren Konkurrenten, wie Ticketino und Fnac, aus. Der geplante Zusammenschluss würde wahrscheinlich die Verhandlungsposition von Ticketcorner noch weiter verstärken. Zwar unterliegt auch der vorliegend betrachtete Markt dem technologischen Wandel. Es zeichnet sich jedoch nicht ab, dass der Vertrieb über physische Verkaufsstellen, die Bedeutung von physischen Tickets überhaupt sowie die Bedeutung von Promotionsleistungen von bei Fremdvertriebsdienstleistungen vollständig an Bedeutung verlieren. So besteht die Möglichkeit Print-at-home seit vielen Jahren. Auch sind Promotionsmöglichkeiten über Online-Suchmaschinen und soziale Netzwerke bereits seit längerer Zeit möglich. Dennoch konnten sich traditionelle Ticketing-Unternehmen wie Ticketcorner und Starticket mit einem Angebot von verschiedenen Vertriebskanälen und dem Vertrieb von physischen Tickets (sowohl über Online-Bestellungen, als auch bei stationären Verkaufsstellen) behaupten. Für eine grundlegende Änderung dieser Umstände innerhalb des für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Zeitraums von 2–3 Jahren liegen derzeit auch keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Auch die Tatsache, dass Veranstalter sehr langfristige Exklusivverträge insbesondere mit Ticketcorner eingehen, spricht eindeutig gegen die Erwartung einer kurz- oder mittelfristigen Ablösung klassischer Fremdvertriebsdienstleister durch neue, disruptive Player. Es ist somit davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten

Form auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen zu einer Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen beseitigt werden kann.

B.4.3.1.8. Ergebnis für Markt Fremdvertriebsdienstleistungen

384. Es bestehen starke Indizien, dass sich Ticketcorner bereits zum jetzigen Zeitpunkt auf dem nationalen Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann und damit marktbeherrschend ist. So erscheint es aufgrund der vorliegenden Informationen unwahrscheinlich, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb derzeit ausreicht, um Ticketcorner zu disziplinieren. Wird eine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner angenommen, so führt der geplante Zusammenschluss zu einer *Verstärkung* derselben. Selbst wenn derzeit keine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner bestehen würde, würde der Zusammenschluss mit Starticket mit zu auf jeden Fall zu einer *Begründung* einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner gemeinsam mit Starticket führen.

385. Die Prüfung durch die WEKO ergibt darüber hinaus, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen zu einer Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen beseitigt werden kann, zumal insbesondere der einzig valable Konkurrent verschwinden würde.

B.4.3.2 Markt für Eigenvertriebslösungen (B2B-Ticketing)

B.4.3.2.1. Aktueller Wettbewerb

386. Im Bereich des B2B-Ticketing finden sich einige Anbieter von Lösungen für den Eigenvertrieb. Es sind sowohl Ticketcorner als auch Starticket im Bereich des B2B-Ticketing tätig, sowie auch weitere Unternehmen wie SecuTix, Tixtec, und Swisscom.

387. **Ticketcorner** ist neben dem Vertrieb von Tickets auch im B2B-Geschäft tätig. So entwickelt und vertreibt Ticketcorner sog. Ticketingsoftware, die es Veranstaltern ermöglicht, ihre Tickets selber zu vertreiben. Bei den Kunden von Ticketcorner handelt es sich um Veranstalter [...]. Ticketcorner generierte im Bereich des B2B-Geschäftes einen Umsatz von CHF [...] im Jahre 2013 bis CHF [...] Mio. im Jahre 2016.

388. Auch **Starticket** stellt zusätzlich zu ihrem Kerngeschäft, dem Ticketvertrieb, Veranstaltern Ticketingsoftware sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen zur Verfügung. Des Weiteren hat Startickets für die Veranstalter von Festivals ein bargeldloses Zahlungsmittel (cashless) entwickelt. Damit können Besucher von Festivals ein Guthaben z.B. auf ihren Festivalbändel laden und damit Produkte auf dem Festivalgelände bezahlen. Bei den Kunden von Ticketcorner handelt es sich um Veranstalter von grösseren Veranstaltungen. Starticket generierte im Bereich des B2B-Geschäftes

einen Umsatz von CHF [...] Mio. im Jahre 2013 und CHF [...] Mio. im Jahre 2016.

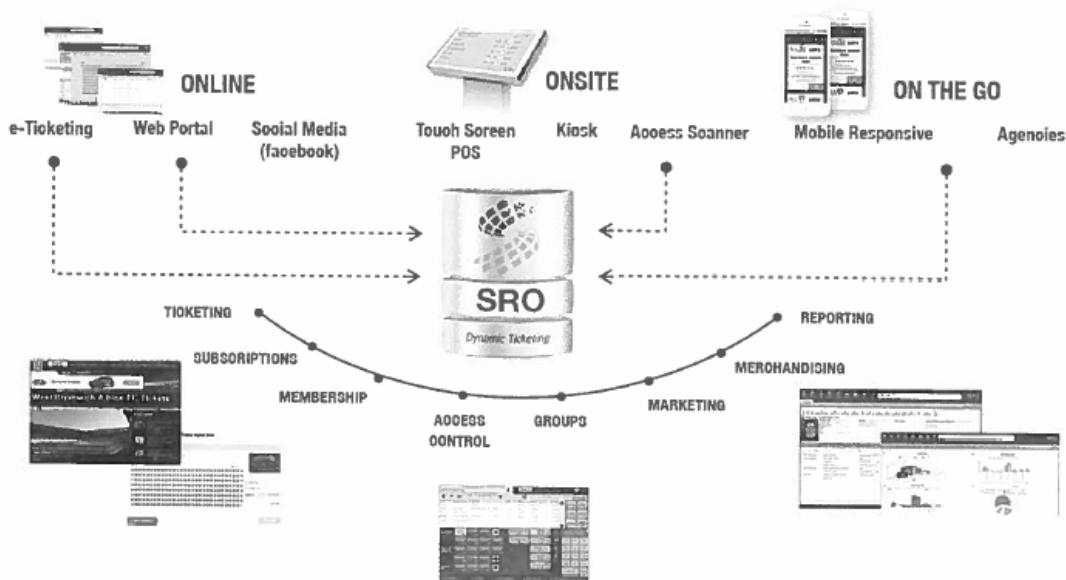
389. **SecuTix**, eine Tochtergesellschaft der ELCA-Gruppe, bietet eine technologische Plattform an, welche als SaaS (Software as a Service) bezeichnet wird. Mittels diesem kann der Veranstalter entweder den Verkauf selbst abwickeln oder durch einen Dritten abwickeln lassen. Die Software wird den Veranstaltern mittels Lizenz zu Verfügung gestellt und die Kosten bemessen sich je nach Anzahl Modelle, benötigter Funktionen sowie Anzahl verkaufter Tickets. SecuTix generierte Umsätze von CHF [...] im Jahre 2014, CHF [...] im Jahre 2015 und CHF [...] im Jahre 2016.

390. **Tixtec** bietet im Bereich des B2B-Ticketing ein reines Software-Lizenzierungsmodell an. Die Tixtec ist 100%-Eigentümerin der Tickethost AG (nachfolgend: Tickethost), die sich als Fremdvertriebsdienstleisterin positioniert. Tixtec generierte, zusammen mit Tickethost, einen Umsatz von CHF [...] im Jahre 2014 bis CHF [...] im Jahre 2016.

391. Durch die Ticketing-Dienstleistungen von **Swisscom** wird es Veranstaltern ermöglicht, über deren eigene Verkaufsstelle, einen Whitelabel-Internetshop und das Vertriebsportal Reservix.ch⁹⁵ den Ticketvertrieb selbst zu steuern. Der Veranstalter wählt dabei das passende Servicemodell (Do-it-yourself, Service-on-demand oder Fullservice) und bezahlt in Abhängigkeit vom Servicemodell System- und / oder Verkaufsgebühren. Des Weiteren bietet Swisscom Guestmanagement, Akkreditierungslösungen, Cashless Payment und Live-Interaction-Apps an. Swisscom ist neu im Markt und bedient nur ausgewählte Veranstalter, welche alle nicht gross sind. Swisscom generierte einen Umsatz von CHF [...] im Jahre 2015 [...] im Jahre 2016.

392. Bei Lösungen für den Eigenvertrieb handelt es sich um komplexe Inhouse-Lösungen, mittels denen die Veranstalter den Ticketvertrieb selber vornehmen können (vgl. als Beispiel die Eigenvertriebslösung SRO von Tixtec).

⁹⁵ Die Parteien schliessen aus der Tatsache, dass die Swisscom Reservix.ch als Vertriebsportal positioniert auf einen eigentlichen Markteintritt der Swisscom in den Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen. Auch hierzu ist wiederum festzuhalten, dass Swisscom Veranstaltern gerade keine umfassende Auslagerung des Ticketvertriebs- respektive der Ticketvermarktung anbietet. So bietet Swisscom derzeit nach wie vor über kein nationales Netz an Ticket-Vorverkaufsstellen an und bietet keine umfassenden Promotionsleistungen an. Eine vollständige Austauschbarkeit mit Fremdvertriebsdienstleistungen ist somit nach wie vor nicht gegeben.



Quelle: <http://toptix.com/platform-overview/>.

393. Ticketcorner räumt den Veranstaltern eine Lizenz zur Mitbenützung des Vertriebssystems ein. Das Vertriebssystem von Ticketcorner umfasst [...].⁹⁶

394. Starticket ist Inhaberin der Rechte und vergibt Lizenzen für die eigene Ticketing-Lösung. Es handelt sich dabei um ein System für die Verwaltung von Veranstaltungen und den Verkauf von Eintrittskarten, resp. die Verbuchung von Anmeldungen für alle Vertriebskanäle (u.a. eigene Verkaufsstellen, Kassen, eigene Hotline, Web. Der Umfang der durch Starticket angebotene Ticketingsoftware beinhaltet Ticketdruck sowie integrierten Kunden-, Interessenten- und Agenturdatenbank. Die Abwicklung der Tages-, Abend- und Vorverkaufskassen werden ermöglicht sowie der Bereich der Zahlungsverfolgung und die notwendigen SEPA-Schnittstellen zu Banksystemen bereitgestellt. Ein Statistik-, Auswertungs- und Veranstaltungsabrechnungssystem ermöglicht den Veranstalter die aktuellen Daten zu beziehen. Das Produkt ermöglicht die Abonnementverwaltung, Mitglieder-/Vereinsverwaltung, Saalbilddesigner, Bankomatkassen- und Kreditkartenschnittstellen, Marketingmodul, Warenwirtschaft/Artikelverkauf, Paketverkauf und Querverkaufsabwicklung.⁹⁷ Dieses umfassende Lösungssystem wird den Veranstaltern mittels Lizenz zur Verfügung gestellt. Der Veranstalter bezahlt für die Benutzung des Ticketing-Systems Gebühren.⁹⁸

395. SecuTix stellt ihre Eigenvertriebslösung folgendermassen dar: «Secutix fournit une solution logicielle dans le Cloud sous forme d'abonnement (ou licence d'usage) aux organisateurs d'évènements ou gestionnaires de clubs sportifs. La variabilité du coût d'utilisation de SecuTix vient du nombre de modules et fonctionnalités que souhaitent utiliser les organisateurs et du nombre de billets vendus sur les canaux digitaux (Internet, Mobile et autres). En ce sens, SecuTix 360 est une solution technologique mise à disposition de nos clients afin de leur

permettre de gérer de manière autonome et libre à la fois la commercialisation, les produits et la base clientèle associées via des solutions CRM avancées. Avec SecuTix, les organisateurs sont libres d'appliquer ou non des frais supplémentaires de dossier ou non à leur public. Ceci dépend entièrement de leur stratégie de pricing. Sous réserve que les sociétés de distribution le permettent, SecuTix peut se connecter au réseau de distribution et ainsi permettre à l'organisateur d'évènement de bénéficier du réseau, ce qui n'est pas le cas en Suisse. Il n'existe pas de différence de pricing entre les organisateurs de différents types d'évènements pour SecuTix 360».

396. Tixtec bietet [...]. Das Inhouse-Ticketingsystem, genannt SRO, umfasst den Abverkauf an der Tageskasse sowie die Vertriebssteuerung aller Absatzkanäle. Das Ticketingsystem wickelt den Internetverkauf von Tickets, Merchandising und Mitgliedschaften in einem Warenkorb ab und bietet, basierend auf den Kundendaten, eine gezielte Kundenansprache. Das Produkt ermöglicht die Zahlung mit allen bekannten Zahlungsmöglichkeiten und die sitzplatzgenaue Buchung. Als Ticketmedium stehen Print@home, MMS, SMS oder Papiertickets, welche mit dem Layout des Veranstalters angeboten werden, zur Verfügung. Das Ticketingsystem ermöglicht daneben die Gestaltung von Reports und Auswertungen. Sämtliche in der Datenbank erfassten Informationen werden über einen Report-Generator ausgewertet, aufbereitet und dargestellt.⁹⁹ [...]

⁹⁶ [...].

⁹⁷ <jetticketsoftware.com/Produkt/jetticket.aspx.>

⁹⁸ Vgl. u.a. Systemvertrag ShoWare zwischen [...].

⁹⁹ <www.tixtec.com/de/>.

397. Durch die Ticketing-Dienstleistungen von **Swisscom** wird es Veranstaltern ermöglicht, über deren eigene Verkaufsstelle, einen Whitelabel-Internetshop und das Vertriebsportal Reservix.ch den Ticketvertrieb selbst zu steuern. Die Veranstalter haben in Echtzeit Zugriff auf die Kunden- und Verkaufsdaten. Des Weiteren bietet Swisscom Guestmanagement, Akkreditierungslösungen, Cashless Payment und Live-Interaction-Apps an. Der Veranstalter kann dabei das passende Servicemodell (Do-it-yourself, Service-on-demand oder Fullservice) wählen und bezahlt in Abhängigkeit vom Servicemodell System- und / oder Verkaufsgebühren. Die Systemgebühren variieren für Veranstalter, in Abhängigkeit vom Ticketvolumen und dem gewählten Servicemodell, zwischen [...]. Die Vorverkaufsgebühren variieren für den Endkunden, in Abhängigkeit vom gewählten Vertriebskanal, von [...] des Nettoticketpreises.

398. Die Eigenvertriebslösungen müssen für den Verkauf von hoher Anzahl von Tickets sowie der Vornahme des Ticketings bei komplexen Veranstaltungen – verschiedene aufeinander folgende Veranstaltungen, verschiedenen Preiskonditionen, Abonnements und diverse Gönnerorganisationen mit diversen Kontingenten – hohe Standards erfüllen. Von Seite der Veranstalter wird betont, dass sie auf die professionelle Unterstützung im Bereich des B2B-Ticketing und eine funktionierende Software angewiesen sind.

399. Die Veranstalter betonen die Unterschiede der verschiedenen Anbieter von Eigenvertriebslösungen hinsichtlich Funktionalität und die Vorherrschaft von Ticketcorner und Starticket. So äussern sich Veranstalter dahingehend, für eine Veranstaltung komplexe technische Ticketinglösung benötigt wird, welche die Verknüpfung mehrerer Produkte gewährleistet. Andere Anbieter von

Eigenvertriebslösungen werden als nicht genügend erachtet bzw. die Zusammenarbeit nicht in Erwägung gezogen.

400. Nach Aussage von SMPA arbeiten die Veranstalter von grossen Events vorwiegend mit Ticketcorner und Starticket sowie in der Westschweiz mit Fnac als Ergänzung, zusammen. Auch wenn die Softwares der anderen Anbieter in der Regel auch für grössere Veranstaltung leistungsfähig sind, erfüllen alleine genannte Unternehmen den Anspruch auf Professionalität der grossen Veranstaltungen.

401. Auch in Hinblick auf die Kunden der Anbieter Eigenvertriebslösungen wird die herausragende Bedeutung von Ticketcorner und Starticket in diesem Markt deutlich. Im Folgenden werden die fünf grössten Kunden (d.h. Veranstalter) im Jahr 2016 des jeweiligen Anbieters im Markt für Eigenvertriebslösungen aufgezeigt:

- **Ticketcorner:** [...]
- **Starticket:** [...]
- **SecuTix:** [...]
- **Tixtec:** [...]
- **Swisscom:** [...]

402. Es wird deutlich, dass Ticketcorner und Starticket national bedeutende und bekannte Veranstaltungen bedienen. [...]

403. Obwohl SecuTix und Swisscom grundsätzlich die gleiche Kapazität wie Ticketcorner und Starticket betreffend Ausgestaltung der Lösungen für den Eigenvertrieb besitzen, dominieren Ticketcorner und Starticket im Bereich der grossen Veranstaltungen.

	2014		2015		2016	
	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil	Umsatz	Marktanteil
Ticketcorner	[...] Mio.	[40-50] %	[...] Mio.	[40-50] %	[...] Mio.	[40-50] %
Starticket	[...] Mio.	[20-30] %	[...] Mio.	[10-20] %	[...] Mio.	[10-20] %
SecuTix*	[...]	[30-40] %	[...]	[20-30] %	[...]	[20-30] %
Tixtec**	[...]	[0-5] %	[...]	[5-10] %	[...]	[5-10] %
Swisscom	-	-	[...]	[0-5] %	[...]	[0-5] %

Tabelle 5: Umsatz in CHF und Marktanteile Eigenvertriebslösungen gemäss Kommissionsumsatz

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien und Erhebungen des Sekretariats bei Konkurrenten. *Umsätze von Tixtec umfassen auch Tätigkeiten der im B2C-Bereich positionierten tickethost AG. **Die Umsätze von SecuTix im Antrag vom 7. Februar 2017 beinhalteten den gesamten „Trade Turnover“ und waren deshalb höher. In der oben aufgeführten Tabelle 5 ist der Umsatz nun auf den B2B-Bereich eingegrenzt und deshalb tiefer.

404. Es ist davon auszugehen, dass Ticketcorner, Starticket, SecuTix und Tixtec auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen, vor allem in Hinblick auf grosse Veranstalter, eine gewisse Rolle spielen. Gemessen am Umsatz – zumal im Falle von Eigenvertriebslösungen je

nach Vergütungsmodell kein eigentlicher Zusammenhang zwischen den Kosten und der Anzahl über diese Softwarelösung abgewickelten Tickets besteht – erzielen Ticketcorner und Starticket gemeinsam einen Marktanteil von leicht unter [50-70] % und würden aufgrund des

geplanten Zusammenschlusses zum klaren Marktführer avancieren. Aufgrund der Marktanteilsaddition durch das geplante Zusammenschlussvorhaben, ist es somit durchaus möglich, dass durch den Zusammenschluss eine individuelle marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner gemeinsam mit Starticket begründet wird.

405. Zwar ist mit SecuTix – mit einem Marktanteil von [20-30] % – auch nach dem Zusammenschluss eine nicht unbedeutende Konkurrentin auf dem Markt tätig, welche zudem von der Einbindung in den ELCA-Konzern profitiert. Nach dem geplanten Zusammenschluss würde somit eine Situation entstehen, bei welcher die beiden grössten Marktteilnehmer – einerseits Ticketcorner und Starticket, andererseits SecuTix – gemeinsam einen Grossteil des Marktes abdecken. Somit kann auch nicht im Vornhinein ausgeschlossen werden, dass durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet wird. Zumal mit Tixtec der nächstgrössere Konkurrent derzeit lediglich einen Marktanteil von [5-10] % innehält.

406. Während die Eigenvertriebslösungen insbesondere von Ticketcorner und Starticket derzeit grossmehrheitlich an Veranstalter im Bereich Konzerte und Show und im Bereich Sport in der Schweiz zur Anwendung kommen, [...]. Im Gegensatz zu Ticketcorner und Starticket ist SecuTix somit auch gegenüber einer Reihe Unternehmen tätig, welche nicht Teil der vorliegend betrachteten Marktgegenseite sind. Somit ist davon auszugehen, dass die vorliegend betrachteten Marktanteile die Bedeutung von SecuTix auf dem vorliegend betrachteten relevanten Markt überschätzen.

407. [...]

408. Zudem ist es Swisscom und Tixtec in Hinblick auf die generierten Umsätze bisher nicht gelungen, sich auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen zu etablieren.

B.4.3.2.2. Potenzieller Wettbewerb

409. Die Zusammenschlussparteien weisen bezüglich potenzieller Konkurrenz im Bereich B2B-Ticketing auf einen möglichen Markteintritt von Facebook, Amazon, Apple, Dice und Google hin.

410. So sei der Markteintritt von Facebook, Amazon und Apple sehr wahrscheinlich, da Facebook einen Ticketvertrieb in den USA testet und dort bereits Kino-Tickets vertreibt, Amazon bereits in Grossbritannien in den Markt eingetreten sei und Apple bereits Patente angemeldet und Hardware dafür präsentierte habe. In Hinblick auf Dice, ein Anbieter eines kostenlosen, auf Mobile-Ticketing basierenden App-Dienstes, werde ein Markteintritt erwartet, da dieser in Grossbritannien erfolgreich sei und dessen Expansion im übrigen Europa angekündigt habe. Des Weiteren wird mit einem Markteintritt von Google gerechnet, da am Beispiel von Google-Shopping dessen schnelle und nachhaltige Möglichkeit des Einstieges in den Online-Markt ersichtlich werde, woraus auch dessen Möglichkeit des Einstieges in den Bereich des Ticketing erkennbar sei.

411. Auch die SMPA äussert sich in einer Medienmitteilung zum Zusammenschlussvorhaben folgendermassen zu den möglichen Auswirkungen von zukünftigen Markteintritten: „Die Gefahr eines marktbeherrschenden

Preisdiktats durch das fusionierte Unternehmen schätzt die SMPA als eher gering ein, da der Wettbewerb unter den Ticketvermarktern durch den absehbaren Markteintritt internationaler Anbieter wohl auch künftig spielen wird.“

412. Schliesslich kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Unternehmen wie die von den Parteien genannte ticket.international software trading GmbH & Co. KG aus Deutschland zukünftig möglicherweise auch in grösserem Umfang an Veranstalter in der Schweiz richten könnten. Allerdings führt dieses Unternehmen derzeit lediglich Kunden im Bereich Kinos als Kunden in der Schweiz auf, namentlich die Cinesol AG, fricks monti, Kino Aarau AG, Kino Hürlimann AG, Kiwi Kinos, Pathé AG und Sterk Cine AG. Es ist somit zumindest fraglich, inwiefern diese Lösung beispielsweise für Sportvereine und Kulturhäuser überhaupt geeignet ist.

B.4.3.2.3. Markteintrittsschranken

413. Hinsichtlich des Eintrittes in den Markt Eigenvertriebslösungen sehen sich entsprechende Unternehmen mit einigen Markteintrittsschranken konfrontiert.

414. [...]

[...]

415. Der Standard-Systemvertrag von Starticket resp. Ticketcorner sieht für den Veranstalter eine Exklusivität mit Ausnahmen vor.

416. [...]

417. Auch zeichnen sich die Verträge zur Mitbenutzung der Software für den Eigenvertrieb zwischen Starticket resp. Ticketcorner und den Veranstaltern durch eine gewisse Langfristigkeit aus, da die Vertragsdauer in der Regel bei mehreren Jahren liegt.

418. [...]

419. [...]

420. [...]

421. Mehrere Konkurrenten betonen in den Stellungnahmen die Verträge von Ticketcorner und Starticket, welche sich durch Exklusivität sowie Langfristigkeit auszeichnen. Die Verträge zwischen Ticketcorner und Starticket mit verschiedenen Veranstaltern scheinen aufgrund der vereinbarten Exklusivität sowie der Langfristigkeit anderen Anbietern die Zusammenarbeit mit diesen Veranstaltern zu erschweren.

422. Des Weiteren wird für den Umstieg vom Fremdvertrieb zum Eigenvertrieb hohe Komplexität erwartet. Aufgrund dessen wird Anbietern von Eigenvertriebslösungen die Akquise von neuen Kunden erschwert. Dies bedeutet, dass es für Anbieter von Eigenvertriebslösungen schwierig ist, Veranstalter, welche den Vertrieb alleine im Fremdvertrieb vornehmen von einem Umstieg zu überzeugen und als Kunden zu gewinnen.

423. Seitens von Veranstalter wird die Komplexität der Eigenvertriebslösungen betont, da für die Vornahme des Ticketing im Eigenvertrieb umfassende Lösungen notwendig sind, sowie auch die damit verbundene Notwendigkeit von vorhandenen Ressourcen. Auch sind mit einem Wechsel des Anbieters von einer Eigenvertriebs-

lösung hohe Wechselkosten verbunden, da es sich bei den Eigenvertriebslösungen um eine langfristige Investition handelt. Ein Wechsel des Anbieters erweist sich dahingehend als schwierig, dass es sich bei den Eigenvertriebslösungen um komplexe Systeme handelt und die jeweiligen Systeme mit individuellen Prozessen im Zusammenhang stehen. Wird die Eigenvertriebslösung gewechselt, so müssen umfangreiche Anpassungen der internen Prozesse vorgenommen werden, was mit hohen Investitionen verbunden ist. Salto Natale musste, nachdem der Veranstalter nach vierzehnjähriger Benutzung der Softwarelösung von [...] zu Tixtec gewechselt hatte, den Wechsel wieder rückgängig machen. Dies aufgrund des hohen Aufwandes, welcher die Anpassungen der internen Prozesse nach sich gezogen hat. Auch sind Vorteile durch Medien sowie Sponsoring gegeben, welche sich aus der Zusammenarbeit mit Ticketcorner und Starticket ergeben. Dies beeinflusst einerseits die Entscheidung der Veranstalter, den Ticketvertrieb nicht alleine im Eigenvertrieb vorzunehmen. So äussert sich Salto Natale dahingehend, dass der 100 % Eigenvertrieb erst möglich sei, wenn direkte Verträge mit Ringier und Tamedia hinsichtlich Werbedienstleistungen gegeben seien. Andererseits wirken sich die Vorteile durch Medien und Sponsoring dahingehend aus, dass der Entscheid hinsichtlich der Wahl des Anbieters von Eigenvertriebslösungen aufgrund der Medientätigkeit auf Ticketcorner und Starticket fällt. Daraus ergibt sich die Situation, dass es anderen Anbieter mit weniger Medientätigkeit trotz gleicher Leistung erschwert wird, in den Markt einzutreten.

424. In verschiedener Hinsicht sind Markteintrittsschranken im Markt Eigenvertriebslösungen gegeben. So stellen Exklusivitätsverträge, langfristige Verträge, Erwartung hoher Komplexität im Zusammenhang mit einem Umstieg zum Eigenvertrieb, hohe Komplexität im Zusammenhang mit dem Umstieg auf einen anderen Anbieter einer Softwarelösung sowie Vorteile durch Medien und Sponsoring Marktzutrittsschranken dar.

B.4.3.2.4. Markteintritte

425. Seit kurzem bietet Swisscom eine umfassende Softwarelösung für den Eigenvertrieb von Tickets an. Die Akquise von Kunden hat sich laut Angaben von Swisscom dabei aufgrund langjähriger Exklusivverträgen mit bestehenden Ticketing-Anbietern als grundsätzlich anspruchsvoll erwiesen. Durch die Versuche von Swisscom wird deutlich, dass ein Markteintritt in den Markt B2B-Ticketing (Lösungen für den Eigenvertrieb) auch mit einer relativ umfassenden Softwarelösung aufgrund der vorherrschenden Stellung von Ticketcorner und Starticket nicht einfach ist.

426. Auch Xing ist seit kurzem in den Markt für Eigenvertriebslösungen in der Schweiz tätig. Xing als Anbieterin der Xing Events-Plattform bietet dem Veranstalter die Möglichkeit, auf Basis unserer Lösungen auf der eigenen Veranstalter-Webseite einen Ticketshop zu betreiben und somit den Kunden des Veranstalters Tickets verkaufen zu können, sowie den Einlass zu managen. Das Preismodell ist dabei dergestalt, dass ein Veranstalter für mittels unseres Ticketshops verkaufte Tickets einen Prozentsatz des Ticketpreises plus eine Service Fee zahlen muss. Ergänzend kann der Veranstalter

Zusatzleistungen buchen, die pauschal abgerechnet werden wie „Whitelabeling“, also das Entfernen jeglichen XING-Brandings im Ticketshop und Ersetzen durch ein Branding des Kunden. Nach Aussage von Xing bewegen sich die Umsätze in der Schweiz im Modell Eigenvertrieb [...]. Dies deutet darauf hin, dass sich der Markteintritt in der Schweiz im Bereich des Ticketings als schwierig erweist.

427. Ticketfrog, die kürzlich mit Instahive fusionierte,¹⁰⁰ ist als reine Online-Ticket-Plattform im Bereich des B2B-Ticketing tätig. Ticketfrog bietet Veranstaltern neben der Online-Erfassung von Veranstaltungen auch Ticketverkauf sowie eine infrastrukturunabhängige Einlassungskontrolle an. Bei den Kunden von Ticketfrog handelt es sich um Veranstaltern von kleineren Veranstaltungen, grössere wiederkehrend stattfindende Anlässe werden nicht durch Ticketfrog bedient. Ticketfrog generierte einen Umsatz Jahre 2016 von CHF [...].

428. Ticketpark bietet einen Systemprovider für Ticketing an, welcher in der Website des Veranstalters integriert werden kann sowie Dienstleistungen wie Ticket-Hotline und Support für Ticketkäufer, Postversand von Tickets und Rechnungen, Vermietung von Einlassgeräten, personelle Abwicklung am Einlass sowie Beratung. Bei den Kunden von Ticketpark handelt es sich [...]. Ticketpark generierte einen Umsatz von CHF [...] im Jahre 2013 [...] im Jahre 2016.

429. Ticketpark bietet ein einfaches Ticketing-System an, welches in der Website des Veranstalters ohne Programmierkenntnisse eingebaut werden kann. Die Ticketing-Lösung ermöglicht den Bestellprozess, von der Ticketwahl bis und mit Bezahlung und umfasst Sitzplatzwahl sowie Einbezug von Vorverkaufsstellen. Nach einer Veranstaltung werden die Kundendaten dem Veranstalter zugänglich gemacht.¹⁰¹ Ticketpark bietet den Veranstaltern daneben weitere Dienstleistungen wie Inkasso über verschiedene Kanäle inkl. Erinnerungswesen, Ticket-Hotline und Support für Ticketkäufer, Postversand von Tickets und Rechnungen, Vermietung von Einlassgeräten in diversen Ausführungen, personelle Abwicklung am Einlass sowie Beratungsdienstleistungen an. Veranstalter bezahlen für die Dienstleistungen einen Fixbetrag, welcher in der Regel einen Prozentsatz vom umgesetzten Ticketvolumen entspricht. Dieser Satz liegt maximal bei 6 % und ist abhängig vom Ticketpreis, Eventgrösse und Komplexität der Veranstaltung. Ticketkäufer bezahlen grundsätzlich keine Gebühren. Ausnahmen bilden die Nutzung der Ticket-Hotline (CHF 1.00/min) und der optionale Postversand der Tickets (max. CHF 6.00 pro Buchung).

430. Eccadia bietet eine Software in Form eines Online-Reservationssystems an. Das Reservationssystem ermöglicht eine einfache Handhabung und wird in drei verschiedenen Ausführungen angeboten, wobei sich die Software auf geringer Umfang von zu verkaufenden Tickets ausgerichtet ist.¹⁰²

¹⁰⁰ Vgl. <ticketfrog.ch/upload/cms/user/Medienmitteilung_Ticketfrog_uebernimmt_instahive.pdf> (11.05.2017).

¹⁰¹ <www.ticketpark.ch/>.

¹⁰² Vgl. <www.eccadia.ch/>.

431. Es wird deutlich, dass sich die angebotenen standardisierten einfachen Lösungen von Ticketfrog, Ticketpark und Eccadia hinsichtlich Funktionalität deutlich von umfassenden Komplettlösungen unterscheiden. So bieten Ticketcorner, Starticket, SecuTix, Tixtec und Swisscom umfassende und komplexe Inhouse-Lösungen an, mittels denen der gesamte Ticketverkauf abgewickelt werden kann.

432. Demgegenüber funktioniert Ticketfrog alleine durch dessen Online-Plattform und Ticketpark bietet einen auf der Website des Veranstalters einfach zu integrierenden Systemprovider an. So heben sowohl Ticketfrog als auch Ticketpark auf deren Websites die Einfachheit deren Lösungen hervor.¹⁰³ Die Lösungen von Ticketfrog, Ticketpark und Eccadia zeichnen sich durch eine technische Einbindung verschiedener einzelner Services aus, wohingegen Starticket und Ticketcorner umfassende Komplettlösungen anbieten. Diese einfach ausgestalteten Ticketing-Lösungen sind hinsichtlich deren Ausgestaltung wie dargelegt nicht mit den umfassenden Komplex-Lösungen vergleichbar.

433. Die Lösungen von Ticketfrog, Ticketpark und Eccadia sind aufgrund deren einfachen technischen Ausgestaltung eher für den Verkauf von geringerer Anzahl von Tickets für kleinere Anlässe ausgestaltet. Ticketfrog und Ticketpark richten sich aufgrund der Funktionalität sowie der Zielgruppe an kleine Anbieter und stellen in diesem Sinne eher Nischen dar. So wirbt Ticketpark auf deren Website mit dem Einbezug von lokalen Vorverkaufsstellen wie der Dorfladen, was auf die Ausrichtung auf kleine und lokale Veranstaltungen schliessen lässt.¹⁰⁴ [...] umfassen die fünf grössten Kunden von Ticketpark [...]

434. Mögliche Marktzutritte von Facebook, Amazon, Apple, Dice sowie Google sind aufgrund fehlender konkreter Hinweise auf Markteintritte im Gebiet der Schweiz nicht hinreichend wahrscheinlich, um von disziplinierender Wirkung auszugehen. Facebook äussert sich hinsichtlich eines möglichen Markteintrittes dahingehend, dass „in the field of B2B-solutions we do not have commercial products/services in Switzerland with respect to the sale of event tickets [...]“. Auch Google äussert sich dahingehend, dass „Google does not currently participate in the self-distribution solutions market for event ticket sales in Switzerland. As such, Google does not have any particular insight into the problems that must be overcome to enter the market.“ Auch Apple legt keine allfälligen Bemühungen dar.

435. Daneben erbringen Facebook, Apple, Amazon keine klassischen Eigenvertriebslösungen, sondern stellen Vertriebsplattformen dar. Auch bei der Dienstleistung von Google Flights respektive Google Shopping handelt es sich um keine Eigenvertriebslösung, sondern um Werbedienstleistungen.¹⁰⁵ So ist bei Facebook, Amazon, Apple und Google im Vergleich zu den Full-Service Anbietern wie Ticketcorner und Starticket nur von einem beschränkten Funktionsumfang auszugehen.

B.4.3.2.5. Fazit

436. Zusammenfassend ist nicht davon auszugehen, dass potenzieller Wettbewerb sich derzeit disziplinierend auf das Verhalten von Ticketcorner respektive Starticket

auswirkt. Auch kurz- und mittelfristig ist kein wesentlicher Druck seitens potenzieller Wettbewerber zu erwarten.

B.4.3.2.6. Konglomerale und vertikale Effekte

437. Wie bereits zuvor erläutert, zeichnen sich Ticketcorner und Starticket durch deren Einbindung in Medienhäuser ein, welche in diversen Medienmärkten über eine teilweise sehr starke Stellung verfügen. Wie auch im Markt für Fremdvertriebslösungen gibt es zumindest Hinweise, dass sich diese Verbindung auch im Markt für Eigenvertriebslösungen zu Gunsten der Parteien auswirkt. So ist auch bei Veranstaltern im Bereich Eigenvertriebslösungen – wie beispielsweise bei Sportvereinen der höchsten Ligen in Eishockey und Fussball – die Erbringung von Sponsoring- und Promotionsleistungen durch Ticketcorner oder die jeweils angeschlossenen Medienhäuser teilweise von grosser Bedeutung.

438. Auch die Exklusivitäten von Ticketcorner mit dem Hallenstadion Zürich und [...] wirken sich letztlich auch auf B2B-Dienstleister aus. Beim Einsatz solcher Lösungen erfolgt der Vertrieb von Tickets durch Veranstalter typischerweise (zumindest teilweise) über die öffentlich zugängliche Homepage des Veranstalters. Zwar ist der Eigenvertrieb grundsätzlich von den Exklusivitätsklauseln ausgenommen [...]

439. So bringt SecuTix folgendes vor: *«En Suisse, certains événements sont quasiment non-adressables par SecuTix, non pas d'un point de vue technologique ou taille, mais dû à la concentration horizontale du marché de la vente de tickets. Deux exemples :*

- *Fêtes des vigneron : Ticketcorner a remporté le marché grâce à la possibilité de concentrer dans son offre des avantages medias et sponsoring qu'une entreprise technologique et innovante comme SecuTix ne peut se permettre.*
- *Fédération sportives Suisse: Exklusivité Ticketcorner sur le football par exemple pour les mêmes raisons.»*

440. Des Weiteren macht SecuTix folgende Ausführungen: *«Nous pensons, dans l'intérêt du consommateur final et des organisateurs d'événements créant la valeur, que ces derniers doivent pouvoir avoir le choix de distribuer en direct et/ou d'utiliser des réseaux de distribution. Notre expérience montre cependant que 1) les distributeurs poussent ou ont poussé les ayant droits dans des contrats d'exclusivité sur très longues durées et 2) de manière plus questionnable, refuse à certains acteurs ayant fait le choix de la gestion directe (via une solution logicielle telle que SecuTix) d'utiliser leur réseau de distribution quand ces acteurs en font la demande.»*

¹⁰³ Vgl. <www.eccadia.ch/>.

¹⁰⁴ <www.ticketpark.ch/features/vorverkaufsstellen/>.

¹⁰⁵ Vgl. Ausführungen zu Meta-Suchmaschinen und Weiteren in RPW 2016/1, 98 ff. Rz 236 f., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

441. Hinzu kommt, Nutzer von Eigenvertriebslösungen in den meisten Fällen komplementär zum Eigenvertrieb auch Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch nehmen. So nehmen viele der Nutzer von B2B-Lösungen von Ticketcorner respektive Starticket gleichzeitig auch Leistungen dieser Unternehmen bei Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch. Auch hier besteht zumindest die Möglichkeit einer Koppelung zwischen diesen unterschiedlichen Dienstleistungen.

442. Zusammenfassend gibt es auch hinsichtlich des B2B-Bereichs zumindest Anhaltspunkte, dass Ticketcorner respektive Starticket aufgrund der Stellung und Exklusivitäten auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen (wie auch den Stärken bei Promotionsleistungen) nach dem Zusammenschluss in der Lage sein könnten, Konkurrenten Markt für Eigenvertriebslösungen an der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. Es kann somit – insbesondere vor dem Hintergrund von konglomeraten und vertikalen Effekten – derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass der geplante Zusammenschluss auch im Markt für Eigenvertriebslösungen zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führt, welche zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führen könnte.

B.4.3.2.7. Kollektive Marktbeherrschung

443. Im Gegensatz zum Markt Fremdvertriebsdienstleistungen verbleibt auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen nach dem geplanten Zusammenschluss mit SecuTix ein grösserer Konkurrent auf dem Markt. Auch nach dem geplanten Zusammenschluss wird eine Reihe von Konkurrenten auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen

tätig sein und es bestehen auch keine hinreichenden Indizien für eine *gegenwärtige* kollektive Marktbeherrschung. Es stellt sich dennoch die Frage, ob der Zusammenschluss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten (kollusives Verhalten) auslösen wird bzw. dass sich im vorliegenden Fall mit dem Zusammenschluss der Parteien die Anreizstruktur der verbleibenden Wettbewerber und die Marktstrukturen derart ändern, dass sich ein stabiles „kollusives Oligopol“ bilden würde.

444. Um dies zu prüfen, wird auf folgende Beurteilungskriterien¹⁰⁶ abgestellt: Die Anzahl beteiligter Unternehmen, deren Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Markttransparenz, die Homogenität der Produkte, die Stellung der Marktgegenseite, die Stabilität der Marktverhältnisse sowie vorhandene Multimarktbeziehungen.

1. Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

445. Gibt es nur wenige Anbieter und weist der Markt eine hohe Konzentration auf, so erhöht dies gemäss einschlägiger ökonomischer Literatur die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens.¹⁰⁷

446. Wie aus den Erläuterungen zum aktuellen Wettbewerb hervorgeht, würde einerseits die Ticketcorner zusammen mit Starticket mit einem Marktanteil von ungefähr [50-70] % wohl zum Marktführer auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen werden, gefolgt von SecuTix mit [20-30] %. Die weiteren Konkurrenten sind deutlich kleiner.

Konzentrationsmass	Markt für Eigenvertriebslösungen
HHI vor dem Zusammenschluss	[3000-3500]
HHI nach dem Zusammenschluss	[4500-5000]
Δ HHI	[1000-1500]

Tabelle 9: Veränderung HHI-Index auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen

447. Durch die bereits zum aktuellen Zeitpunkt jeweils hohen Marktanteile von Ticketcorner, Starticket und SecuTix besteht schon derzeit ein hoch konzentrierter Markt. Wie auch aus der Aufstellung der entsprechenden Konzentrationsmasse in Tabelle 9 ersichtlich ist, führt das Zusammenschlussvorhaben nochmals zu einem wesentlichen Anstieg der Marktkonzentration. Mit der steigenden Marktkonzentration steigt letztlich auch die Gefahr eines kollusiven Verhaltens zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern.

2. Symmetrien

448. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.¹⁰⁸ Bezüglich deren Produkte und Dienstleistungen bestehen in technischer Hinsicht weitgehende Symmetrien zwischen den Konkurrenten auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen.

449. Hingegen führt der geplante Zusammenschluss gegenüber der heutigen Situation zu einer Senkung der derzeit bestehenden Symmetrie zwischen Ticketcorner und SecuTix bezüglich der Höhe von deren Marktanteilen. Zusätzlich bestehen auch nach dem Zusammenschluss starke Asymmetrien bezüglich der Marktanteile insbesondere hinsichtlich der kleineren Marktteilnehmer. Diese Elemente sprechen tendenziell gegen das Entstehen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung aufgrund des geplanten Zusammenschlussvorhabens.

¹⁰⁶ Vgl. beispielsweise RPW 2008/4, 631 ff. Rz 258 ff., *Coop/Carrefour*, m.w.H.

¹⁰⁷ Vgl. RPW 2015/4, 752 Rz 65, *Saint Gobain/Sika*.

¹⁰⁸ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*, m.w.H.

3. Markttransparenz und Sanktionsmechanismen

450. Eine hohe Markttransparenz wird im Allgemeinen als förderlich für eine kollektive Marktbeherrschung betrachtet, zumal diese einer Überwachung der Einhaltung eines kollusiven Verhaltens förderlich sein kann. Dies erfordert einen gewissen Grad an Transparenz im Markt. Üblicherweise versteht man darunter, dass die (Netto-)Preise oder die verkaufte Menge der Unternehmen leicht zu eruieren sind.¹⁰⁹ Im vorliegenden Fall ist diese Transparenz nicht gegeben. Aufgrund der Intransparenz wäre wohl auch eine Sanktionierung bei einem Abweichen von einem kollusiven Verhalten erschwert.

4. Stellung der Marktgegenseite

451. Bezüglich genereller Ausführungen zur Stellung der Marktgegenseite kann auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden. So wären die Möglichkeiten von Veranstaltern einem allfällig entstehenden Oligopol entgegenzuwirken tendenziell eher beschränkt.

5. Stabile Marktverhältnisse

452. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.¹¹⁰

453. Aufgrund der bestehenden hohen Markteintrittsschranken ist nicht davon auszugehen, dass die Marktposition der gegenwärtigen Marktteilnehmer durch neu in den Markt eintretende Unternehmen unmittelbar gefährdet ist. Auch kam es in den letzten Jahren weder zu wesentlichen Änderungen des Marktvolumens noch zu grösseren Verschiebungen von Marktanteilen. Diese Elemente könnten demnach einem kollusiven Verhalten förderlich sein.

6. Multimarktbeziehungen

454. Die Muttergesellschaft von SecuTix – ELCA – verfügt über eine Vielzahl von Tätigkeitsfeldern im Informatikbereich, während die an Ticketcorner und Starticket angeschlossenen Unternehmen (Tamedia, Ringier und CTS Eventim) vor allem im Medien- und Unterhaltungsbereich tätig sind. Generell liegen somit derzeit keine hinreichenden Indizien vor, dass von den bestehenden Multimarktbeziehungen Anreize für ein kollusives Verhalten ausgehen.

7. Zwischenergebnis

455. Zusammenfassend gibt es vorliegend keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass eine kollektive Marktbeherrschung aufgrund des geplanten Zusammenschlusses von Starticket und Ticketcorner entstehen könnte, welche zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führt. So steht aufgrund der vorliegenden Betrachtungen nach wie vor die Frage der möglichen Entstehung einer möglichen Beseitigung des Wettbewerbs aufgrund einer individuellen marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner und Starticket im Vordergrund.

B.4.3.2.8. Stellung der Marktgegenseite

456. Die grösseren Veranstalter haben langfristige Exklusivitätsverträge mit den Zusammenschlussparteien abgeschlossen. In diesem Sinne ist nicht davon auszugehen, dass ein Ausweichen auf andere Anbieter sei-

tens der grösseren Veranstalter in näherer Zukunft in Erwägung gezogen wird. Bei kleinen und mittelgrossen Anlässen kommt der Eigenvertrieb aufgrund geringerer Anzahl zu vertreibenden Tickets eher in Frage, jedoch erweist sich für diese der ausschliessliche Eigenvertrieb aufgrund der hohen Kosten nicht als lohnend. Der ausschliessliche Eigenvertrieb findet bei Veranstaltungen aus dem Business-Bereich sowie bei Veranstaltungen, die eigenständig als Marke wahrnehmbar sind, wie teilweise bei Festivals und Theatern, statt.

457. Zudem kann es für Veranstalter bei einer komplexeren Nutzung von Fremdvertriebsdienstleistungen und einer Eigenvertriebslösung einfacher sein, in beiden Bereichen mit demselben Unternehmen zusammenzuarbeiten. Auch dies kann die Verhandlungsposition von Veranstaltern bezüglich Eigenvertriebslösungen gegenüber Ticketcorner schwächen. Beispielsweise im Falle von Sitzplatzgenauen Buchungen und dem Vorhandensein von Saisonkarten eine technische Schnittstelle zwischen der Eigenvertriebslösung und dem Fremdvertriebsdienstleister von Bedeutung. So bringt SecuTix vor, dass im Falle eines Zusammenschlusses von Ticketcorner und Starticket diese verpflichtet werden sollten, dass Schnittstellen zwischen deren Distributionsplattformen und Eigenvertriebslösungen der Rechteinhaber zugänglich gemacht werden.

458. Zumal es sich bei Eigenvertriebslösungen um komplexe Unternehmens-Software handelt, kann ein Wechsel des Anbieters unter Umständen mit entsprechenden Wechselkosten verbunden sein. So wurden entsprechende Schwierigkeiten bei einem solchen Wechsel durch Salto Natale folgendermassen dargestellt: „[...] Im Jahr 2015 hatten wir ein Wechsel zu der Firma Tixtec vorgenommen welcher dann wieder rückgängig gemacht werden musste. Wir haben in den letzten Jahren sehr viel spezifische Software Anpassungen auf unsere Prozesse mit [...] erstellt. Es gibt viele interne Prozesse welche wir dem System angepasst haben und das System hat sich den Prozessen angepasst. Ein neues System bringt somit eine komplette Neuausrichtung mit was für uns nach 14 Jahren nicht in Frage kommt. Wir haben sehr viel Zeit und auch Geld in die Zusammenarbeit investiert, sprich das System [...] ist für uns eine langfristige Investition.“ Selbst wenn ein Veranstalter die Möglichkeit hätte auf eine alternative Eigenvertriebslösung zurückzugreifen – wie im Falle von Good News die Lösung myticket der Muttergesellschaft DEAG – kann ein solcher Wechsel aufgrund von Exklusivitätsvereinbarungen zumindest verzögert werden.

459. Zusammenfassend sind grössere Veranstalter vielfach durch langfristige Verträge an eine Zusammenarbeit mit den Zusammenschlussparteien gebunden. Auch wirkt sich die mögliche Problematik, dass Schnittstellen zu Anbietern von Fremdvertriebsdienstleistungen eine administrative Entlastung darstellen, auf die Auswahlmöglichkeiten von Veranstaltern aus. So hat Ticketcorner (und Starticket aufgrund der Übernahme von Ticketportal) die Möglichkeit, beides aus einer Hand zu liefern. Schliesslich bestehen auch nicht unerhebliche Wechselkosten.

¹⁰⁹ Vgl. RPW 2015/4, 752 Rz 68, *Saint-Gobain/Sika*.

¹¹⁰ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*, m.w.H.

B.4.3.2.9. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf Markt für Lösungen für den Eigenvertrieb

460. Zusammenfassend entsteht auch auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen durch den geplanten Zusammenschluss eine Marktführerschaft von Ticketcorner gemeinsam mit Starticket. So bestehen starke Anhaltspunkte, dass der geplante Zusammenschluss eine individuelle marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner zusammen mit Starticket begründen würde. So gibt es bereits gegenwärtig Hinweise, dass Ticketcorner sich bereits zum jetzigen Zeitpunkt – insbesondere basierend auf dessen Stellung im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen und entsprechender Exklusivitäten – in wesentlichem Ausmass unabhängig von insbesondere Konkurrenten ohne umfassende Tätigkeiten im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen und ohne den Anschluss an ein national bedeutsames Medienhaus verhalten können.

461. Vor dem Hintergrund, dass mit SecuTix, Tixtec und Swisscom weitere Anbieter aktuelle auf diesem Markt tätig sind, welche in technischer Hinsicht gleichwertige Lösungen anbieten und teilweise im Rahmen von grösseren Konzernen operieren, erscheint eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt jedoch unwahrscheinlich. Im Übrigen äussert sich auch der SMPA dementsprechend: „*Heutzutage gibt es verschiedene Anbieter von Software für den Eigenvertrieb. Wir sind der Meinung, dass der Markt in der Schweiz beim Eigenvertrieb spielt und dieser auch nach einer möglichen Fusion von Starticket und Ticketcorner nicht beeinträchtigt wird. Veranstalter die 100 % auf Eigenvertrieb setzen wollen, haben heute und künftig eine gute Auswahlmöglichkeit bezgl. Softwarelösungen. Einige Anbieter von Softwarelösungen gehen aufgrund des Zusammenschlussvorhabens auch aktiv auf Veranstalter zu.*“

462. Im Falle von Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung – auch solchen ausgehend vom Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen – bleibt die Möglichkeit eines späteren Eingriffs basierend auf Art. 7 KG und die Verfügung vorsorglicher Massnahmen nach wie vor offen. Ebenso kann im Falle von unzulässigen Wettbewerbsabreden – wiederum auf dem vorliegenden Markt selbst oder ausgehend vom Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen – ein entsprechendes Verfahren nach Massgabe von Art. 5 KG eingeleitet werden.

B.4.3.2.10. Ergebnis für Markt für Eigenvertriebslösungen

463. Gemäss den obigen Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen keine marktbeherrschende Stellung entsteht, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.4.3.3 Medienmärkte

464. Neben deren Haupttätigkeit in der Bereitstellung von Fremdvertriebsdienstleistungen und dem Angebot von Eigenvertriebslösungen bieten Ticketcorner respektive Starticket auch in beschränktem Umfang Werbedienstleistungen an. Dies ist jedoch insofern von Relevanz, als dass dies einer der Tätigkeitsschwerpunkte von Tamedia respektive Ringier darstellt. Nachfolgend wird dementsprechend übersichtsmässig auf diesen Themenbereich eingegangen.

B.4.3.3.1. Aktueller Wettbewerb

465. Im Folgenden wird eine Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation vorgenommen. Die meldenden Unternehmen sind der Ansicht, dass Marktanteilsadditionen nur in denjenigen Märkten denkbar seien, in denen Ticketcorner und Starticket tätig sind und es nicht korrekt sei, die Marktanteile aller beteiligten Unternehmen zu addieren, weil der Zusammenschluss nur Ticketcorner und Starticket betrifft und alle übrigen Aktivitäten der CTS EVENTIM-, Ringier- und Tamedia-Gruppe unabhängig weitergeführt werden.

466. Betreffend das Zusammenschlussvorhaben wird als Ausgangspunkt der Analyse praxisgemäss der Marktanteil aller beteiligten Unternehmen, die auf einem relevanten Markt tätig sind, addiert. Somit sind für das Zusammenschlussvorhaben die aggregierten Marktanteile relevant. Die Tatsache, dass Tamedia und Ringier in den vorliegend betrachteten Medienmärkten auch nach dem Zusammenschluss weitestgehend unabhängig voneinander operieren werden, wird jedoch bei der Beurteilung entsprechend gewürdigt.

467. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von Starticket respektive Ticketcorner auf den nachfolgend betrachteten Märkten für das Geschäftsjahr 2015 wie folgt:

Markt	Marktanteile im Geschäftsjahr 2015		
	Ticketcorner	Starticket	Gemeinsam
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsmärkte in der Deutschschweiz	[0-5]%	0%	[0-5]%
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsmärkte in der französischen Schweiz	[0-5]%	0%	[0-5]%
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsmärkte in der italienischen Schweiz	[0-5]%	[0-5]%	[5-10]%
Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	0%	0%	0%

Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz	0%	0%	0%
Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der italienischen Schweiz	0%	0%	0%
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	0%	0%	0%
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz	0%	0%	0%
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz	0%	0%	0%

Tabelle 10: Marktanteile von Ticketcorner respektive Starticket für das Jahr 2015 gemäss Meldung

B.4.3.3.2. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz, in der französischen und der italienischen Schweiz

468. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in den drei Sprachregionen verfügen die beteiligten Unternehmen in den Jahren 2013 – 2015 über einen gemeinsamen Marktanteil von maximal [30-40] %. Ticketcorner hat je nach Sprachregion einen Marktanteil zwischen [0-5] %, Starticket je nach Sprachregion zwischen [0-5] %. Tamedia respektive Ticketcorner werden in diesem Bereich auch nach dem Zusammenschluss weiterhin – abgesehen von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Ticketcorner respektive Starticket – weitestgehend unabhängig agieren. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsaddition sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in allen drei Sprachregionen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3.3.3. Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz, in der französischen und italienischen Schweiz

469. In Bezug auf den Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz sowie der italienischen Schweiz liegen keine betroffene Märkte vor (siehe Rz 257).

470. Auf dem Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz verfügen Ticketcorner und Starticket in den Jahren 2013 – 2015 über sehr kleine Marktanteile. Auf Ebene der beteiligten Unternehmen beträgt der Marktanteil zwischen [20-30] %. Der Marktanteil der beteiligten Unternehmen hat sich seit dem Jahr 2014 auf [20-30] % reduziert. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsaddition sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3.3.4. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz, der französischen und italienischen Schweiz

471. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in allen Sprachregionen verfügen Ticketcorner und Starticket in den Jahren 2013 – 2015 über einen sehr kleinen Marktanteil. Obwohl es betreffend Ticketcorner und Starticket nur zu einer geringen Marktanteilsaddition kommt, ist diese auf Ebene der beteiligten Unternehmen bedeutend grösser. Die beteiligten Unternehmen verfügen in den Jahren 2013 – 2015 über einen gemeinsamen Marktanteil von [40-60] % in der Deutschschweiz, von [50-80] % in der französischen und von [40-60] % in der italienischen Schweiz. Jedoch werden Tamedia respektive Ticketcorner in diesem Bereich auch nach dem Zusammenschluss weiterhin – abgesehen von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Ticketcorner respektive Starticket – weitestgehend unabhängig agieren. Aufgrund der sehr kleinen Marktanteilsaddition sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Marktverhältnisse wird durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in allen drei Sprachregionen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3.3.5. Fazit

472. Zusammenfassend bestehen keine hinreichenden Hinweise, dass nach dem Zusammenschluss von Ticketcorner und Starticket auf sämtlichen nach Sprachregion abgegrenzten Märkte (Markt für Nutzer/Leser von (Print-Online-) Ankündigungsanzeigen, Markt für (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen, Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen) eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen verfügen die beteiligten Unternehmen zwar in allen Sprachregionen über einen relativ hohen gemeinsamen Marktanteil. Jedoch werden Tamedia respektive Ticketcorner in diesem Bereich auch nach dem Zusammenschluss weiterhin weitestgehend unabhängig agieren, mit Ausnahme von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Ticketcorner respektive Starticket.

B.4.4 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt

473. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, der die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

474. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt ist nicht ersichtlich. Auch seitens der Parteien wurden keine entsprechenden Elemente vorgebracht.

B.4.5 Schlussfolgerungen

475. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens 41-0816 Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG kommt zu dem Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen zu einer marktbeherrschenden Stellung verstärkt respektive begründet, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Das Zusammenschlussvorhaben kann somit nur mit geeigneten Bedingungen und Auflagen zugelassen werden. Können keine solchen Bedingungen und Auflagen gefunden werden, ist der Zusammenschluss zu untersagen.

B.5 Bedingungen und Auflagen

B.5.1 Vorschläge der Parteien

476. Nach Aufforderung durch das Sekretariat haben die beteiligten Unternehmen die nachfolgenden möglichen Auflagen vorgeschlagen:

- a. [...]
- b. [...]
- c. [...]
- d. [...]
- e. [...]
- f. [...]
- g. [...]
- h. [...]

B.5.2 Beurteilung der Vorschläge der Parteien

477. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, führen die von den Parteien vorgeschlagenen Auflagen respektive Bedingungen gegenüber der bestehenden Wettbewerbssituation zu keiner wesentlichen Verbesserung.

478. Zur möglichen Auflage respektive Bedingung a: [...], könnte theoretisch zu einer Verbesserung der Möglichkeiten aktueller und potenzieller Konkurrenten hinsichtlich des Aufbaus eines umfassenden physischen Vertriebsnetzes führen. Jedoch wäre das Erreichen einer kritischen Masse an Veranstaltern – und damit eines umfassenden Contents – nach wie vor [...] erschwert.

479. Zur möglichen Auflage respektive Bedingung b: [...] Diese mögliche Auflage respektive Bedingung würde somit zu keiner Änderung gegenüber der aktuellen Situation bewirken.

480. Zur möglichen Auflage respektive c: [...] Die grundlegenden Probleme [...] sind von diesem Vorschlag ebenfalls gänzlich unberührt. Diese mögliche Auflage respektive Bedingung würde somit zu keiner Änderung gegenüber der aktuellen Situation bewirken.

481. Zur möglichen Auflage respektive Bedingung d: [...] ist letztlich eine kommerzielle Entscheidung der Zusammenschlussparteien, hat aber keine wesentlichen Auswirkungen auf die zukünftige Wettbewerbssituation an sich. Angesichts der Tatsache, [...]. Auch würde [...] nichts an der Tatsache ändern, dass durch den Zusammenschluss der einzige vollwertige Konkurrent von Ticketcorner an diese übergeht. Auch bei [...] geht dessen derzeitige disziplinierende Wirkung auf Ticketcorner verloren.

482. Zur möglichen Auflage respektive Bedingung h: [...] Eine solche [...] führt somit zu einer weiteren Relativierung der ohnehin fraglichen tatsächlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen Auflagen respektive Bedingungen.

483. Zu den möglichen Auflagen respektive Auflagen e, f und g: [...]

484. Die von den Parteien vorgeschlagenen Auflagen respektive Bedingungen würden somit, wenn überhaupt, nur zu einer unwesentlichen Änderung gegenüber der bestehenden Situation führen. Aus diesem Grund sind diese nicht geeignet, um eine Zulassung des Zusammenschlussvorhabens unter Auflagen respektive Bedingungen zu ermöglichen.

B.5.3 Mögliche weitergehende Auflagen respektive Bedingungen

485. Die Parteien konnten sich, abgesehen von deren eigenen Vorschlägen, insbesondere schriftlich und an der Anhörung durch die WEKO auch zu möglichen weitergehenden Auflagen respektive Bedingungen äussern. [...]

486. [...]

487. [...]

488. Die genannten möglichen weitergehenden Auflagen respektive Bedingungen sind somit entweder nicht praktikabel oder nur in einem Ausmass umsetzbar, welches zu keiner wesentlichen Änderung der zukünftigen Wettbewerbssituation führen würde. Somit sind auch diese nicht geeignet, um eine Zulassung des Zusammenschlussvorhabens unter Auflagen respektive Bedingungen zu ermöglichen.

B.5.4 Fazit

489. Die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagenen Auflagen hätten keine erheblichen tatsächlichen Auswirkungen. Weitergehende Auflagen respektive Bedingungen – namentlich [...]

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagenen – sowie mögliche weitergehende – Auflagen respektive Bedingungen nicht geeignet sind, die aus dem Zusammenschluss resultierende Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, soweit abzuschwächen, dass der Zusammenschluss mit

Bedingungen respektive Auflagen zugelassen werden könnte.

B.6 Schlussfolgerungen

490. Aus diesen Gründen ergibt die Prüfung durch die WEKO, dass das Zusammenschlussvorhaben zwischen Ticketcorner und Starticket zu einer individuellen marktbeherrschenden Stellung im Markt für Fremdvertriebsleistungen führen würde. Hierdurch kann wirksamer Wettbewerb beseitigt werden (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), insbesondere auch deshalb, weil mit Starticket der einzige vollwertige Konkurrent von Ticketcorner aus dem Markt verschwinden würde. Zugleich ergibt sich durch den Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Es sind auch keine zielführenden Auflagen oder Bedingungen ersichtlich, mittels welcher der Zusammenschluss genehmigt werden könnte.

491. Die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 41-0816 Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG hat somit ergeben, dass der Zusammenschluss nicht zugelassen werden kann.

492. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordnete Massnahme können nach Massgabe von Art. 51 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹¹¹

C Kosten

493. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die den Zusammenschluss meldenden Unternehmen, d.h. die Ticketcorner Holding AG sowie die Tamedia AG sowie die anderen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, d.h. die Ticketcorner AG und die Starticket AG.

494. 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 CHF 5'000.– erhoben.

495. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.– gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.–. Für die aufgewendete Zeit von 775 Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 200.–. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 155'000.–.

496. Neben dem Aufwand hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV¹¹² die Auslagen sowie die Kosten zu erstatten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht wurden (Art. 5 GebV-KG). Im vorliegenden Verfahren sind keine entsprechenden Auslagen respektive Kosten entstanden.

497. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt CHF 160'000.–, bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.– für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von CHF 155'000.–.

498. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). Somit haften die Ticketcorner-Holding AG und die Tamedia AG solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 160'000, werden der Ticketcorner-Holding AG und Tamedia AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 80'000, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Ticketcorner Holding AG, in Rümlang
 - Ticketcorner AG, in Rümlang
 - Tamedia AG, in Zürich
 - Starticket AG, in Zürich
 alle vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

¹¹¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

¹¹² Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2.3	7. Kontrollübernahme von Mövenpick Hotels & Resorts Management AG, MP Invest AG und MP Hotel Invest AG durch Accor S.A.
-------	--

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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 23. Juli 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Juli 2018

A Sachverhalt

1. Am 27. Juni 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Accor S.A. die Mövenpick Hotels & Resorts AG zu erwerben.

2. Bei der **Accor S.A. (Accor)** handelt es sich um eine börsennotierte Aktiengesellschaft nach französischem Recht mit Sitz in Issy-les-Moulineaux, Frankreich. Das Kerngeschäft der Accor Gruppe besteht im Anbieten von Beherbergungs-Dienstleistungen. Die Gruppe ist international ausgerichtet und unterhält ein Portfolio mit 25 verschiedenen Brands, die sowohl im Tief- und Mittelpreissegment (beispielsweise Jo&Joe, Ibis oder Mercure) als auch im Hochpreis- und Luxussegment (beispielsweise Sofitel, Fairmont oder Raffles) tätig sind. In der Schweiz betreibt die Accor Gruppe 65 Hotels.

3. Die Accor Gruppe ist bzw. war über drei verschiedene Organisationsformen im Hotelgeschäft tätig: (i) bei „eigenen oder gemieteten Hotels“ ist die Accor Gruppe selbst Eigentümerin oder Mieterin des Gebäudes; (ii) beim Franchising-Modell werden die Hotels von ihrem jeweiligen Eigentümer geführt. Accor stellt dem Eigentümer verschiedene Dienstleistungen wie die Verwendung ihrer Brands oder den Zugang zu ihren Buchungssystemen über einen Franchising-Vertrag zur Verfügung. Für die Erbringung der Dienstleistungen wird die Accor Gruppe vom Eigentümer mit der Bezahlung einer Gebühr entschädigt; (iii) bei den „managed Hotels“ werden die Häuser von der Accor Gruppe selbst betrieben, stehen jedoch im Eigentum eines Dritten. Der Eigentümer entschädigt Accor dabei mit der Bezahlung von Gebühren.¹

4. Die **Mövenpick Hotels & Resorts Management AG (MHR)** bildet einen Geschäftsbereich der Mövenpick Gruppe mit Sitz in Baar, Schweiz. Wie die Accor Gruppe betreibt auch MHR ein globales Hotelnetzwerk mit insgesamt 83 Anlagen weltweit (davon werden 68 gemangelt und 15 gemietet), wobei ein Grossteil des Hotel-Portfolios in der Region des Mittleren Ostens liegt. In der Schweiz betreibt MHR lediglich fünf gemietete Hotels.

5. Insgesamt setzt sich das Portfolio der MHR aus Hotelanlagen im oberen Preissegment an strategischen Orten zusammen. So werden einerseits Hotels in wichtigen Städten und in der Nähe von Flughäfen betrieben.

Andererseits werden Hotel- und Resortanlagen in beliebten Feriendestinationen unterhalten. Hinsichtlich der Betriebsstruktur verfolgt MHR eine Asset-Light-Strategie. Nur die 15 Hotels in Deutschland, der Schweiz und den Niederlanden werden über Mietverträge betrieben. Die restlichen Hotelanlagen werden von der MHR gemangelt und stehen folglich im Eigentum Dritter. MHR ist im Bereich Franchising nicht aktiv.

6. Die beabsichtigte Transaktion soll es Accor ermöglichen, die alleinige Kontrolle über das Hotel-Geschäft von Mövenpick auszuüben.

7. Dazu wird Accor die [...]. Am Ende der Transaktion wird Accor über 100 % der Aktien und Stimmrechte der MHR verfügen.

8. Gemäss Meldung gibt der Zusammenschluss den Parteien die Möglichkeit, einerseits die Marke Mövenpick zu stärken und andererseits das Wachstum der Accor Gruppe in den aufstrebenden Tourismusregionen des mittleren Ostens, Afrikas sowie im asiatisch pazifischen Raum zu beschleunigen.

9. Der Zusammenschluss wurde ebenfalls in Deutschland, den Niederlanden und der Türkei gemeldet. In den genannten Ländern wurde der Zusammenschluss bewilligt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. 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

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

¹ Das Immobiliengeschäft der Accor wurde in einer eigenständigen Gesellschaft, der „AccorInvest“ zusammengefasst. Im Februar 2018 beschloss Accor S.A. den Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung von 57.8% der „AccorInvest“ an eine Gruppe internationaler Investoren (sogenanntes Projekt „Booster“). Der Vollzug des Projekts „Booster“ erfolgte am 31. Mai 2018. Accor ist daher nicht mehr Eigentümerin der „AccorInvest“-Hotels, wird diese Hotels jedoch über Hotelmanagement-Verträge weiterhin betreiben (und über entsprechende Gebühren entschädigt werden).

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. 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).

13. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmten Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

17. Accor und MHR erzielten 2017 folgende Umsätze in CHF:

2017	Accor	MHR	Zusammen
Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Weltweit	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

Quelle: Angabe der Parteien

18. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG sind überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

19. 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).

20. 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.

21. Gemäss Meldung betrifft der Zusammenschluss lediglich den Bereich des Hotelgeschäfts. Dieser Tätigkeitsbereich wird nachfolgend geprüft. Auf die übrigen Tätigkeitsgebiete der Unternehmen wird nicht eingegangen.

22. Je nachdem, welche Parteien beim Betreiben eines Hotels mitwirken, können drei verschiedene Geschäftsmodelle unterschieden werden:

14. Mit der geplanten Transaktion erwirbt Accor sämtliche Aktien und Stimmrechte der MHR. Accor erlangt daher alleinige Kontrolle über MHR im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

16. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

- Bei Hotels, die im Eigentum einer Partei stehen oder von ihr gemietet werden, wird der gesamte Betrieb nur von dieser Partei geführt. Das entsprechende Unternehmen besitzt oder mietet folglich das Hotel, managt und betreibt es unter seinem eigenen Brand.
- Bei Managed Hotels wird das Hotel entweder von einer Hotelkette oder von einem spezialisierten Unternehmen im Auftrag des Eigentümers gegen eine Gebühr gemanagt. Das Hotel wird dabei meistens unter dem Brand des Hotelmanagers betrieben.
- Bei Hotels in Franchising-Verhältnissen wird das Hotel zwar vom Eigentümer oder einer Drittpartei geführt, es tritt jedoch unter dem Brand des Franchisegebers auf.

23. Die möglichen betroffenen Märkte, auf denen beide Parteien ihre Geschäftstätigkeit ausüben, sind der Markt für die Bereitstellung von Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen und der Markt für Hotelmanagement-Dienstleistungen. In der Schweiz überschneiden sich die Geschäftsaktivitäten der Parteien ebenfalls in diesen beiden Märkten.

24. Die relevanten Märkte, die in Betracht gezogen werden müssen, sind folgende:

- Markt für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen;

- Markt für Hotelmanagement-Dienstleistungen;
- Markt für Hotelfranchising-Dienstleistungen.

B.4.1 Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

25. 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).

26. Das meldepflichtige Unternehmen geht davon aus, dass es sich beim sachlich relevanten Markt um den Markt für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen handelt und stützt sich bei der Argumentation weitgehend auf die EU-Praxis.

27. Die Europäische Kommission hat in Erwägung gezogen, dass hinsichtlich einer Unterteilung nach Eigentümerverhältnissen unterschieden werden könnte zwischen eigenständigen, unabhängigen Hotels und jenen, die einer Hotelkette angehören.² Die Europäische Kommission hat eine solche Unterteilung jedoch abgelehnt.³

28. Eine mögliche Unterteilung des Marktes in Bezug auf die unterschiedlichen Preissegmente wurde von der Europäischen Kommission basierend auf der Sterne-Klassifizierung zwar in Erwägung gezogen, im Endergebnis jedoch offen gelassen.⁴

29. Weiter liess die Europäische Kommission auch offen, ob eine Unterteilung zwischen einem Markt für gewöhnliche Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen und dem Anbieten von Wohnungen für Kurzaufenthalte vorgenommen werden muss.⁵

30. Die in Rz 26–29 genannten Unterteilungen des Marktes kämen als möglich Marktabgrenzungen in Frage. Im vorliegenden Fall erscheint es hingegen nicht erforderlich den Markt weiter zu segmentieren, sondern es kann im Sinne einer Arbeitshypothese von einem ungeteilten Markt für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen ausgegangen werden. Grund dafür ist, wie unter Rz 36 ff. noch aufgezeigt wird, dass es auf den eng abgegrenzten lokalen Märkten nur in einem einzigen Fall zu einer Marktanteilsaddition kommt, welche zudem relativ gering ausfällt.

B.4.1.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte

31. 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).

32. Gemäss Europäischer Kommission ist der räumlich relevante Markt für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen auf lokaler Ebene abzugrenzen. Diese Einschätzung basiert einerseits auf der Annahme, dass sich die Anbieter an den lokalen Konkurrenten messen. Andererseits ist auch aus Sicht der Kunden wahrscheinlich, dass eine Beschränkung auf einen lokalen Markt sachgerecht ist, da das Hauptkriterium für die Wahl eines Hotels in erster Linie sein wird, ob sich das Hotel überhaupt in der gewählten Destination, normalerweise einer Stadt, befindet.⁶

33. Eine weiterführende Unterteilung des Marktes in einzelne Stadtteile wurde von der Europäischen Kommission zurückgewiesen, da ihrer Ansicht nach der Wettbewerb der Hotels einer Stadt nicht an den Grenzen der Stadtteile endet.⁷

34. Das meldende Unternehmen geht in Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission ebenfalls davon aus, dass es sich um einen lokalen Markt handelt.

35. Für den vorliegenden Fall wird im Sinne einer Hypothese von einem lokalen, städtischen Markt ausgegangen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

36. Nachfolgend 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.

37. Die durch die Parteien zur Verfügung gestellten Marktanteile basieren auf einer Marktuntersuchung, die Ende 2017 von STR Inc.⁸, einem unabhängigen Unternehmen, welches Hoteldaten und Benchmarking-Services anbietet, durchgeführt wurde („STR Report“). Die geschätzten Marktanteile beziehen sich dabei auf die Anzahl der von der Accor Gruppe und MHR angebotenen Hotelzimmer in den lokalen Märkten für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen.

38. Für die in Rz 40 in der Tabelle aufgeführten betroffenen Märkte gilt allgemein, dass es durch Internetplattformen für potenzielle Kunden einfach ist, Preise und Dienstleistungen der verschiedenen Hotels zu vergleichen und bei einem Anstieg der Preise bzw. schlechterer Qualität der Dienstleistungen auf andere Hotels auszuweichen.

39. Ebenfalls gilt für die genannten Märkte, dass gemäss Meldung die Marktzutrittsschranken tief sind, da die Mittbewerber mittels Management-Vereinbarungen oder

² Vgl. Entscheid der Europäische Kommission, Case M.7902 – *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide*, 27. Juni 2016, N 21.

³ Vgl. Entscheid der Europäische Kommission, Case M.7902 – *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide*, 27. Juni 2016, N 47.

⁴ Entscheid der Europäische Kommission, Case M.7902 – *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide*, 27. Juni 2016, N 63.

⁵ Entscheid der Europäischen Kommission M.7902 - *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide* vom 27. Juni 2016, N 69.

⁶ Entscheid der Europäischen Kommission M.7902 - *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide* vom 27. Juni 2016, N 113 f.

⁷ Entscheid der Europäischen Kommission M.7902 - *Marriott International / Starwood Hotels & Resorts Worldwide* vom 27. Juni 2016, N 116.

⁸ Vgl. <https://www.str.com/about>, zuletzt besucht am 17. Juli 2018.

Mietverträgen in die lokalen Märkte für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen eintreten können. Dies wird durch den STR Bericht bestätigt.

40. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien vor und nach dem Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten im Bereich Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen im Jahr 2017:

	Markt	Accor		Mövenpick		Kumulierte Marktanteile	Marktanteilsaddition
		Lokal (nach Anzahl Zimmer insgesamt)	Anzahl Zimmer	Marktanteil in % (nach Anzahl Zimmer)	Anzahl Zimmer		
Genf	7'226	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %	[20-30] %	Ja
Biel	282	[...]	[30-40] %	0	0 %	[30-40] %	Nein
Winterthur	484	[...]	[30-40] %	0	0 %	[30-40] %	Nein
Egerkingen	217	0	0 %	[...]	[60-70] %	[60-70] %	Nein

Quelle: Angabe der Parteien

Genf

41. Gemäss STR-Bericht, welcher als Grundlage für die Berechnung der Marktanteile dient, betragen die kumulierten Marktanteile der Parteien [20-30] %. Die Marktanteile der nächsten Konkurrenten fallen mit [0-10] % (Manotel), [0-10] % (Kempinski Hotels) und [0-10] % (NH Hotel Group) vergleichsweise tief aus. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass Mövenpick in Genf nur ein Hotel betreibt. Die Marktanteilsaddition von Mövenpick fällt mit [0-10] % dadurch eher tief aus. Hinzu kommt, dass der STR Bericht ca. 25 % der Hotels nicht einbezieht. Es handelt sich dabei wohl eher um kleinere Hotels mit wenigen Hotelzimmern. Nichts desto trotz fallen die Marktanteile der Accor Gruppe und Mövenpick dadurch effektiv etwas tiefer aus als in der Tabelle oben unter Rz 40 aufgeführt.

42. Ferner baut die Rezidor Gruppe aktuell ein Hotel mit 250 Zimmern zwischen der Genfer Altstadt und dem Flughafen. Dieses Hotel wird unter der Marke Radisson Blu im Jahr 2021 eröffnet.⁹ Ausserdem planen BOAS Gestion SA, Hotel West Park Vernier, YotelPAD, citizen und MEININGER in den nächsten drei Jahren Hotels in Genf zu eröffnen.¹⁰

43. Aufgrund der geplanten Hoteleröffnungen ist davon auszugehen, dass der Markt in Genf insgesamt wachsen oder zumindest stabil bleiben wird und der Marktanteil von Accor und Mövenpick abnehmen bzw. gleich bleiben könnte.

⁹ <http://www.rezidor.com/news-releases/news-release-details/radisson-blu-hotel-open-geneva-0>, zuletzt besucht am 17. Juli 2018.

¹⁰ <https://www.hvs.com/article/8206-geneva-ripe-for-budget>, zuletzt besucht am 17. Juli 2018.

Biel

44. Eine Internetrecherche der Parteien hat in Bezug auf die in Biel verfügbaren Hotelzimmer 13 Hotels mit insgesamt 370 Zimmern ergeben und nicht lediglich 282 Zimmer (vgl. Tabelle in Rz 40), welche aus dem STR Bericht hervorgehen. Gestützt auf die Internetrecherche der Parteien hätte die Accor Gruppe einen Marktanteil von [20-30] %. Demnach wäre Biel kein betroffener Markt. Da die Angaben aus dieser Recherche mit Unsicherheiten verbunden sind, wird gestützt auf den STR Bericht von einem Marktanteil für Accor von [30-40] % in Biel ausgegangen.

45. In Biel ist lediglich Accor aktiv, weshalb sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss auf diesem Markt nicht verändert. Darüber hinaus sind in Biel mit dem Art Déco Hotel Elite ([20-30] % Marktanteil), Hotel Metropol ([20-30] % Marktanteil) und dem Hotel Dufour ([10-20] % Marktanteil) Konkurrenten mit relativ hohen Marktanteilen im Markt vorhanden, die sich disziplinierend auswirken.

46. Des Weiteren wird Marriott im Januar 2020 ein Hotel mit 100 Zimmern im Stadtzentrum von Biel eröffnen, was durch den STR Bericht bestätigt wird. Aufgrund der geplanten Hotelöffnung ist davon auszugehen, dass der Markt in Biel insgesamt wachsen oder zumindest stabil bleiben wird und der Marktanteil von Accor abnehmen bzw. gleich bleiben könnte.

Winterthur

47. Basierend auf der Internetrecherche der Parteien wäre für Accor von einem Marktanteil von [30-40] % in Winterthur auszugehen. Da dies wiederum mit Unsicherheiten verbunden ist, wird gestützt auf den STR Bericht in Winterthur für Accor von einem Marktanteil von [30-40] % ausgegangen. Mit Hotel Banana City ([20-30] % Marktanteil), Park Hotel Winterthur Swiss Quality ([10-20] % Marktanteil) und Sorell Hotel Krone ([0-10] % Marktanteil) sind wiederum relativ starke Konkurrenten mit disziplinierender Wirkung im Markt vorhanden. Überdies führt Mövenpick in Winterthur kein Hotel, weshalb sich im Markt durch den Zusammenschluss nichts verändert.

Egerkingen

48. In Egerkingen ist lediglich Mövenpick von den Parteien mit einem Marktanteil von [60-70] % vertreten. In Egerkingen gibt es lediglich 2 weitere Hotels, nämlich den Gasthof Kreuz mit [30-40] % Marktanteil und das Comfort Hotel Egerkingen mit [0-10] % Marktanteil. Da Egerkingen keine grösseren Sehenswürdigkeiten zu bieten hat, muss davon ausgegangen werden, dass es eher wegen seiner Nähe zur A1 als Hotelbeherbergungsort von Relevanz ist. Potenzielle Gäste würden mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ein Hotel in einer nahegelegenen Ortschaft in Betracht ziehen, was den hohen Marktanteil von Mövenpick wiederum relativiert.

Zwischenergebnis

49. 25 % der Hotels werden durch den STR Bericht nicht erfasst, was dazu führt, dass der effektive Marktanteil der Parteien eher etwas tiefer ausfallen dürfte, als im STR Bericht dargestellt. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass der Hotelbeherbergungs-Dienstleistungs-

Markt in Genf und Biel aufgrund der zu bauenden Hotels (vgl. Rz 42, 43 und 45) weiterwachsen wird, was die Marktanteile von Accor relativiert. Einzig in Genf führt der Zusammenschluss zu einer Marktanteilsaddition. Da Mövenpick in Genf lediglich ein Hotel betreibt, kommt es durch den Zusammenschluss zu einer eher tiefen Marktanteilsaddition von [0-10] %. In Biel, Winterthur und Egerkingen ist jeweils nur eine der Parteien im Markt tätig, weshalb sich die Situation in diesen Märkten durch den Zusammenschluss nicht verändert.

50. Überdies gilt für diese Märkte allgemein, dass es durch Internetplattformen für potenzielle Kunden einfach ist, Preise und Dienstleistungen der verschiedenen Hotels zu vergleichen und bei einem Anstieg der Preise bzw. schlechterer Qualität der Dienstleistungen auf andere Hotels auszuweichen.

51. Ebenfalls gilt für die genannten Märkte, dass die Marktzutrittsschranken eher tief sind, da die Mitbewerber mittels Management-Vereinbarungen oder Mietverträgen in die lokalen Märkte für Hotelbeherbergungs-Dienstleistungen eintreten können.

52. Aus den dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf den Märkten Genf, Biel, Winterthur und Egerkingen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3 Markt für Hotelmanagement-Dienstleistungen

53. Das meldepflichtige Unternehmen geht davon aus, dass es sich beim sachlich relevanten Markt um den Markt für Hotelmanagement-Dienstleistungen handelt und stützt sich wiederum auf die Argumentation der EU-Praxis.

54. Vorliegend kann die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung kein betroffener Markt vorliegt.

B.4.4 Markt für Hotelfranchising-Dienstleistungen

55. Das meldepflichtige Unternehmen geht davon aus, dass es sich beim sachlich relevanten Markt um den Markt für Hotelfranchising-Dienstleistungen handelt und stützt sich wiederum auf die Argumentation der EU-Praxis.

56. Vorliegend kann die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wiederum offen gelassen werden, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung kein betroffener Markt vorliegt.

B.4.5 Nebenabreden

57. Zu prüfen ist weiter, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung

gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

58. [...].

59. Die Parteien begründen das Konkurrenzverbot damit, dass dadurch der Käufer vor der Konkurrenz durch die Verkäufer geschützt würde.

60. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind¹¹, angelehnt.¹²

61. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht.¹³

62. In sachlicher Hinsicht müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden.¹⁴

63. Zeitlich erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für dessen Durchführung notwendig, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden. Wird nur der Geschäftswert übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre.¹⁵

64. Zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens vereinbarte Einschränkungen können entweder den Erwerber oder den Veräusserer begünstigen. Allgemein hat der Erwerber ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer, weil er die Sicherheit braucht, dass er den vollen Wert des übernommenen Geschäfts erwirbt. Es gilt grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.¹⁶

65. Das in der Meldung genannten Konkurrenzverbot entspricht in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO und kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

B.4.6 Ergebnis

66. 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.

¹¹ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

¹² RPW 2014/1, 312 f. Rz 44 ff., *Debrunner Koenig Holding AG/BST Holding AG*; RPW 2013/1, 99 Rz 54 f., *Publigroupe/ImproveDigital*; RPW 2016/3, 757 ff. Rz 58 ff., *7Days Group/Güll-Gesellschaften*; RPW 2017/1, 119 ff. Rz 53 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

¹³ EU-Bekanntmachung, Rz 22.

¹⁴ EU-Bekanntmachung, Rz 23.

¹⁵ EU-Bekanntmachung, Rz 20.

¹⁶ EU-Bekanntmachung, Rz 17.

B 2.3	8. Partners Group AG/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited
-------	---

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 4. Juli 2018

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. Juli 2018

1. Am 8. Juni 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben betrifft den geplanten Erwerb der indirekten gemeinsamen Kontrolle über GlobalLogic Holdings Limited (nachfolgend: GL oder das „Zielunternehmen“) durch bestimmte Anlagefonds, welche durch die Partners Group AG oder deren verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: Partners Group) beraten und/oder verwaltet werden, sowie Canada Pension Plan Investment Board (nachfolgend: CPPIB), via ihre Holding-Gesellschaft CPP Investment Board Private Holdings Inc. (nachfolgend: CPPIB Holding).

2. **Partners Group** ist ein globales Private Markets Anlageverwaltungsunternehmen mit einem verwalteten Vermögen von mehr als USD 740 Mia. in den Bereichen „Private Equity“, „Private Real Estate“, „Private Infrastructure“ und „Private Debt“. Partners Group stellt internationalen institutionellen Investoren, die den direkten Zugang zu sog. „Private Markets“ suchen, eine breite Palette von auf die Bedürfnisse der Investoren zugeschnittenen Anlagefonds und Portfolios zur Verfügung.

3. **CPPIB** ist eine kanadische Staatsgesellschaft (sog. Kronengesellschaft), welche im Dezember 1997 durch einen Parlamentsbeschluss geschaffen wurde. Als professionelle Anlageverwaltungsorganisation ist es das

langfristige Ziel von CPPIB, zur finanziellen Stärke von Canada Pension Plan (CPP) beizutragen, indem Vermögenswerte, welche ihr von CPP überwiesen und nicht für die Zahlung von Beiträgen benötigt werden, im besten Interesse von 20 Millionen kanadischen Beitragszahlern und Leistungsempfängern angelegt und Gewinne ohne ungebührliche Verlustrisiken maximiert werden.

4. **GL** ist eine in Jersey inkorporierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung („private company, limited by shares“). GL ist die Muttergesellschaft der GlobalLogic, Inc. Group (GlobalLogic). GlobalLogic ist ein weltweiter Anbieter von Softwareentwicklungsdienstleistungen (auch als „Implementierung“ bezeichnet) und dazugehöriger Beratung. Ihre Aktivitäten sind auf die USA fokussiert, wo sie die überwiegende Mehrheit ihres Umsatzes erzielt; sie hat nur eine beschränkte Präsenz in der EU. In der Schweiz verfügt GlobalLogic derzeit über keine Tochtergesellschaften. GL wird derzeit durch Private Equity Fonds, welche von Apax Partners LLP (nachfolgend: AP) beraten werden, und CPPIB, über deren Holdinggesellschaft CPPI Holdings, gemeinsam kontrolliert.

5. GL wird derzeit durch die Private Equity Fonds, die von AP beraten werden, und CPPIB gemeinsam kontrolliert. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der Aktienanteile und Stimmrechte von AP durch die Partners Group. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird Partners Group zusammen mit CPPIB die gemeinsame Kontrolle über GL erwerben. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 2. Juli 2018 von der Europäischen Kommission freigegeben.¹

6. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und nationalen Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2017. Wie aus den aufgeführten Umsätzen hervorgeht, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahr 2017, in CHF Mio.

Unternehmen	Umsatz 2017 [CHF Mio.] ²	
	schweizweit	weltweit
Partners Group	[...]	[...]
CPPIB	[...]	[...]
GlobalLogic Group	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

¹ Vgl. COMP/M.8972, PARTNERS GROUP / CPPIB / GLOBAL LOGIC.

² Diese Zahlen betreffen das Geschäftsjahr, das am 31. März 2017 zu Ende gegangen ist. Die Umsatzzahlen wurden anhand der durchschnittlichen Währungswechselkurse für die Periode 1. April 2016 bis

31. März 2017 gemäss der Publikation der Schweizer Nationalbank wie folgt umgerechnet; EUR 1 = CHF 1.0835, CAD 1 = CHF 0.7525 und USD 1 = CHF 0.9877.

7. Partners Group hat beschlossen, die gemeinsame Kontrolle über GL zu erwerben, um für seine Kunden und Investoren Anlagerenditen zu erzielen. Partners Group bringt auch komplementäre Fähigkeiten und Know-how mit, die zur weiteren Verbesserung des Geschäftsbetriebs von GlobalLogic genutzt werden können.

8. Da Partners Group und ihre Tochtergesellschaften, die nur im Bereich der Finanzanlagen tätig sind, keine Unternehmen kontrollieren, die in der Schweiz Dienstleistungen erbringen, die mit den Dienstleistungen des Zielunternehmens und/oder von CPPIB vergleichbar sind, wird es in der Schweiz keine Überschneidungen geben.

9. GL bietet in der Schweiz Dienstleistungen im Bereich Softwareentwicklung (Implementierung) an. Die Meldung und die folgende *Marktabgrenzung* beziehen sich auf diese Tätigkeiten und enthalten keine Ausführungen zu den Geschäftsaktivitäten von GL ohne relevanten Bezug zur Schweiz.

10. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis IT-Dienstleistungen grundsätzlich aufgrund (i) der Funktionalität der Dienstleistungen und (ii) der verschiedenen Branchen, in denen die Kunden tätig sind, segmentiert. Die EU-Kommission hat auch einen allumfassenden Markt für IT-Dienstleistungen in Betracht gezogen³ und die Marktuntersuchung hat bestätigt, dass zu einem gewissen Masse eine angebotsseitige Substituierbarkeit besteht, insbesondere zwischen grossen Anbietern einer Reihe von IT-Dienstleistungen. In Übereinstimmung mit der Praxis der EU-Kommission hat die WEKO eine Segmentierung von IT-Dienstleistungen nach ihrer Funktionalität und den verschiedenen Branchen erwogen.⁴ In Bezug auf die Funktionalität folgt die EU-Kommission grundsätzlich der von der Gartner Group vorgeschlagenen Segmentierung,⁵ welche zwischen (i) Beratung, (ii) Umsetzung inkl. Softwareentwicklung, (iii) IT-Outsourcing, (iv) Business Process Outsourcing, (v) Software Support, (vi) Hardware Support und (vii) Ausbildung und Schulung unterscheidet.⁶ Die WEKO hat IT-Dienstleistungen in Übereinstimmung mit der EU-Kommission unterteilt.⁷

11. Da GL fast ausschliesslich in der Softwareentwicklung (Implementierung) tätig ist, beschränken sich die weiteren Ausführungen dieses Abschnitts auf diesen Bereich. Dienstleistungen im Bereich Softwareentwicklung (Implementierung) können als projektbasierte Dienstleistungen zur Entwicklung und kundenspezifischen Anpassung von IT-Lösungen, Assets und Prozessen und deren Integration in bestehende Applikationen, Infrastrukturen und Prozesse definiert werden.⁸

12. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts kann im vorliegenden Fall indes offengelassen werden, da sich aufgrund der vernachlässigbaren Marktpräsenz der Zielgesellschaft in der Schweiz und aufgrund der Tatsache, dass keine horizontalen oder vertikalen Beziehungen zwischen CPPIB und der Zielgesellschaft bestehen, selbst unter der engst möglichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken ergeben (vgl. nachfolgend Rz 14).

13. Deshalb kann vorliegend auf eine genauere Abgrenzung der relevanten Märkte sowohl in sachlicher als

auch räumlicher Hinsicht verzichtet werden. In Übereinstimmung mit dem vorherigen Zusammenschlussverfahren *Canada Pension Plan Investment Board/Apax Partners LPP/GlobalLogic Holdings Limited* wird denn auch ausdrücklich offengelassen, ob die Märkte sachlich enger oder weiter abzugrenzen sind.⁹

14. GL erzielte im Jahr 2017 einen Schweizer Umsatz von lediglich USD [...] (ca. CHF [...]) mit Softwareentwicklungsdienstleistungen (Implementierung), was einem Anteil von etwa [0-10%] entspricht. Hinsichtlich Beratung im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung ist festzustellen, dass keine Überschneidungen mit den Tätigkeiten der von CPPIB oder von Partners Group kontrollierten Portfoliogesellschaften bestehen und dass diese Tätigkeit für das globale Geschäft von GL von begrenzter Bedeutung ist. Der Schweizer Umsatz von GL mit der Beratung beträgt USD [...] Mio., was etwa [0-10%] des Schweizer Marktes für Beratung ausmacht.¹⁰

15. Zusätzlich ist der IT-Dienstleistungsmarkt sehr kompetitiv aufgrund: (i) der Kaufkraft der Kunden, zu denen unter anderen IT-Berater wie IBM, Accenture und Deloitte Consulting oder Direktabnehmer (so genannte Digital Natives) wie etwa Google, Apple und Amazon zählen; (ii) der Multi-sourcing Strategie der Kunden; und (iii) der tiefen Marktzutrittsschranken, da neue Marktteilnehmer mit Hilfe leicht verfügbarer technischer (Softwareentwicklungs-)Tools von Drittanbietern und eines weltweiten Pools an Talenten schnell in den Markt eintreten können. So haben beispielsweise im Business Process Outsourcing und IT-Outsourcing tätige Unternehmen damit begonnen, ihr Dienstleistungsangebot um das Segment der Softwareentwicklung (Implementierung) zu erweitern. Ein namhaftes Beispiel dafür ist Accenture. Direkte Konkurrenten von GL sind jüngere Markteintritte, wie etwa Wipro, Infosys und Tata Consultancy Services.

16. Vor diesem Hintergrund gibt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerblichen Bedenken Anlass, da der Marktanteil des Zielunternehmens minimal ist und zwischen dem Zielunternehmen und Partners Group in der Schweiz keine Überschneidungen oder vertikale Beziehungen bestehen.

³ Entscheid der EU-Kommission vom 13. Oktober 2008, COMP/M.5301 - CAP GEMINI/BAS, Rz. 12.

⁴ RPW 2013/4, 662 f. Rz 54 ff. *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁵ Die Gartner Group ist eine unabhängige, in der Branchenanalyse tätige Unternehmung, welche auf die IT- Branche spezialisiert ist. Sie sammelt Marktinformationen und erstellt Reports, in welchen der IT-Dienstleistungsmarkt in unterschiedliche Segmente unterteilt wird.

⁶ Entscheid der EU-Kommission vom 15. Dezember 2014, COMP/M.7458 - IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa, Rz. 16.

⁷ RPW 2013/4, 662 f. Rz 54 ff. *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁸ Market Definitions and Methodology, Gartner, Ref. G00270646, S. 22.

⁹ RPW 2017/1, 127 ff. *Canada Pension Plan Investment Board/Apax Partners LPP/GlobalLogic Holdings Limited*.

¹⁰ Gartner IT services.

17. Der Zusammenschluss führt demnach auch bei einer nationalen Abgrenzung zu *keinen betroffenen Märkten* i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die vorläufige Prüfung ergibt somit 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 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Urteil vom 3. Mai 2018 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen Wettbewerbskommission – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2018 in Sachen Ticketcorner Holding AG, in Rümlang, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner und Starticket.

Sachverhalt:

A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) am 22. Mai 2017 erlassene Verfügung (nachfolgend: angefochtene Verfügung oder Untersagungsverfügung), mit der das Zusammenschlussvorhaben der Ticketcorner Holding AG, der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), der Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner) sowie der Starticket AG (nachfolgend: Starticket) untersagt wurde.

B. Beschwerdeführerin

B.a Die Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin oder Ticketcorner Holding) ist eine im Januar 2010 unter dem Namen Eventim CH AG gegründete und sogleich umfirmierte schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Rümlang (vormals bis 2013 in Zürich). Die Ticketcorner Holding ist eine reine Holding-Gesellschaft. Als einzige Beteiligung hält die Ticketcorner Holding 100 % der Aktien von Ticketcorner (beide zusammen nachfolgend: Ticketcorner-Gruppe). Ticketcorner Holding kontrolliert somit Ticketcorner alleine.

B.b Die Ticketcorner Holding wird zu 50% von der CTS-EVENTIM-Gruppe und zu 50% von der Ringier-Gruppe gehalten.

B.c Die Konzernmutter der CTS-EVENTIM-Gruppe ist die CTS Eventim AG & Co. KGaA (nachfolgend zusammen: CTS EVENTIM) - ein in Deutschland börsennotiertes Unternehmen, das hauptsächlich auch mit ihren Tochterunternehmen im Ticketvertrieb tätig ist. In der Schweiz hält die CTS EVENTIM neben der Beteiligung an der Ticketcorner Holding Beteiligungen im Bereich Live Entertainment, wie z.B. eine Mehrheitsbeteiligung an der Act Entertainment AG in Basel und eine 100%-Beteiligung an der CTS EVENTIM Schweiz AG in Rümlang.

B.d Die Ringier Holding AG ist die Konzernmutter der Ringier-Gruppe (nachfolgend zusammen: Ringier). Der Zweck des Medienunternehmens besteht in der Aus-

übung aller Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen.

C. Zusammenschlussparteien

Nebst der Beschwerdeführerin sind Tamedia, Ticketcorner und Starticket (nachfolgend alle vier zusammen: Zusammenschlussparteien oder Parteien) Parteien des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens.

C.a Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien schwergewichtig in der Schweiz tätig ist. Tamedia verfügt über diverse Tochtergesellschaften und hält heute [...] Mehrheitsbeteiligung an Starticket, wobei sich diese Beteiligung im Zeitpunkt des Vollzugs der vorliegenden Transaktion auf 100 % belaufen wird (vgl. Meldung des Zusammenschlussvorhabens vom 9. Januar 2017, Rz. 15).

C.b Ticketcorner ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, die im Jahr 2011 aus der Fusion der im Jahr 2003 gegründeten ehemaligen Ticketcorner AG und einer ehemaligen Ticketcorner Holding AG hervorgegangen ist. Der Geschäftszweck von Ticketcorner besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation, welche im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen umfasst. Ticketcorner ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der neuen Ticketcorner Holding. Kunden von Ticketcorner sind Veranstalter, die den Ticketvertrieb im Rahmen von Fremdvertriebsdienstleistungen ganz oder teilweise an Ticketcorner auslagern (sog. Business-to-Customer-Geschäft, „B2C-Geschäft“) oder die Eigenvertriebslösungen, d.h. Software und weitere Dienstleistungen, beziehen, um die Tickets selber zu vertreiben (sog. Business-to-Business-Geschäft bzw. „B2B-Geschäft“).

C.c Starticket ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Der Geschäftszweck von Starticket besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation für Veranstaltungen jeglicher Art, welche im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen umfasst. Daneben hat Starticket für die Veranstalter von Festivals ein bargeldloses Zahlungsmittel (cashless) entwickelt. Cashless ist für die Veranstalter eine Alternative zu Bargeld, Kredit- und Debitkarten sowie Mobile-Payment. Damit können beispielsweise Besucher eines Festivals ein Guthaben auf ihren Festivalbündel laden und somit Produkte auf dem Festivalgelände bezahlen. Kunden von Starticket sind Veranstalter,

die den Ticketvertrieb im Rahmen von Fremdvertriebsdienstleistungen ganz oder teilweise an Starticket auslagern („B2C-Geschäft“) oder die Eigenvertriebslösungen, d.h. Software und weitere Dienstleistungen, beziehen, um die Tickets selber zu vertreiben („B2B-Geschäft“).

Mit Fusionsvertrag vom 1. November 2016 wurde die ticketportal AG (nachfolgend: ticketportal), eine 100%ige Tochtergesellschaft von Starticket, in die Starticket fusioniert. Entsprechend wurde die Gesellschaft ticketportal am 9. November 2016 gelöscht. Mit der Fusion wurde das Anbieten von Ticketingsoftware, was vorgängig von ticketportal wahrgenommen wurde, in die Starticket integriert.

D. Das Zusammenschlussvorhaben

D.a Am [...] haben die Beschwerdeführerin und Tamedia die Transaktionsvereinbarung abgeschlossen, mit der beabsichtigt wird, dass Tamedia sich mit 25 % an Ticketcorner beteiligt. [...] Danach werden Ticketcorner Holding 75 % und Tamedia 25 % an Ticketcorner halten. [...], so dass Starticket in Zukunft eine 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner sein wird.

D.b [...].

E. Motivation für den Zusammenschluss

E.a Die Zusammenschlussparteien begründen das Zusammenschlussvorhaben damit, [...].

F. Der Ticketvertrieb

F.a Den Verkauf von Tickets an die Besucher einer Veranstaltung übernimmt für den Veranstalter ein Ticketingunternehmen, welches hierzu ein Netz an physischen Verkaufsstellen und/oder ein elektronisches Ticketverkaufssystem im Internet betreibt.

F.b Im Bereich des Ticketings sind in grundsätzlicher Hinsicht der Fremdvertrieb und der Eigenvertrieb von Tickets zu unterscheiden: Beim Eigenvertrieb setzt der Veranstalter die Tickets für seine Veranstaltungen gegenüber den Besuchern unmittelbar selbst ab; beim Fremdvertrieb überträgt der Veranstalter diese Aufgabe einem Dritten, wobei es sich üblicherweise um ein auf dieses Geschäft spezialisiertes Ticketingunternehmen handelt.

G. Vorinstanzliches Verfahren

G.a Am 15. November 2016 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Ticketcorner Holding, Tamedia, Ticketcorner und Starticket ein. Mit Schreiben vom 28. November 2016 zeigte das Sekretariat die Unvollständigkeit des Meldeentwurfs an und verlangte weitere Angaben insbesondere zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens und zu den Märkten.

G.b Am 9. Januar 2017 reichten Ticketcorner Holding und Tamedia die definitive Meldung des Zusammenschlussvorhabens beim Sekretariat ein.

G.c Im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragte das Sekretariat mittels Fragebogens vom 12. und 13. Januar 2017 verschiedene Veranstalter, verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Fremd- und Eigen-

vertriebsdienstleistungen sowie RailAway AG und die Swiss Music Promoters Association.

G.d Mit Schreiben vom 20. Januar 2017 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung und stellte Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 26. Januar 2017. Die gemeinsame Stellungnahme erfolgte am 26. Januar 2017.

G.e Am 9. Februar 2017 entschied die Kammer der Vorinstanz, eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 10 Abs. 4 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) durchzuführen. Die Einleitung der Prüfung wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 10. Februar 2017 mitgeteilt. Die Öffentlichkeit wurde diesbezüglich am 13. Februar 2017 mit einer Pressemitteilung orientiert.

G.f Am 17. Februar 2017 übersandte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer vertieften Prüfung mit der Bitte, dazu bis spätestens 27. Februar 2017 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Zusatzfragen an die Zusammenschlussparteien mit der Frist zur Beantwortung derselben bis am 22. Februar 2017 und sandte ihnen die Akten zu, wobei diejenigen Aktenstücke, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in Geschäftsgeheimnisbereinigung befanden, ausgeklammert wurden.

G.g Mit Schreiben vom 21. Februar 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Beantwortung der Zusatzfragen bis am 1. März 2017. Diesem Ersuchen wurde vom Sekretariat am 21. Februar 2017 teilweise entsprochen und die Frist auf den 27. Februar 2017 gesetzt. Die gemeinsame Stellungnahme erfolgte am 27. Februar 2017. Mit Schreiben vom 24. Februar 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Fristerstreckung zur Stellungnahme zur Beschlussbegründung bis am 13. März 2017 und verlangten Akteneinsicht, die vom Sekretariat gleichentags gewährt wurde. Dem Fristerstreckungsgesuch wurde vom Sekretariat am 27. Februar 2017 teilweise entsprochen und die Frist auf den 8. März 2017 gesetzt.

G.h Am 28. Februar 2017 beantragten die Zusammenschlussparteien eine weitere Akteneinsicht, welche vom Sekretariat am 2. März 2017 gewährt wurde.

G.i Im Rahmen der vertieften Prüfung befragte das Sekretariat zwischen dem 1. und 9. März 2017 verschiedene Veranstalter sowie verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Fremd- und Eigenvertriebsdienstleistungen.

G.j Nach erneutem Fristerstreckungsgesuch der Zusammenschlussparteien wurde die Frist zur Stellungnahme zur Beschlussbegründung auf den 9. März 2017 festgesetzt. Diese Stellungnahme erfolgte am 9. März 2017.

G.k Mit Schreiben vom 14. März 2017 verlangten die Zusammenschlussparteien erneut Akteneinsicht und machten einen Teilnahmeanspruch für den Fall von Besprechungen mit und Anhörungen von Dritten geltend.

Am 16. März 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die ersuchte Akteneinsicht.

G.i Mit Schreiben vom 14. März 2017 und 21. März 2017 reichten die Zusammenschlussparteien ihre Stellungnahmen ein. Am 24. März 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien ein weiteres Mal Akteneinsicht. Eine weitere gemeinsame Stellungnahme reichten die Zusammenschlussparteien am 27. März 2017 ein.

G.m Mit E-Mail vom 27. März 2017 hat das Sekretariat die Zusammenschlussparteien zu einer Anhörung am 24. April 2017 eingeladen, um deren Verschiebung die Zusammenschlussparteien mit E-Mail vom 28. März 2017 ersuchten. Dem wurde entsprochen und mit Schreiben vom 30. März 2017 wurden die Zusammenschlussparteien zu einer Anhörung am 8. Mai 2017 eingeladen.

G.n Am 28. März 2017 übersandte das Sekretariat Zusatzfragen, zu denen die Zusammenschlussparteien am 7. April 2017 fristgerecht Stellung nahmen.

G.o Gleichzeitig mit Schreiben vom 30. März 2017 übersandte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien die vorläufige Beurteilung mit der Bitte, dazu bis spätestens 10. April 2017 Stellung zu nehmen und gewährte ihnen wiederum Akteneinsicht. Am 7. April 2017 ersuchten die Zusammenschlussparteien um eine Frister Streckung zur Beantwortung der Zusatzfragen bis am 21. April 2017. Dem wurde vom Sekretariat am 10. April entsprochen. Die gemeinsame Stellungnahme der Parteien erfolgte am 21. April 2017.

G.p Am 7. April 2017, 12. April 2017, 21. April 2017 und 27. April 2017 gewährte das Sekretariat jeweils Akteneinsicht. Weitere Zusatzfragen wurden den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 1. Mai 2017 gestellt, zu denen sie am 5. Mai 2017 fristgerecht Stellung nahmen.

G.q Eine gemeinsame Anhörung der Zusammenschlussparteien durch die Vorinstanz fand am 8. Mai 2017 statt.

G.r Am 12. Mai 2017, 15. Mai 2017, 17. Mai 2017 und 18. Mai 2017 reichten die Zusammenschlussparteien weitere Stellungnahmen ein.

G.s Mit E-Mail vom 16. Mai 2017 befragte das Sekretariat die Tixtec AG, deren Stellungnahme gleichentags erfolgte, worüber die Zusammenschlussparteien am 18. Mai 2017 informiert wurden. Am 19. Mai 2017 gewährte das Sekretariat den Zusammenschlussparteien hierzu Akteneinsicht.

G.t Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 wurde das Zusammenschlussvorhaben von der Vorinstanz untersagt.

H. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

H.a Diese Verfügung vom 22. Mai 2017 wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 10. Juli 2017 beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren angefochten:

„(1) Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 sei vollumfänglich aufzuheben und das Zu-

sammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht ohne Auflagen und Bedingungen zu bewilligen.

(2) Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht mit den gemäss Rz. 476 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen und nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts geeigneten und erforderlichen Auflagen zu bewilligen.

(3) Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.“

Die Beschwerdeführerin stellt ferner folgende Verfahrensanträge:

„(4) Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit Zustellung der vorliegenden Beschwerde Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.

(5) Vor einem Entscheid durch das Bundesverwaltungsgericht sei eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören.“

H.b Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin um Angaben zur Höhe des Streitwerts der Beschwerde. Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 erklärte die Beschwerdeführerin, eine konkrete Schätzung des Streitwerts sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich, sie gehe jedoch davon aus, dass dieser sich in einer Grössenordnung von über CHF [...] bewege.

H.c Mit Schreiben vom 6. September 2017 beantragte die Vorinstanz eine Fristverlängerung für ihre Vernehmung bis zum 19. Oktober 2017, die ihr das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 12. September 2017 gewährte.

H.d Mit Schreiben vom 19. September 2017 ersuchte die Beschwerdeführerin um Bekanntgabe des Spruchkörpers und des zuständigen Gerichtsschreibers des vorliegenden Verfahrens.

H.e Am 16. Oktober 2017 reichte die Vorinstanz fristgerecht ihre Vernehmung ein, mit der sie das Nichteintreten auf die Beschwerde bzw. im Umfang des Eintretens deren Abweisung unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin beantragt.

H.f Mit Schreiben vom 16. Oktober 2017 erklärte die Beschwerdeführerin sich mit der Zusammensetzung des Spruchkörpers sowie der zuständigen Gerichtsschreiberin des vorliegenden Verfahrens einverstanden, verweist jedoch vor dem Hintergrund des vor dem Bundesgericht hängigen Verfahrens in Sachen Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich explizit auf die höchstrichterlichen Anforderungen an die Wahrung des Anspruchs auf ein unbefangenes Gericht.

H.g Mit Verfügung vom 24. Oktober 2017 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Vernehmung der Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Frist zur Stellungnahme bis zum 30. November 2017 zu und übersandte der Vorinstanz die Stellungnahme der Be-

schwerdeführerin betreffend Zusammensetzung des Spruchkörpers vom 16. Oktober 2017 zur Kenntnisnahme.

H.h Mit Schreiben vom 23. November 2017 beantragte die Beschwerdeführerin eine Fristverlängerung zur Stellungnahme bis zum 22. Januar 2018, die das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 28. November 2017 gewährte.

H.i Am 15. Januar 2018 reichte die Beschwerdeführerin fristgerecht ihre Replik ein, mit der sie vollumfänglich an ihren gestellten Rechtsbegehren und Verfahrensanhträgen festhält. Des Weiteren stellt die Beschwerdeführerin zusätzlich folgende neue Verfahrensanhträge:

„Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Stellungnahme der tixtec AG (act. 661) zu geben.

Es seien der Beschwerdeführerin die Umsätze der aktuellen Konkurrenten im Bereich Fremdvertrieb sowie im Bereich Eigenvertrieb in den Tabellen 5, 6 und 7 nach Rz. 265 sowie Tabelle 5 nach Rz. 403 in Bandbreiten bekannt zu geben.“

H.j Mit Verfügung vom 25. Januar 2018 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Replik der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zu.

H.k Mit Schreiben vom 5. Februar 2018 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG (nachfolgend: SBB) und die Beschwerdeführerin ihre Kooperation im Verkauf von Veranstaltungstickets auf Wunsch der SBB per Ende Februar 2018 beendet hätten. Mit Verfügung vom 8. Februar 2018 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Eingabe der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zu.

I. Inhalt der Beschwerde

I.a In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin sowohl die Verweigerung des rechtlichen Gehörs als auch die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Im Wesentlichen bringt sie vor, die Vorinstanz habe es trotz des bundesgerichtlich bestätigten Anspruchs auf Anhörung im Fusionskontrollverfahren unterlassen, sie über ihre Absicht, das Zusammenschlussvorhaben zu verbieten, zu informieren und dazu anzuhören. Des Weiteren habe die Vorinstanz viel zu kurze Fristen für die Stellungnahmen angesetzt, die Akteneinsicht sei nicht oder nur mangelhaft gewährt und auch die Parteivorbringen seien nur mangelhaft geprüft worden. Entsprechend habe die Vorinstanz dadurch ihre Begründungspflicht verletzt und die Aktenführung sei fehlerhaft und lückenhaft gewesen. Schliesslich habe die Vorinstanz sowohl die aktuellen und künftigen Marktverhältnisse als auch den potenziellen Wettbewerb ungenügend ermittelt.

I.b In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zweierlei Gesichtspunkte geltend:

I.c Erstens bringt sie vor, durch den Zusammenschluss werde keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Denn es sei von einem Gesamtmarkt für den Ticketvertrieb auszugehen, der Tickets für alle Arten von Veranstaltungen, die sowohl im Fremd- als auch im Eigenvertrieb verkauft würden, umfasse. Entsprechend sei die Markttabgrenzung der Vorinstanz zu eng, da diese den Markt fälschlicherweise in Fremd- und Eigenvertrieb unterteile. Zudem würde die Marktstellung von Ti-

cketcorner und Starticket falsch und willkürlich beurteilt und es bestünden entgegen der Ansicht der Vorinstanz tiefe Marktzutrittsschranken, die durch die in jüngster Zeit erfolgten Marktzutritte bestätigt würden. Aufgrund des tiefgreifenden Wandels im Ticketing-Markt und der fortschreitenden Digitalisierung bestünden zudem zahlreiche künftige Möglichkeiten zum Verkauf von Tickets, womit der potenzielle Wettbewerb zusätzlich verstärkt werde. Auch der Marktgegenseite komme eine starke Stellung zu. Die Beurteilung einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung habe im Rahmen einer Zusammenschlusskontrolle prospektiv zu erfolgen. Der angefochtenen Verfügung liege jedoch keine solche prospektive Beurteilung zugrunde.

I.d Als zweites Hauptargument rügt die Beschwerdeführerin die Unzulässigkeit des Verbots des Zusammenschlusses durch die Vorinstanz. Ein solcher Eingriff sei nur zulässig, wenn die Entwicklung der Marktstruktur sich mit hinreichender Bestimmtheit voraussagen lasse. Die Vorinstanz habe gegen das vom Gesetzgeber vorgesehene und von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung anerkannte Prinzip der zurückhaltenden Zusammenschlusskontrolle gehandelt und das Entstehen bzw. Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung sowie die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht nachgewiesen, sondern lediglich auf Vermutungen gestützt. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin bewiesen, dass die erforderlichen Verbotsvoraussetzungen aufgrund der aktuellen und potentiellen Konkurrenz sowie der tiefen Marktzutrittsschranken nicht erfüllt seien. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs sei schliesslich auch deshalb ausgeschlossen, weil gemäss Praxis der Vorinstanz der disziplinierende Effekt des potentiellen Wettbewerbs auch dann als ausreichend erachtet werde, wenn dieser von einem Unternehmen stamme, welches sie nicht dem fraglichen relevanten Markt zuordne und vorliegend selbst nach Ansicht der Vorinstanz genügend Wettbewerbsdruck in naheliegenden sachlichen und geographischen Märkten vorhanden sei, was in der angefochtenen Verfügung jedoch unberücksichtigt bleibe. Überdies habe die Vorinstanz sich nicht mit den von den Parteien vorgeschlagenen Auflagen auseinandergesetzt und schon gar nicht mit den Parteien über mögliche Auflagen verhandelt. Schliesslich habe die Vorinstanz das Zusammenschlussvorhaben drei Wochen vor Fristablauf verboten und nicht die mildere Massnahme der Auferlegung von geeigneten Auflagen gewählt, wodurch sie insbesondere gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen habe.

J. Parallelverfahren auf internationaler Ebene

J.a Im Zusammenhang mit der vorliegenden Beschwerde sei der Vollständigkeit halber auf den Entscheid des deutschen Bundeskartellamts vom 23. November 2017 hingewiesen, in dem das Bundeskartellamt den Zusammenschluss zwischen CTS Eventim und Four Artists untersagt hat. Geplant war der Erwerb der Mehrheit der Anteile an den Gesellschaften der Konzert- und Veranstaltungsagentur Four Artists - Four Artists Booking Agentur GmbH und Four Artists Events GmbH - durch die Konzernmutter CTS Eventim AG & Co. KGaA (Pressemitteilung abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/23_11_2017_CTS_Eventim_Four_Artists.html;jsessionid=

nid=3FF761282341DCB7340508664869A965.2_cid371?nn=3591568).

J.b Im Wesentlichen war dabei für das Bundeskartellamt massgebend, dass CTS Eventim als Anbieter des mit Abstand grössten Ticketsystems in Deutschland marktbeherrschend sei. Veranstalter von Konzerten oder Tourneen seien auf CTS ebenso angewiesen wie Vorverkaufsstellen, die Tickets vertreiben wollten. Zudem besitze CTS Eventim eine sehr starke Marktstellung beim Ticketvertrieb über den eigenen Online-Shop und habe bereits in der Vergangenheit verschiedene Veranstalter in seine Konzernstruktur integriert. Durch den Erwerb von Four Artists würde das Unternehmen Kontrolle über weitere, relevante Ticketkontingente erhalten und seine Marktposition weiter ausbauen. Nach Einschätzung des Bundeskartellamts würde der Erwerb von Four Artists zu einer Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung von CTS auf dem zweiseitigen Markt für Ticketsystemdienstleistungen gegenüber Veranstaltern und VVK-Stellen und damit zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten führen. Mit Four Artists würde CTS Eventim einen bedeutenden Veranstalter in seinen Konzern integrieren und damit zusätzliche Ticketkontingente in einer Grössenordnung von 500.000 - 1 Mio. Tickets pro Jahr an das eigene System binden. Die Expansionsmöglichkeiten von konkurrierenden Ticketsystemanbietern würden dadurch geschwächt.

J.c Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass das deutsche Bundeskartellamt CTS Eventim die Verwendung von sogenannten Exklusivvereinbarungen untersagt hat, die das Ticketing-Unternehmen mit Veranstaltern aus dem Bereich „Live Entertainment“ sowie mit Vorverkaufsstellen geschlossen hatte. Das Bundeskartellamt erblickte in diesen Vereinbarungen einen kartellrechtlich verbotenen Missbrauch von Marktmacht (vgl. Entscheid vom 4. Dezember 2017, B6-132/14-2).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt. Danach prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen gemäss Art. 7 VwVG sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. die ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

1) Sachliche Zuständigkeit

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Institutionen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Bei der angefochtenen Verfügung, mit der die Vorinstanz das Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin abgelehnt hat, handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Wettbewerbskommission stellt - aufgrund ihrer Ausgestaltung durch Art. 18 und 19

KG gemäss Art. 2 Abs. 3 und Art. 57a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) in Verbindung mit Art. 7 und 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung des Bundesrats vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.01) - als ausserparlamentarische Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 178 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 lit. f VVG dar. Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig.

2) Beschwerdefähigkeit

3. Die Beschwerdeführerin ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft und damit als juristische Person des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig. Die Voraussetzungen ihrer Beschwerdefähigkeit gemäss Art. 6 VwVG sind somit gegeben.

3) Beschwerdelegitimation

(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, alle drei Voraussetzungen für die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG seien erfüllt: (i) Die Beschwerdeführerin habe am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen; (ii) durch die angefochtene Verfügung sei sie als Verfügungsadressatin besonders berührt und (iii) das schutzwürdige Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung sei gegeben.

5. Die Beschwerdeführerin und Tamedia hätten [...]. Allein schon aus diesem Grund bestehe ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Entsprechend sei auf die Beschwerde einzutreten.

(2) Vorbringen der Vorinstanz

6. Demgegenüber bestreitet die Vorinstanz die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Das Interesse der Beschwerdeführerin sei nicht aktuell, weshalb es ihr an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle. Folglich sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

7. Als Begründung bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass lediglich die Beschwerdeführerin das Verbot des Zusammenschlusses durch die Vorinstanz angefochten habe, nicht jedoch Tamedia. Entsprechend könne davon ausgegangen werden, dass Tamedia als Muttergesellschaft von Starticket an der Fusion mit Ticketcorner nicht weiter interessiert sei.

8. Gestützt werde diese Annahme durch folgende Aussage seitens Tamedia anlässlich der Präsentation ihrer Halbjahreszahlen: „Im Ticketingmarkt wird Tamedia, nach dem Nein der Wettbewerbsbehörden zum Zusammenschluss mit einem Wettbewerber, Starticket aus eigener Kraft weiterentwickeln“ (Aktionärsbrief zum Halbjahresabschluss 2017 von Tamedia, verfügbar unter: https://www.tamedia.ch/tl_files/content/Group/Investor%20Relations/Deutsch/2017_halfjahresabschluss_de.p

df.). Gemäss Vorinstanz liess Tamedia diesem Statement auch Taten folgen, da sie während der vertieften Prüfungsphase ein zweistelliges Umsatzwachstum habe erzielen und diverse neue Veranstaltungskunden habe gewinnen können.

9. Seitens Tamedia entfalle damit die bezweckte gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen im Rahmen eines Zusammenschlusses. Da das Zusammenschlussvorhaben von Tamedia nicht mehr weiterverfolgt werde, sei das vorliegende Verfahren folglich mangels Streitgegenstands als gegenstandslos abzuschreiben. Über die Abschreibung eines gegenstandslos gewordenen Verfahrens habe gemäss Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG der Instruktionsrichter als Einzelrichter zu entscheiden.

(3) Würdigung durch das Gericht

10. Die Beschwerdelegitimation setzt gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG voraus, dass ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat bzw. ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

11. Mit Bezug auf das Vorbringen der Vorinstanz stellt sich die Frage, ob Tamedia verpflichtet gewesen wäre, zusammen mit der Beschwerdeführerin gegen das Verbot des Zusammenschlusses vorzugehen und somit ebenfalls Beschwerde einzulegen, um damit ihr Interesse an der Aufrechterhaltung des schwebend unwirksamen Transaktionsvertrags vom [...] zwischen ihr und der Beschwerdeführerin darzulegen. Da Tamedia beim Bundesverwaltungsgericht keine Beschwerde eingereicht hat, interessiert vorliegend folglich, ob bei der Beschwerdeführerin ein - aktuelles und praktisches - schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der vorinstanzlichen Verfügung zu bejahen ist, wobei dieses rechtlicher oder auch bloss tatsächlicher Natur sein kann (vgl. MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., 2016, Art. 48 Rn. 10, 15 ff.)

12. Schutzwürdig ist das Interesse, wenn der Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen oder einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (vgl. BGE 140 II 214 E. 2.1; 136 II 304 E. 2.3.1; 131 II 587 E. 2.1, 4.1.1; 123 II 376 E. 2; BVGE 2014/48 E. 1.3.3.4; 2013/56 E. 1.3.2; 2012/33 E. 1.2; 2010/12 E. 2.2, 4.3; 2009/31 E. 3.1; BVGE 2009/9 E. 1.2). Insofern muss die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 140 II 214 E. 2.1; 139 II 279 E. 2.2; 135 II 172 E. 2.1; BVGE 2009/10 E. 6.2.8). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht erachten ein Interesse in der Regel nur dann als schutzwürdig, wenn es im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und insofern im Rahmen eines Urteils auch behoben werden könnte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 131 II 361 E. 1.2; BGer, Urteil 1A.253/2005 vom 17.2.2006 E. 2.1.2; BVGE 2013/56 E. 1.3.1; 2013/33 E. 1.4; 2013/21 E. 3.1; 2012/33 E. 1.2;

2011/47 E. 1.4.2; 2010/37 E. 2.1; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2.1). Auch muss das verfolgte Anliegen mit der Beschwerde erreicht werden können und es müssen diesbezüglich konkret Rechtsbegehren gestellt werden (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.6 f.).

13. Mit Bezug auf die Frage, ob im Falle der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens beide bzw. alle Zusammenschlussparteien zusammen gegen die Verfügung vorgehen müssen, sei darauf hingewiesen, dass es bislang keine einschlägige Praxis zu dieser Problematik gibt. Dies gilt grundsätzlich für die Frage als solche und spezifisch auch mit Blick auf die Frage nach dem Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses, wenn nur eine bzw. nicht alle Zusammenschlussparteien gegen das Zusammenschlussverbot Beschwerde einlegen. Auch gibt es zu dieser Problematik keine einschlägigen Gesetzesbestimmungen, weder spezifische kartellrechtliche Normen noch allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Regeln. Überdies hat sich auch das Schrifttum mit dieser Frage bislang nicht auseinandergesetzt.

14. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet deshalb für die Klärung der vorliegenden Fragestellung insbesondere die folgenden zwei Gesichtspunkte als relevant: Eine zentrale Rolle spielt zunächst der Aspekt, dass durch das Einlegen eines Rechtsmittels der Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Zusammenschlusses bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids aufrechterhalten wird. Des Weiteren ist für die Beantwortung der vorliegenden Problematik auch auf die Regelung zur Meldepflicht gemäss Art. 9 KG zurückzugreifen.

a) Schwebende Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrags

15. Gemäss Art. 34 KG bestehen die Rechtsfolgen einer Meldung darin, dass die zivilrechtliche Wirksamkeit des Zusammenschlusses unter Vorbehalt des Fristablaufs gemäss Art. 32 Abs. 1 KG und der Bewilligung zum vorläufigen Vollzug aufgeschoben bleibt. Der Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit stellt eine Rechtsbedingung dar, deren Wirkung derjenigen einer aufschiebenden Bedingung i.S.v. Art. 151 OR entspricht (vgl. BORER JÜRIG/KOSTKA JUHANI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 34 Rn. 3; BOVET CHRISTIAN, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2. Aufl. 2013, Art. 33 LCart Rn. 1; DUCREY PATRIK, in: Homburger et. al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, Rn. 2). Wird ein Verpflichtungsgeschäft in Missachtung des Genehmigungsvorbehalts vollzogen, so hängt die Wirksamkeit des Geschäfts vom Entscheid der Wettbewerbsbehörde ab. Vollzugsgeschäfte sind folglich nicht sofort und endgültig nichtig, sondern schwebend unwirksam. Die Wirksamkeit eines genehmigungspflichtigen Zusammenschlusses ist somit immer aufschiebend bedingt. Die schwebende Unwirksamkeit wird im Fall einer positiven Mitteilung der WEKO oder eines Fristablaufs ohne Entscheidung bzw. Mitteilung der WEKO durch eine definitive Wirksamkeit aufgehoben, während eine Untersagungsentscheidung der WEKO die schwebende Unwirksamkeit unter Vorbehalt des späteren Erfolgs einer Beschwerde definitiv festlegt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbs-

beschränkungen, BBl 1995 I 468, zit. Botschaft KG 1995, 609 f.; BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 34 Rn. 8; DUCREY, a.a.O., Rn. 6).

16. Im Schrifttum wird die Frage diskutiert, ob Art. 34 KG nicht mit Art. 55 Abs. 1 VwVG in Konflikt steht, da bei einer Untersagungsentscheidung der WEKO die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts auch im Fall einer möglichen Verwaltungsbeschwerde weiter besteht, obwohl nach Art. 55 Abs. 1 VwVG der Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. BOVET, a.a.O., Art. 34 LCart Rn. 14). In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass die aufschiebende Wirkung des gewünschten Entscheids die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens nicht verwirklichen könne, da mit der aufschiebenden Wirkung keine positiven Anordnungen verbunden seien (vgl. BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 34 Rn. 16). Zutreffend ist, dass die aufschiebende Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde keinen Einfluss auf die schwebende Unwirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens haben kann, da dies andernfalls dem Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehalts seitens der WEKO zuwiderlaufen würde.

17. Die Transaktionsvereinbarung vom [...] zwischen der Beschwerdeführerin und Tamedia ist folglich bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids für beide Parteien schwebend unwirksam. Die Beschwerdeführerin und Tamedia haben entsprechend unter Ziff. 4.1.1. ihres Transaktionsvertrags vom [...] vereinbart, dass die Verpflichtung zum Vollzug für beide Parteien unter der einzigen Bedingung steht, dass [...]. [...]

18. Durch Einlegen einer Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung der Vorinstanz wird bewirkt, dass der Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit bis zum Eintritt der Rechtskraft des Zusammenschlussentscheids perpetuiert wird. Die Dauer des Rechtsmittelverfahrens ist dabei ungewiss, da diese sich aufgrund der Komplexität kartellrechtlicher Fragestellungen bei Zusammenschlussvorhaben und zufolge umfangreicher Akten zwischen einigen Monaten bis hin zu Jahren erstrecken kann, insbesondere wenn das Zusammenschlussvorhaben bis vor Bundesgericht weitergezogen würde. Sofern sich alle Zusammenschlussparteien, gegen die sich die vorinstanzliche Verfügung richtet, wehren und somit gegen die Untersagung des Zusammenschlusses Beschwerde einlegen, stellt das Aufrechterhalten der schwebenden Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags kein Problem dar. Der nach der vorinstanzlichen Untersagungsverfügung fortdauernde Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Transaktionsvertrags ist in diesem Fall von den Zusammenschlussparteien gewollt und somit eine für sie im Hinblick auf ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten bewusst kalkulierte Ungewissheit. Entsprechend wäre in einer solchen Konstellation die Beschwerdelegitimation aller Zusammenschlussparteien aufgrund des Bestehens eines schutzwürdigen Interesses zu bejahen.

19. Differenziert und anders ist demgegenüber die Beschwerdelegitimation zu beurteilen, wenn sich - wie im vorliegenden Verfahren - nicht sämtliche vor der Vorinstanz unterliegenden Zusammenschlussparteien gegen die Untersagungsverfügung wehren und entspre-

chend Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einlegen, sondern nur eine Zusammenschlusspartei bzw. ein Teil der Zusammenschlussparteien, die übrigen Verfügungsadressaten die Untersagung des Zusammenschlusses demgegenüber akzeptieren. Denn in einer solchen Konstellation hat es die beschwerdeführende Partei in der Hand, die schwebende Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrags für die gesamte Dauer des Rechtsmittelverfahrens und somit allenfalls bis zum Vorliegen eines höchstrichterlichen Entscheids auch gegen den Willen der nicht beschwerdeführenden Zusammenschlusspartei aufrechtzuerhalten. Wird die zivilrechtliche Unwirksamkeit nach Untersagung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO gegen den Willen einer Partei aufrechterhalten, so kann dies mit erheblichen Unsicherheiten für ihre wirtschaftliche Dispositionsfreiheit verbunden sein und auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zur Folge haben, dass ihre Konkurrenzfähigkeit aufgrund der allenfalls lang andauernden Unsicherheiten aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens beeinträchtigt und geschwächt wird.

20. Das Motiv von Tamedia, keine Beschwerde gegen die Untersagung des Zusammenschlusses beim Bundesverwaltungsgericht einzulegen, ist im vorliegenden Verfahren weder bekannt noch von Relevanz. Einzig entscheidend ist, dass im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben durch das einseitige Einlegen der Beschwerde nur die Beschwerdeführerin ihr Interesse am Aufrechterhalten des geplanten Zusammenschlusses manifestiert, nicht jedoch Tamedia.

21. [...].

22. Zur Untermauerung des vorangehenden Gedankengangs im Zusammenhang mit dem Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit eines Transaktionsvertrags sind auch die kartellgesetzlichen Fristen bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen heranzuziehen. Wird der WEKO ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet (Art. 9 KG), so hat sie im Falle einer Prüfung deren Einleitung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (Art. 32 Abs. 1 KG; Art. 20 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU, SR 251.4]). Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die WEKO habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt (Art. 32 Abs. 2 KG). Wenn die WEKO die Durchführung einer Prüfung beschliesst, so entscheidet sie zu Beginn der Prüfung, ob der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann oder aufgeschoben bleibt (Art. 33 Abs. 2 KG) und führt die Prüfung innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 33 Abs. 3 KG).

23. Des Weiteren ist zu beachten, dass Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen sowohl Verwaltungsanktionen als auch Strafsanktionen

zur Folge haben. Denn ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, gegen eine mit der Zulassung erteilte Auflage verstösst, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durchführt, wird mit einem Betrag bis zu einer Million Franken belastet (Art. 51 Abs. 1 KG). Bei wiederholtem Verstoss gegen eine mit der Zulassung erteilte Auflage wird das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des auf die Schweiz entfallenden Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen belastet (Art. 51 Abs. 2 KG). Zudem wird mit Busse bis zu 20'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen zuwiderhandelt (Art. 55 KG).

24. Zweck und Funktion der fusionskontrollrechtlichen Verfahrensvorschriften werden durch die Schaffung eines einfachen und raschen Verfahrens gewährleistet. Es sind deshalb für beide Verfahrensstadien - sowohl für die Vorprüfung als auch für das eigentliche Prüfungsverfahren - klar definierte Fristen vorgesehen (vgl. Botschaft KG 1995, 606 f.; BOVET, a.a.O., Vor Art. 32-38 LCart Rn. 3 ff.). Die kartellgesetzliche Fristenregelung für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen stellt eine eigenständige Sonderordnung dar; entsprechend finden die grundsätzlichen Normen des VwVG keine Anwendung (vgl. BORER JÜRIG, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 4; vgl. BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 32 Rn. 74, Art. 33 Rn. 20). Im Rahmen der einmonatigen Vorprüfung werden die Genehmigungsvoraussetzungen summarisch geklärt; im eigentlichen, viermonatigen Prüfungsverfahren findet, falls nötig, die vertiefte materielle Beurteilung der Frage statt, ob durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte (vgl. Botschaft KG 1995, 606).

25. Die WEKO hat somit in einer insgesamt fünfmonatigen Frist definitiv über die Zulässigkeit eines Unternehmenszusammenschlusses zu entscheiden. Durch diese knappen Fristen wird die Wahrung sowohl privater als auch öffentlicher Interessen sichergestellt, wird doch innert nützlicher Frist für die beteiligten Zusammenschlussparteien sowie die Öffentlichkeit und somit auch für weitere Wettbewerber Klarheit über die Rechtslage des geplanten Zusammenschlusses geschaffen. Denn bei Zulässigkeit des Einlegens einer Beschwerde nur durch eine Zusammenschlusspartei hätte es die beschwerdeführende Partei in der Hand, die Unklarheit über das Zusammenschlussvorhaben einseitig hinauszuzögern und dadurch die Schaffung von Rechtssicherheit für die beteiligten Zusammenschlussparteien sowie die Öffentlichkeit zu beeinträchtigen. Welche Bedeutung der Einhaltung der Vorschriften über die Prüfung eines meldepflichtigen Zusammenschlusses - insbesondere die Einhaltung des Vollzugsverbots während des Einleitungs- und Prüfungsverfahrens - beizumessen ist, wird durch deren Absicherung mittels verwaltungs- und strafrechtlicher Sanktion verdeutlicht.

26. Wäre es zulässig, dass die Untersagungsverfügung der WEKO nur durch eine beteiligte Zusammenschlusspartei bzw. einen Teil mehrerer Zusammenschlusspar-

teien mit Beschwerde angefochten werden könnte, so bestünden des Weiteren die Möglichkeit und damit die Gefahr, dass der Eintritt der Rechtswirksamkeit der Feststellungen der WEKO zur Frage der Marktmacht, die auf der vertieften materiell-rechtlichen Analyse des geplanten Unternehmenszusammenschlusses gründen, bewusst und damit künstlich hinausgezögert werden könnten.

27. Im vorliegenden Verfahren kommt die Vorinstanz in ihrer Untersagungsverfügung zum Ergebnis, dass der untersuchte Markt für Fremdbetriebsleistungen hochkonzentriert sei. Ticketcorner verfüge über eine überragende Stellung im vorliegend relevanten Markt, gefolgt von Starticket. Zusammen würden diese beiden Unternehmen gemessen am Gesamtumsatz und am Kommissionsumsatz ungefähr [...] des Markts ausmachen. Bei einer Betrachtung nach Anzahl Tickets - was gemäss den Parteien die einzig relevante Messgrösse sei - liege dieser Anteil bei ungefähr [...] (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 273). Diese Betrachtungen basierten auf der vorsichtigen Annahme, dass Ticketino und Fnac als gleichwertige Konkurrenten von Ticketcorner betrachtet werden. Ticketcorner verfüge über eine überragende Stellung im Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen, während Starticket das einzige Konkurrenzunternehmen sei, welches in sämtlichen Dimensionen überhaupt eine vollwertige Konkurrenz zu Ticketcorner darstelle (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 274, 318 ff.).

28. Die Vorinstanz zeigt in ihrer Verfügung des Weiteren auf, dass Ticketcorner bereits derzeit eine überragende Stellung am Markt im Vergleich zu sämtlichen Konkurrenten hat. Die überragende Marktstellung werde überdies durch [...] Exklusivitäten - mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern sowie Verkaufsstellen - noch verstärkt (vgl. angefochten Verfügung, Rz. 275 ff.). Nach Ansicht der Vorinstanz bestünden deshalb starke Indizien, dass Ticketcorner sich bereits zum jetzigen Zeitpunkt auf dem nationalen Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten könne und damit marktbeherrschend sei. Aufgrund der vorliegenden Informationen erscheine es als unwahrscheinlich, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb derzeit ausreiche, um Ticketcorner zu disziplinieren. Würde eine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner angenommen, so führe der geplante Zusammenschluss zu einer Verstärkung derselben. Selbst wenn jedoch derzeit keine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner bestehen würde, würde der Zusammenschluss mit Starticket auf jeden Fall zu einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner gemeinsam mit Starticket führen.

29. Die Prüfung durch die Vorinstanz hat darüber hinaus ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben in der gemeldeten Form auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen zu einer Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen beseitigt werden könne, zumal insbesondere der einzig valable Konkurrent verschwinden würde (vgl. angefochten Verfügung, Rz. 384 f.).

30. Das Aufschieben der Rechtskraft der Untersagungsverfügung durch das einseitige Einlegen einer Beschwerde erscheint somit auch unter dem Aspekt als problematisch, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Prüfung zum Ergebnis kommt, die Beschwerdeführerin verfüge bereits zum heutigen Zeitpunkt über eine überragende Marktstellung, die überdies durch [...] Exklusivitäten mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern und Verkaufsstellen noch verstärkt werde. Die Beschwerdeführerin profitiert folglich vom Aufschub der Rechtskraft in der Hinsicht, dass ihre bereits zum heutigen Zeitpunkt durch die Vorinstanz festgestellte überragende Marktstellung sich insbesondere auch mit Blick auf den Abschluss neuer bzw. erst jüngst abgeschlossener Exklusivverträge nicht zu ihrem Nachteil auswirken kann und besagte Verträge bis hin zur rechtskräftigen Feststellung der überragenden Marktmacht ihre Gültigkeit bewahren. Eine in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht unproblematische Situation wird durch das einseitige Einlegen der Beschwerde durch die Beschwerdeführerin somit künstlich aufrechterhalten, da der Feststellung der überragenden Marktmacht der Beschwerdeführerin und der damit verbundenen Konsequenzen bis zum Eintritt der Rechtskraft keine Verbindlichkeit zukommen kann.

31. In diesem Zusammenhang sei schliesslich auch darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Rückweisungsentscheid i.S. Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich vom 24. November 2016 (B-3618/2013) festgestellt hat, dass aufgrund der zwischen der Beschwerdeführerin und der Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich (nachfolgend: AGH) vereinbarten Ticketing-Kooperationsklausel ausreichende Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 1 KG der Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdeführerin und der AGH gemäss Art. 5 KG bestünden. Denn die Ticketing-Kooperationsklausel statuiert, dass Ticketcorner das Recht hat, mindestens 50 % aller Tickets (exkl. V.I.P.-Pakete mit Zusatzleistungen) sämtlicher Ticketkategorien für alle Veranstaltungen im Hallenstadion über alle möglichen gegenwärtigen elektronischen sowie in Zukunft allenfalls weiteren oder anderen Vertriebskanälen und Vertriebsarten (Call Center, Internet und POS) zu vertreiben (vgl. Sachverhalt, K.d.). [...].

b) Gemeinsame Meldepflicht der Interessengemeinschaft

32. Ergänzend zum Gesichtspunkt des ungerechtfertigten Aufrechterhaltens der schwebenden Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrags spricht auch die Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 9 KG gegen die Zulässigkeit des einseitigen Einlegens einer Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung nur durch eine Zusammenschlusspartei.

33. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gelten als Unternehmenszusammenschluss (i) die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen sowie (ii) jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

34. Gemäss Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können - einzeln oder in Kombination - insbesondere (i) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sowie (ii) Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

35. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Abs. 1 erfüllt und diese in Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

36. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss (i) 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 (ii) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG). Für die Berechnung dieser Grenzbeträge sind die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend. Als beteiligte Unternehmen im Sinne der VKU gelten (i) bei der Fusion die fusionierenden Unternehmen und (ii) bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 VKU). Die Meldepflicht besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet dessen Absätze 1-3, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem schweizerischen Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

37. Bei der Fusion ist die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens durch die beteiligten Unternehmen gemeinsam einzureichen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a. VKU). Bei der Erlangung der Kontrolle obliegt die Meldepflicht dem Unternehmen, welches die Kontrolle erlangt, oder den Unternehmen gemeinsam, welche die Kontrolle erlangen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

38. Im Zusammenhang mit dem Begriff des Unternehmenszusammenschlusses sei an dieser Stelle der Voll-

ständigkeit halber auf die Unterschiede zwischen dem Kartellgesetz und dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301) hingewiesen. Beide Gesetze weisen enge Berührungs- und Überschneidungspunkte auf und sie befassen sich teilweise mit denselben Strukturveränderungstatbeständen. Zur Klärung des gegenseitigen Verhältnisses normiert Art. 1 Abs. 4 FusG einen generellen Vorbehalt der Vorschriften des KG gegenüber dem FusG (vgl. BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 34 Rn. 34). Mit Bezug auf die Unterschiede der Begriffe ist festzuhalten, dass das FusG Strukturveränderungen erfasst und somit Unternehmenszusammenschlüsse unter den Begriffen der Fusion, der Spaltung mit Übertragung auf andere Gesellschaften sowie der Vermögensübertragung normiert. Die Umwandlung gemäss Art. 53 ff. FusG bewirkt eine Änderung der Rechtsform des betreffenden Unternehmens, ohne zu einer Strukturänderung zu führen (vgl. PATRIK DUCREY, SZW 2004, 283). Das KG geht demgegenüber von einem weiteren Begriff des Unternehmenszusammenschlusses aus (vgl. BORER, a.a.O., Art. 4 Rn. 26 ff.; MORSCHER LUKAS, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2005, Art. 1 Rn. 92). Entsprechend erfasst das KG als Unternehmenszusammenschluss neben dem engen Begriff der Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG auch den sog. Kontrollwerb gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG (vgl. DUCREY, a.a.O., 283; MORSCHER, a.a.O., Art. 1 Rn 90; OLIVER TRIEBOLD, Art. 1 FusG Rn. 11). Folglich wird jeder Vorgang, bei dem ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss im kartellrechtlichen Sinne qualifiziert (vgl. BORER, a.a.O., Art. 4 Rn. 28 ff.). Erfasst werden auch Änderungen in der Qualität der Kontrolle (vgl. RPW 2009/1, 81 Rn. 8; RPW 2007/4, 601 Rn. 10; BORER, a.a.O., Art. 4 Rn. 48; BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 34 Rn. 36).

39. Vorliegend gilt es zu klären, ob Tamedia im kartellrechtlichen Sinn über Mitkontrollrechte verfügt und somit nicht nur der Beschwerdeführerin, sondern auch Tamedia eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU obliegt. Sollte Tamedia über keine Mitkontrollrechte verfügen, so wäre nur die Beschwerdeführerin das meldende Unternehmen, das die Kontrolle über Starticket erwerben möchte.

40. Gemäss der Transaktionsvereinbarung vom [...] zwischen der Beschwerdeführerin und Tamedia ist geplant, dass Tamedia sich mit 25 % an Ticketcorner beteiligt. [...] Danach wird die Beschwerdeführerin noch 75 % an Ticketcorner halten. [...], so dass Starticket in Zukunft eine 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner sein wird.

41. [...]

42. [...]

43. [...]

44. Tamedia hält heute [...] der Aktien von Starticket [...]. [...] Tamedia kontrolliert damit Starticket alleine.

45. [...]

46. [...]

47. [...]

48. Wie in Art. 1 VKU statuiert, zählen zu den Mitteln der Kontrolle auch die Einräumung von Rechten oder der Abschluss von Verträgen, welche einen bestimmenden Einfluss auf Zusammensetzung, Beratungen oder Beschlüsse der Unternehmensorgane ermöglichen, wozu insbesondere auch Aktionärsbindungsverträge zählen (vgl. Botschaft KG 1995, 551; RPW 2003/3, 514 ff.). Entsprechend liegt ein Kontrollwerb vor, wenn das übernehmende Unternehmen in der Lage ist, über die zentralen Fragen der Unternehmensstrategie sowie über die entscheidenden Fragen der Geschäftsführung des übernommenen Unternehmens zu bestimmen und dadurch dessen Marktverhalten sowie die Marktstruktur nachhaltig zu beeinflussen. Zu den zentralen strategischen Entscheiden zählen neben der Mitbestimmung über die Zusammensetzung der Leitungsorgane insbesondere Beschlüsse über die Unternehmensstrategie, den Business-Plan und das Budget sowie generell wesentliche, über den ordentlichen Geschäftsgang hinausgehende Investitionen und Vorgänge (vgl. BORER, a.a.O., Art. 4 Rn. 31 ff.; DUCREY PATRIK/DROLSHAMMER JENS IVAR, in: Homburger et. al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, Art. 4 Rn. 95 ff.; KÖCHLI ROLAND/REICH PHILIPPE M., BakerMcKenzie Kommentar Kartellgesetz 2007, Art. 4 Rn. 54; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 725).

49. Die Kombination von Kontrollmitteln kann unter Umständen dazu führen, dass bereits Minderheitsbeteiligungen einem Zusammenschluss gleichkommen. Noch keinen genügenden Einfluss vermag in der Regel der Erwerb einer blossen Kapitalmehrheit ohne zugleich auch der Stimmenmehrheit zu begründen. Werden dem betroffenen Unternehmen jedoch über blosser Minderheitsrechte hinausgehende Schutz- oder Kontrollrechte bis hin zu eigentlichen Vetorechten eingeräumt, so kann das Unternehmen dadurch das erforderliche Mass an Mitbestimmung und somit Kontrolle erlangen. Auch Veränderungen innerhalb bestehender gemeinsamer Kontrolle über Gemeinschaftsunternehmen, der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle sowie der Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle können aufgrund der damit einhergehenden marktstrukturellen Änderungen einen Kontrollwerb gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. B KG bedeuten (vgl. RPW 2001/4, 714 Rn. 11; KÖCHLI/REICH, a.a.O., Art. 4 Rn. 55 f.). Für das Vorliegen einer gemeinsamen Kontrolle ist erforderlich, dass die zentrale Willensbildung beim kontrollierten Unternehmen im Wesentlichen in Übereinstimmung mit den kontrollierenden Unternehmen erfolgen muss; beispielsweise dadurch, dass gewisse wichtige Entscheide nur mit Zustimmung sämtlicher kontrollierender Unternehmen getroffen werden können (vgl. BORER, a.a.O., Art. 4 Rn. 38; KÖCHLI/REICH, a.a.O., Art. 4 Rn. 58; ZÄCH, a.a.O., Rn 732 f.).

50. [...]

51. [...]

52. [...]

53. Des Weiteren ist erforderlich, dass Ticketcorner und Starticket alle Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU aufweisen (vgl. zur Praxis der WEKO RPW 2012/1, 149 Rn. 38, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN). Beide Unternehmen betreiben heute in der Schweiz ein Ticketingunternehmen. Sie sind damit als Anbieter im Markt für Ticketvertrieb tätig. Sie stellen selbständige wirtschaftliche Einheiten mit eigener Geschäftspolitik dar, sind auf Dauer angelegt, verfügen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und über ausreichende Ressourcen - wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte - für die Geschäftstätigkeit. Nach Angaben der Parteien wird sich daran durch den Zusammenschluss nichts ändern (vgl. Meldung, Rn. 45 f.). Entsprechend ist die Vollfunktionalität sowohl für Ticketcorner als auch für Starticket zu bejahen. Überdies werden im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens die Aktivitäten von Ticketcorner und Starticket - insbesondere in den Bereichen Fremdvertriebsleistungen und Eigenvertriebslösungen - in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht, womit auch das Erfordernis von Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt ist (vgl. zur Praxis der WEKO RPW 2012/1, 150 Rn. 56, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN).

54. [...] eine gemeinsame Kontrolle zu dritt begründen, obliegt sowohl der Beschwerdeführerin als auch Tamedia gemeinsam die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU. Die Dogmatik der gemeinsamen Meldepflicht lässt sich auch auf das weitere Vorgehen der Zusammenschlussparteien im Falle einer Untersagungsverfügung übertragen. Im Zusammenhang mit Fusionen, bei denen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VKU - wie bei der Begründung einer gemeinsamen Kontrolle gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU - beide fusionierenden Unternehmen gemeinsam der Meldepflicht unterstehen, wird im Schrifttum explizit festgehalten, die fusionierenden Unternehmen bildeten eine Interessensgemeinschaft und seien per analogiam aus Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch zur Erfüllung der Meldepflicht verpflichtet (vgl. BORER/KOSTKA, a.a.O., Art. 32, Rz 33; BOVET, a.a.O., Art. 32 LCart Rn. 14). Art. 544 Abs. 3 OR statuiert, dass einfache Gesellschafter, die gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen sind, ihm unter Vorbehalt anderer Vereinbarung solidarisch haften. Der Gedanke, dass die Zusammenschlussparteien eine Interessensgemeinschaft bilden, die in Solidarität zur Einreichung der Meldung verpflichtet sind, gilt somit auch für die gemeinsame Meldepflicht bei der Begründung einer gemeinsamen Kontrolle gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU. Gestützt auf diesen Ansatz lässt sich in einem weiteren Schritt herleiten, dass diese Interessensgemeinschaft auch beim Einlegen einer Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung weiter besteht und somit eine gemeinsame Vorgehensweise der Zusammenschlussparteien bedingt. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese im Rahmen des Meldeverfahrens zwingend bestehende Interessensgemeinschaft durch einen abschlägigen Entscheid seitens der Vorinstanz aufgelöst werden sollte. Denn diese Interessensgemeinschaft wird nur hinfällig, wenn die Parteien sich gemeinsam entscheiden, die Untersagungsverfügung nicht mit Beschwerde anzufechten. Das Interesse an einer wettbewerbsrechtlichen Be-

urteilung auch durch die Beschwerdeinstanz muss folglich einheitlich durch das gemeinsame Vorgehen der Zusammenschlussparteien gegen die Untersagungsverfügung manifestiert werden.

55. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn die Zusammenschlussparteien als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR qualifiziert würden, was vorliegend aufgrund der dargelegten Argumentation jedoch nicht abschliessend beantwortet werden muss (vgl. BGE 131 I 153 E. 5.4 f. zur Beschwerdelegitimation von Mitgliedern eines übergangenen Konsortiums gegen einen Vergabeentscheid sowie grundsätzlich zur Frage der Geltung des zivilrechtlichen Instituts der notwendigen Streitgenossenschaft im öffentlichen Verfahrensrecht).

56. Sowohl der Gesichtspunkt des einseitigen Aufrechterhaltens der schwebenden Unwirksamkeit des Zusammenschlussvertrags als auch der Aspekt, dass die Zusammenschlussparteien eine Interessengemeinschaft hinsichtlich des Melde- und Beschwerdeverfahrens bilden, führen im vorliegenden Verfahren zum Ergebnis, dass die Beschwerdelegitimation aufgrund des fehlenden schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin nicht vorliegt und somit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Entsprechend erfolgt seitens des Bundesverwaltungsgericht keine materiell-rechtliche Prüfung des geplanten Zusammenschlussvorhabens, deren Vornahme sich jedoch auch mit Blick auf das materiell-rechtliche Prüfungsergebnis der Vorinstanz, wonach Ticketcorner und Starticket bei dem geplanten Zusammenschluss auf dem Markt für Fremdbetriebsleistungen zusammen ungefähr [...] bzw. [...] des Markts beherrschen würden, nicht aufdrängt.

II. VERFAHRENSKOSTEN

57. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

58. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf CHF 5'000.- festzusetzen.

59. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin die unterliegende Partei. Folglich hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 5'000.- zu leisten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 5'000.- auferlegt, welche nach

Rechtskraft dieses Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF [...] verrechnet werden.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);

- die Vorinstanz (Ref-Nr. 41-0816; Gerichtsurkunde);
- das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4
Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4
1. Arrêt du 18 mai 2018 – Recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 décembre 2015 – Cartels, sanction, articles de sport

Arrêt 2C_101/2016 du 18 mai 2018 de la Ite Cour de droit public Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR, recourant, contre Altimum SA, représentée par [...], intimée, Commission de la concurrence COMCO. Objet: Cartels - sanction, articles de sport, recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 17 décembre 2015 (B-5685/2012).

Faits :

A.

La société Roger Guenat SA, devenue en 2011 Altimum SA, dont le siège est à Oron (ci-après la Société), importe des articles de sports de montagne destinés à un usage de loisirs. Elle fournit l'ensemble des produits destinés aux activités sportives dites « verticales » (alpinisme, spéléologie, parc aventure, etc.), tels que des lampes frontales, des harnais, cordes, casques, piolets, crampons, à l'exception d'articles textiles.

Durant la période allant de la fin de l'année 2006 à mars 2010, ces produits étaient distribués par la Société au travers d'un réseau de 333 revendeurs indépendants dans le domaine du sport en Suisse, à savoir principalement des magasins de sport généraux ou spécialisés dans les sports de montagne. Les principales marques distribuées étaient Petzl (fabricant principal), Beal, Entre-prises, Ortovox et Boreal; sous réserve de ces deux dernières marques, la Société était l'importatrice exclusive de celles-ci. Les revendeurs étaient regroupés par la Société en trois catégories, en fonction du chiffre d'affaires annuel moyen qu'ils réalisaient avec la Société: 1. les « clients-clés » (chiffre d'affaires de 60'000 fr. environ), regroupant notamment la Migros, Dosenbach-Ochsner, Athleticum, Bächli Bergsport et Eiselin Sport; 2. les « revendeurs 50 » (chiffre d'affaires de plus de 10'000 fr.); 3. les « revendeurs 43 » (chiffres d'affaires de moins de 10'000 fr.). La Société comptait 21 « clients-clés » et 80 « revendeurs 50 » qui réalisaient ensemble plus de 60 % de son chiffre d'affaires sport.

B.

Le 18 septembre 2009, A., titulaire de la raison individuelle WAX.CH, a dénoncé auprès de la Commission de la concurrence COMCO (ci-après la Comco) la Société. Il reprochait à cette dernière de lui avoir imposé des prix de revente minimaux et cessé de le livrer, car il ne les respectait pas.

Une enquête a été ouverte par la Comco, qui s'est soldée par une décision du 20 août 2012. Aux termes de celle-ci la Comco a déclaré que les accords entre la Société et les revendeurs sur les prix minimaux de revente étaient illicites selon l'art. 5 al. 4 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart (ch. 1) et condamné la Société pour ce comportement, sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart, au paiement d'un montant de 470'000 fr. (ch. 2). Il était par ailleurs fait interdiction à la Société de surveiller ou de mettre en oeuvre un ou des accord (s) sur des prix de vente minimaux ou fixes (ch. 3); les frais de 50'000 fr. étaient mis à la charge de la Société (ch. 4); il était enfin précisé que l'inobservation de la décision serait punie des sanctions prévues aux art. 50 et 54 LCart (ch. 5).

Contre la décision du 20 août 2012, la Société a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral et a conclu principalement à l'annulation de la décision attaquée.

Par arrêt du 17 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral, après avoir rejeté les réquisitions de preuves déposées par la Société, a admis le recours, annulé la décision de la Comco du 20 août 2012, sous suite de frais et dépens (B-5685/2012).

C.

Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (ci-après le Département fédéral) forme un recours en matière de droit public à l'encontre de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 décembre 2015. Il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué (ch. 1), à ce qu'il soit constaté que les accords entre la Société et les revendeurs sur les prix minimaux de revente sont illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart (ch. 2) et à ce que l'affaire soit renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour la fixation de la sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart (ch. 3). Subsidièrement, le Département fédéral propose le renvoi de la cause devant l'autorité judiciaire précédente pour nouvelle décision au sens des considérants (ch. 4).

La Société a formé une réponse dans laquelle, après avoir demandé, sur de nombreux points, que l'état de fait constaté par le Tribunal administratif fédéral soit complété, elle conclut au rejet du recours. La Comco pour sa part renonce à déposer une réponse, se ralliant au recours du Département fédéral, dont elle indique avoir participé à la rédaction. Le Tribunal administratif fédéral

formule des observations, renvoyant pour le surplus à son arrêt.

D.

Le 18 mai 2018, la Cour de céans a délibéré sur le présent recours en séance publique.

Considérant en droit :

I. Recevabilité et pouvoir d'examen

1.

1.1. Le litige porte sur le bien-fondé d'une sanction reposant sur la LCart prononcée par la Comco à l'encontre de l'intimée. Il relève donc du droit public (art. 82 let. a LTF) et ne tombe sous le coup d'aucune des exceptions de 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. Dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF), rendue par le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 let. a), le recours a été formé par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche qui a qualité pour recourir (art. 89 al. 2 let. a LTF), dès lors que le droit des cartels relève de son domaine d'attribution (cf. arrêt 2C_343/2010 consid. 2.4 non publié aux ATF 137 II 199).

1.3. Le recours a par ailleurs été interjeté en temps utile compte tenu des fêtes (art. 46 al. 1 let. a et 100 al. 1 LTF). En outre, déposé dans les formes requises (art. 42 LTF), sous réserve de la conclusion en renvoi ch. 3 qui sera examinée ci-après (cf. infra consid. 16), 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 que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. 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 que la violation du droit ne soit manifeste (cf. ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116; 140 III 86 consid. 2 p. 88 s.; 133 III 545 consid. 2.2 p. 550; arrêt 4A_399/2008 du 12 novembre 2008 consid. 2.1 non publié aux ATF 135 III 112). Il n'est en revanche pas lié par l'argumentation juridique développée par les parties ou par l'autorité précédente; il peut admettre le recours, comme il peut le rejeter en procédant à une substitution de motifs (cf. ATF 139 III 471 consid. 3 p. 472 s. et les arrêts cités).

2.2. Dans sa réponse, l'intimée conclut au rejet du recours, tout en formulant également des griefs contre l'arrêt attaqué. Dès lors que le Tribunal administratif fédéral, tout en admettant son recours, lui a donné tort sur certains points, notamment lorsqu'il a reconnu qu'il y avait accord sur des prix minimaux, et laissé d'autres questions ouvertes, la Société a un intérêt digne de protection à contester ces aspects devant la Cour de céans, dans la mesure où les critiques soulevées sont propres à justifier le rejet du recours et le maintien de l'arrêt attaqué. Partant, les griefs de l'intimée remplissant ces exigences et qu'elle a formulés d'une manière recevable

dans son écriture devant la Cour de céans seront examinés.

3.

3.1. L'examen du Tribunal fédéral se fonde sur les faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF; ATF 142 I 155 consid. 4.4.3 p. 156), 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 à la double condition que les faits aient été établis de façon manifestement inexacte 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 p. 144 s.), ce que la partie recourante doit rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF. La partie intimée peut aussi contester les faits aux mêmes conditions si elle y a intérêt (cf. supra consid. 2.2). La notion de « manifestement inexacte » figurant à l'art. 97 al. 1 LTF correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; cf., pour la notion d'arbitraire, ATF 140 I 201 consid. 6.1 p. 205).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (cf. ATF 141 IV 369 consid. 6.3 p. 375; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

3.2. A titre préliminaire, l'intimée demande à ce que l'état de fait constaté par le Tribunal administratif fédéral soit précisé. Elle expose sur plusieurs pages des faits complétés et corrigés, dans le but de démontrer que, contrairement à ce qu'a retenu l'instance précédente, il n'y aurait eu aucune convention sur les prix entre Roger Guenat SA et 35 revendeurs proches géographiquement des magasins Athleticum. Elle présente à cet effet les réponses fournies par certains de ses revendeurs qui indiquaient que les prix recommandés n'étaient pas imposés et en déduit que l'appréciation des faits à laquelle a procédé le Tribunal administratif fédéral est erronée et contredite par les éléments au dossier. De telles critiques ne sont pas admissibles. En effet, il appartenait en premier lieu à l'intimée d'expliquer en quoi l'appréciation des faits était arbitraire. Or, celle-ci se contente d'opposer sa propre position, en se fondant sur les déclarations que certains de ses revendeurs lui auraient faites, mais sans expliquer pourquoi la position du Tribunal administratif fédéral, qui lui-même n'a pas retenu que l'ensemble des revendeurs se sentaient liés par des recommandations de prix, mais seulement certains d'entre eux, serait insoutenable. Examiner les critiques de l'intimée reviendrait pour le Tribunal fédéral à apprécier lui-même les faits, en confrontant l'appréciation de l'intimée à celle figurant dans l'arrêt attaqué, comme le ferait une autorité d'appel, ce qui n'est pas son rôle. Par conséquent, il n'entrera pas plus avant sur les griefs concernant les faits soulevés par l'intimée.

II. Objet du litige et positions juridiques des autorités précédentes

4.

Le litige porte sur le point de savoir si le Tribunal administratif fédéral a violé le droit en annulant la décision de la Comco du 20 août 2012 condamnant l'intimée (à l'époque Roger Guenat SA), au paiement de 470'000 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart pour avoir conclu des accords illicites avec l'ensemble de ses revendeurs sur des prix minimaux de revente selon l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

5.

5.1. Avant de résumer les positions juridiques respectives de la Comco et du Tribunal administratif fédéral, il convient de présenter brièvement les dispositions pertinentes issues de la LCart.

Cette loi 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). Pour ce faire, elle réprime certains accords en matière de concurrence.

L'art. 4 al. 1 LCart définit notamment les accords visés, à savoir 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.

L'art. 5 LCart décrit pour sa part les accords illicites. L'alinéa 1 prévoit ce qui suit: *les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.*

L'art. 5 al. 2 LCart définit ce qu'il faut entendre par les motifs d'efficacité économique évoqués à l'alinéa 1.

L'art. 5 al. 3 LCart décrit plusieurs types d'accords réunissant des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes qui sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace.

Enfin, l'alinéa 4 pose que: *sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues.*

Quant aux sanctions administratives consécutives à un accord illicite, l'art. 49a al. 1 1^{ère} phrase LCart prévoit que l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, 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.

5.2. La Comco, dans sa décision du 20 août 2012, a condamné la Société au paiement de 470'000 fr. en application de l'art. 49a al. 1 LCart pour avoir conclu des accords illicites avec l'ensemble de ses revendeurs sur des prix minimaux de revente selon l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart. En substance, elle a considéré que, pour les accords concernant les lampes frontales, la présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart n'avait pas été levée, contrairement aux autres produits, pour lesquels il y avait néanmoins atteinte notable à la concurrence sans que l'on puisse admettre une justification pour des motifs d'efficacité économique (cf. art. 5 al. 1 et 2 LCart).

5.3. Donnant raison à la Société, qui avait recouru devant lui, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'il y avait bien eu un accord vertical fixant des prix de revente minimaux, mais seulement avec 39 revendeurs, parmi les 333 détaillants de la Société. Il s'agissait de B., C. AG, D. AG, Bächli et 35 revendeurs situés dans les alentours de Bussigny et de Collombey où se trouvaient les deux succursales d'Athleticum. Pour les autres revendeurs, le Tribunal administratif fédéral s'est demandé si, à défaut d'accord, il existait néanmoins une pratique concertée sur des prix de vente minimaux, ce qu'il a nié. Se limitant aux 39 revendeurs pour lesquels un accord comportant des prix minimaux aurait été conclu, les juges précédents ont considéré que ceux-ci étaient de nature à entraîner une présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, mais que cette présomption avait été renversée pour l'ensemble des produits, y compris pour les lampes frontales. Examinant le point de savoir si ces accords affectaient la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, les juges précédents ont admis une telle atteinte sur le plan qualitatif, mais non quantitatif, car seuls 39 revendeurs concernés sur 333 suivaient les recommandations de prix, ce qui ne représentait que 12 % du marché de référence. A défaut d'atteinte notable à la concurrence sur le plan quantitatif, il n'y avait pas d'accord illicite, ce qui justifiait l'annulation de la décision de la Comco. Les juges précédents n'ont partant pas examiné les autres griefs soulevés par l'entreprise recourante.

III. Existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart

6.

La première question à trancher est celle de savoir si l'on est ou non en présence d'un accord sur les prix au sens de l'art. 4 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart et par conséquent, à la condamnation de la Société selon l'art. 49a LCart pour participation à un accord illicite.

6.1. Le Département fédéral reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir méconnu la notion « d'accord en matière de concurrence » au sens de l'art. 4 al. 1 LCart en niant l'existence d'un tel accord pour tous les revendeurs. Il lui fait grief d'avoir qualifié à tort les listes de prix émises par Roger Guenat SA à l'intention de ses revendeurs de « prix recommandés », alors que, sur la base des faits retenus dans l'arrêt attaqué, il s'agissait en réalité de prix à caractère obligatoire, peu importe

que parfois, Roger Guenat SA ou les revendeurs aient utilisé le terme de « prix recommandés ». Les éléments constatés démontraient que le respect des prix indiqués constituait une condition essentielle qui faisait partie intégrante du contrat de distribution. En outre, conformément au texte de l'art. 4 al. 1 LCart, il suffisait que l'accord vise à entraîner une restriction à la concurrence, sans qu'il soit nécessaire que ledit accord entraîne effectivement une telle conséquence.

6.2. L'intimée pour sa part conteste le fait que l'arrêté attaqué ait retenu l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, même limité à 39 revendeurs. Sur ce point, elle s'en prend aux faits constatés par le Tribunal administratif fédéral et considère que ceux-ci ont été établis en violation de son droit d'être entendue, dès lors qu'elle ignorait quels étaient les revendeurs situés près de Bussigny et Monthey pris en considération par le Tribunal administratif fédéral.

6.3. Les critiques des parties concernant l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart portent avant tout sur l'interprétation et la portée juridique données aux faits retenus. Afin de déterminer si le Tribunal administratif fédéral a correctement tenu compte des éléments de fait pertinents, il convient donc au préalable de s'attacher à la notion juridique d'accord, telle que visée par l'art. 4 al. 1 LCart.

6.4. Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart: il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *Droit de la concurrence*, Commentaire romand, 2e éd. 2013, n° 1 ad art. 4 al. 1 LCart).

6.4.1. Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accords horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; ATF 129 II 18 consid. 4 p. 23). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit au surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée.

L'existence d'un accord, qu'il soit vertical ou horizontal en matière de concurrence, suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (Message du Conseil fédéral concernant la LCart du 23 novembre 1994, FF 1995 I 544 ch. 224.1; cf. ATF 129 II 18 consid. 6.3 p. 27; 124 III 495 consid. 2a p. 499). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 21 ad art. 4 al. 1 LCart; NYDEGGER/NADIG in *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, n° 83 ad art. 4 al. 1 LCart). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants

doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties. Les manifestations de volonté tacites comprennent notamment les actes concluants, c'est-à-dire ceux dont l'accomplissement implique une certaine volonté relative à la relation des parties (arrêt 4C.371/2006 du 19 janvier 2007 consid. 5 et les références citées). Il faut que l'on puisse discerner une collaboration voulue et consciente de deux ou plusieurs entreprises, ce qui fait défaut en cas de restrictions à la concurrence purement unilatérales (cf. ATF 124 III 495 consid. 2a p. 499 s.). Ainsi les recommandations figurant dans des accords verticaux, qui consistent en des déclarations unilatérales et non contraignantes (PHILIPP ESTERMANN, *Die unverbindliche Preisempfehlung*, 2016, p. 9), ne sont pas, sous réserve d'une pratique concertée, des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 48 et 56 ad art. 4 al. 1 LCart; NYDEGGER/NADIG, op. cit., n° 94 et 120 ad art. 4 al. 1 LCart; cf. aussi ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd. 2005, n° 375 p. 180), puisqu'elles ne sont pas de nature à limiter l'autonomie décisionnelle des parties (cf. JÜRIG BORER, *Kommentar Wettbewerbsrecht I*, 3e éd. 2011, no 3 et 9 ad art. 4 LCart). En revanche, une déclaration unilatérale peut, si elle est contraignante, constituer un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart sous la forme d'une convention obligatoire, ce qui est le cas notamment si la volonté de l'auteur de la déclaration est reconnaissable pour l'autre partie et que cette dernière l'accepte expressément ou par acte concluant (JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle, Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht*, 2010, p. 409 ss n° 1197, 1201 s.). On considère ainsi que, lorsque l'importateur détermine le prix de revente de ses produits et que le distributeur s'expose à des sanctions en cas de refus d'appliquer celui-ci, on est en présence d'un accord, remplissant les caractéristiques d'une convention obligatoire (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 26 ss ad art. 4 al. 1 LCart; cf. ANTIPAS, op. cit., p. 204).

6.4.2. Il est admis qu'un accord qui limite la libre formation du prix est propre à entraîner une restriction à la concurrence, et remplit ainsi la seconde condition posée à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. supra consid. 6.4; ATF 129 II 18 consid. 5.1 et 5.2.2 p. 24 s.). Il n'est pas nécessaire, sous l'angle de l'art. 4 al. 1 LCart, que l'accord déploie effectivement des effets sur la concurrence, il suffit à ce stade qu'il vise une telle restriction (MARINO BALDI, *Zur « Grundsätzlichkeit » der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW*, in *PJA* 1/2018, p. 68 ss, 70; NYDEGGER/NADIG, op. cit., n° 40 ad art. 4 al. 1 LCart; BORER, op. cit., n° 4 ad art. 4 LCart).

6.4.3. La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 consid. 4.2.5.2 p. 273 s.; 139 I 72 consid. 4.4 p. 81 s.) avec un caractère similaire au droit pénal (cf. ATF 143 II 297 consid. 9.1 p. 337; 139 I 72 consid. 2 p. 78 ss; arrêt 2C_1017/2014 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 p. 40), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 consid.

2.2.2 in fine p. 80). 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 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié aux ATF 138 I 367). Le juge peut forger sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. arrêts 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1; 6B_118/2009 du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié aux ATF 138 I 97; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen Zweifel - über das Beweismass im Kartellrecht*, in *AJP* 2014 p. 1333, p. 1337).

6.4.4. En droit de la concurrence, les exigences liées à la preuve ne doivent pas être exagérées lorsque, comme en l'espèce, les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 consid. 8.3.2 p. 91 s.). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares (ESTERMANN, *op. cit.*, p. 216) et le présent cas ne fait pas exception, faute d'accord écrit sur les prix entre les différents intéressés (cf. *infra* consid. 6.5). L'appréciation doit donc se faire sur la base d'indices dans de tels cas.

6.5. En l'occurrence, il a été constaté, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) qu'il n'y avait pas de contrat écrit entre Roger Guenat SA et ses revendeurs; néanmoins, le grossiste avait établi un document interne intitulé « Conditions à la revente », qui énumérait les critères auxquels un revendeur devait répondre pour être agréé. Ce document prévoyait sous sa let. e: « *Politique de prix raisonnable et responsable: avoir une politique respectueuse du marché établi (attention ne peut être clairement citée)* ». Par ailleurs, Roger Guenat SA communiquait une fois par an à ses revendeurs des listes de prix de revente par marque, calculés sur la base des indications reçues de ses fournisseurs. Ces listes étaient disponibles sur son site internet et accessibles au public. L'arrêt attaqué retient en outre, ce que souligne le recourant, que: *durant la période sous investigation, Roger Guenat SA a tenté d'imposer à ses revendeurs des prix de revente minimaux - en ce sens que ceux-là ne devaient pas fixer de prix inférieurs de 10 % à ceux de la liste de prix recommandés - et s'est assuré que ceux-ci soient effectivement appliqués, à l'aide de pressions, soit en les menaçant de retard, voire de suspension des livraisons en cas de non-respect. Le fait que deux détaillants se soient plaints auprès du grossiste de ce que des concurrents s'écartaient de la liste de prix, qu'ils aient déclaré qu'ils en informeraient les autres revendeurs et qu'ils aient requis des explications ou une intervention de la part de l'importatrice en vue de faire respecter la liste, constitue un indice, selon lequel il était, en principe, attendu des revendeurs qu'ils se conforment aux listes de prix. L'ensemble des courriels contenus dans le dossier constituent en particulier des indices qui, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, plaident plutôt en faveur d'une généralisation de la politique de prix menée par Roger Guenat SA à l'ensemble de ses revendeurs, en ce sens que le fournisseur a très*

vraisemblablement exigé de ses détaillants le respect de sa liste de prix de revente minimaux. Il faut toutefois relever que, parmi les dix détaillants pour lesquels l'autorité inférieure a reçu une réponse aux questionnaires envoyés, seuls trois ont clairement indiqué avoir subi des pressions de la part de Roger Guenat SA en vue d'un respect strict des prix minimaux (cf. arrêt attaqué p. 49 s.). Concernant les courriels internes à la Société, il convient de citer celui du 10 décembre 2009: « Information importante. Commission de la concurrence. Au cas où quelqu'un vous téléphone pour demander des renseignements, ATTENTION de ne JAMAIS dire que nous cessons de livrer un magasin PARCE qu'il ne tient pas les prix » (cf. arrêt p. 46), ainsi que celui antérieur du 28 novembre 2006 qui confirme une telle pratique: « Ne pas livrer [...], nouveau magasin de sport (à côté de B.) il fait du rabais 20% à tous ses clients, B. est fâché!!! ce qui est normal! Donc: NE PAS LIVRER, s'il vient demander, informer [...] de suite » (cf. arrêt p. 38). En outre, il ressort de courriels de juin 2009 que la Société a remis le document « Conditions à la revente » à A. en lui indiquant que les prix recommandés étaient obligatoires et que les livraisons seraient stoppées en cas de prix inférieur de 10% au prix recommandé (cf. arrêt attaqué p. 33 s.). L'arrêt attaqué retient également que la Société avait exigé d'Athleticum qu'il ne pratique que des rabais de caisse, afin que ses concurrents locaux les ignorent et ne « cassent » pas leurs prix pour être concurrentiels; la Société avait de plus confirmé par écrit à un revendeur qu'elle avait dû faire une concession à Athleticum, car c'était le seul moyen de le contrôler (cf. arrêt attaqué p. 41 ss).

Comme le relève pertinemment le recourant, ces constatations de fait suffisent à admettre l'existence d'un accord portant sur des prix minimaux au sens de l'art. 4 al. 1 LCart sous forme d'une déclaration unilatérale contraignante que les magasins de sport acceptaient implicitement en devenant les revendeurs de Roger Guenat SA. En effet, les Conditions à la revente n'étaient pas présentées comme de simples recommandations à l'attention des revendeurs, mais fixaient des exigences que ceux-ci étaient tenus de respecter pour être agréés. A cet égard, il faut relever que la formulation figurant dans lesdites conditions au sujet de la politique de prix « *attention ne peut être clairement citée* » laisse à penser que les parties à l'accord n'ignoraient pas le caractère potentiellement illicite de celui-ci. En outre, le revendeur ne respectant pas les prix était à tout le moins menacé de sanctions par le distributeur, ce dernier étant passé à exécution dans un cas avéré. Le fait que seuls trois revendeurs aient expressément indiqué à la Comco avoir subi des pressions ne saurait signifier que la Société limitait sa politique de prix minimum à quelques magasins parmi ses revendeurs. De même, on ne voit pas pourquoi les éléments révélateurs de l'existence d'un accord sur les prix mis en évidence en lien avec le magasin Athleticum devraient se limiter aux seuls revendeurs situés dans la région; ils ne font que confirmer l'existence d'une politique générale des prix mise en place au travers des conditions générales applicables à tous les revendeurs. Du reste, il est difficile de saisir pour quels motifs, alors que tous les magasins de sport étaient liés à Roger Guenat SA par les mêmes clauses contractuelles, un accord sur les prix minimums sous

forme d'une convention obligatoire n'aurait été conclu qu'avec certains d'entre eux, comme le retient l'arrêt attaqué. Les éléments qui précèdent représentent un faisceau d'indices convergents et convaincant qu'en acceptant les « Conditions à la revente » - condition sine qua non pour être agréé - et la rubrique "politique de prix raisonnable" qu'elles comportaient, l'ensemble des revendeurs se sont engagés à respecter les prix de la liste officielle. Il existait ainsi un accord vertical sur les prix basé sur une convention obligatoire.

6.6. Le Tribunal administratif fédéral s'est focalisé sur le suivi des « recommandations de prix », afin de déterminer s'il existait une pratique concertée de la part de l'ensemble des entreprises, ce qu'il a nié, sauf pour 39 d'entre elles. Ce faisant, les juges précédents perdent de vue que les éléments qu'ils ont eux-mêmes constatés suffisent à établir l'existence d'un accord sur les prix minimaux au sens de l'art. 4 al. 1 LCart sous forme d'une convention obligatoire (cf. supra consid. 6.5), sans qu'il soit besoin de s'interroger sur l'existence d'une pratique concertée. Par ailleurs, en exigeant de la Comco qu'elle démontre que chacun des revendeurs respectait, tout en s'y sentant contraint, la politique de prix du distributeur et en reprochant à cette autorité de ne pas avoir apporté la preuve du respect effectif des prix minimaux et de la concrétisation des menaces de sanction, sous réserve du revendeur A., le Tribunal administratif fédéral semble oublier que, selon le texte même de l'art. 4 al. 1 LCart, il suffit que l'accord vise une restriction à la concurrence, peu importe qu'il en entraîne une.

6.7. L'intimée, pour sa part, se plaint d'une constatation inexacte et incomplète des faits sur la base desquels le Tribunal administratif fédéral a retenu l'existence d'une convention entre Roger Guenat SA et 35 détaillants situés dans les régions de Bussigny et de Collombey. Elle reproche également à l'instance précédente de ne pas lui avoir transmis la liste de ces magasins, cette liste ne figurant même pas dans l'arrêt attaqué. Elle ne formule toutefois aucun grief en lien avec une violation de son droit d'être entendue à cet égard comme l'art. 106 al. 2 LTF l'impose. Au demeurant, s'il est regrettable que l'arrêt attaqué n'indique pas quels étaient les 35 revendeurs visés, il n'en découle aucune conséquence juridique, puisque les faits constatés démontrent l'existence d'un accord sur les prix pour tous les revendeurs (cf. supra consid. 6.5). Enfin, en ce qui concerne les constatations prétendument inexactes, l'intimée complète librement les faits de l'arrêt attaqué, mais sans expliquer en quoi ceux-ci auraient été établis de façon manifestement inexacte, notion qui correspond à celle d'arbitraire (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117), de sorte qu'elles n'ont pas à être examinées (cf. supra consid. 3).

L'intimée envisage aussi l'hypothèse où le Tribunal fédéral, suivant la position du Département fédéral, retiendrait l'existence d'un accord général sur les prix imposés par le distributeur. Elle cherche à démontrer qu'aucune des situations prises en considération par la Comco ne serait constitutive d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Ce faisant, l'intimée reprend les réponses fournies par les revendeurs au questionnaire qu'elle leur avait elle-même soumis et s'écarte des faits retenus non seulement par la Comco, mais aussi par l'arrêt attaqué, sans en démontrer le caractère arbitraire, ce qui n'est pas

admissible. Il n'y a partant pas lieu d'entrer plus avant sur les griefs relatifs aux faits développés par l'intimée.

6.8. Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. supra consid. 6.4). Tel est le cas en l'espèce, puisque l'accord en question empêche les revendeurs de fixer librement leur prix (ATF 129 II 18 consid. 5.1 p. 24; ESTERMANN, op. cit. p. 197; ANTIPAS, op. cit., p. 285). Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart (cf. infra consid. 7 ss) (NYDEGGER/NADIG, op. cit., n° 41 ad art. 4 al. 1 LCart).

6.9. En conclusion, en ne retenant pas, sur la base des faits constatés, un accord sur les prix au sens de l'art. 4 al. 1 LCart valant de manière générale pour l'ensemble des revendeurs de la Société, l'arrêt attaqué viole le droit fédéral. Dans la suite du raisonnement, il sera tenu compte de l'existence d'un tel accord.

IV. Suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart pour les lampes frontales

7.

Le Département fédéral s'en prend ensuite à l'interprétation et à l'application données par le Tribunal administratif fédéral à l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart. Il reproche à l'arrêt attaqué d'avoir retenu que la présomption de suppression de la concurrence efficace avait été levée s'agissant des lampes frontales de la marque Petzl. En revanche, il ne conteste pas la levée de cette présomption que la Comco a admise pour les autres articles, ce que l'intimée ne remet évidemment pas non plus en cause. La suite du raisonnement se limitera ainsi aux lampes frontales de la marque Petzl.

7.1. Le Tribunal administratif fédéral a fondé son raisonnement sur la prémisse que l'accord illicite ne liait que 39 entreprises sur les 333 détaillants de la Société. Selon les juges précédents, ces revendeurs étaient dans tous les cas trop peu nombreux pour que l'on puisse admettre une suppression de la concurrence intramarque en lien avec les prix sur le marché des lampes frontales, ce qui entraînait une levée de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Un tel raisonnement ne peut être repris puisque, comme on vient de le voir, il faut considérer qu'un accord sur les prix au sens de l'art. 4 al. 1 LCart liait l'ensemble des 333 revendeurs (cf. supra consid. 6.5). Il convient toutefois de se demander si la position de l'arrêt attaqué peut être confirmée par substitution de motifs (cf. supra consid. 2.1).

7.2. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui, notamment, imposent un prix de vente minimum ou fixe sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace (cf. arrêt 2A.430/2006 du 6 février 2007 consid. 4; sur les principes régissant l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart: ATF 143 II 297 consid. 6.2 p. 325 ss). Ces accords, appelés accords durs (harte Abrede), supposent la suppression de toute autonomie dans la fixation de l'ensemble des paramètres de la concurrence déterminants (cf. ATF 129 II 18 consid. 8.3.2 p. 36 s.; BORER, op. cit., n° 29 ad art. 5 LCart). Il faut donc se demander si, malgré l'accord, il subsistait encore une

concurrence entre les revendeurs de la Société (ATF 129 II 18 consid. 8.3.2 p. 37).

Cette présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 143 II 297 consid. 4.2 p. 312; le point de savoir si le maintien d'une concurrence intermarque peut aussi être pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans l'arrêt cité et controversée en doctrine - cf. contre la prise en compte de ce critère, notamment KRAUS-KOPF/SCHALLER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, n° 585 ss ad art. 5 LCart; en faveur, notamment ADRIEN ALBERINI, Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence, in SJ 2010 II 123, p. 130 s.; sur cette problématique, BORER, op. cit., n° 30 s. ad art. 5 LCart - n'a pas non plus à être examiné en l'occurrence faute de pertinence).

La concurrence intramarque dans le cadre d'un accord vertical se réfère à la concurrence entre les distributeurs du bien qui fait l'objet du contrat de distribution (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 659 ad art. 5 LCart). Au sujet de l'art. 5 al. 3 LCart, qui prévoit une présomption similaire à celle de l'art. 5 al. 4 LCart, mais applicable aux accords horizontaux, la doctrine considère qu'un accord instituant une fourchette de prix entre les concurrents n'entraîne en principe pas la suppression de toute concurrence efficace, de sorte que la présomption doit être considérée comme renversée (KOSTKA, op. cit., p. 458 n° 1351; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 401 ad art. 5; ANTIPAS, op. cit., p. 308 s.). Cette approche est convainquante. Il n'y a partant pas de motifs de s'en écarter lorsque l'accord sur les prix n'est pas un accord horizontal, mais vertical visé à l'art. 5 al. 4 LCart. Dans ce cas également, l'existence d'une concurrence par le prix - même limitée - révèle en principe l'existence d'une concurrence suffisante pour lever la présomption prévue par cette disposition (cf. ESTERMANN, op. cit., p. 306; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 673 ad art. 5). Il faut toutefois réserver les situations dans lesquelles la fourchette de prix serait si faible qu'elle serait inapte à exercer un effet sur la concurrence.

7.3. En l'espèce, l'accord passé entre la société distributrice et l'ensemble des magasins de sport fonctionnant comme revendeurs des produits visés était un accord vertical relevant de l'art. 4 al. 1 LCart (cf. supra consid. 6); il imposait le respect, en Suisse, d'un prix de vente minimal, notamment pour les lampes frontales. On n'est donc bien en présence d'un accord tombant sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

Savoir si la concurrence intramarque est ou non supprimée en l'occurrence implique de déterminer s'il existait une marge de manoeuvre concurrentielle entre les revendeurs de la Société, seule importatrice en Suisse des lampes frontales de la marque Petzl. Selon les faits constatés, la Société imposait aux revendeurs le respect de prix minimaux, tout en laissant à ceux-ci la faculté de faire des rabais qui ne devaient toutefois pas dépasser le 10 % du prix prévu. Dans cette mesure, l'accord mettait en place un système comparable à une fourchette de prix, bien que limitée aux rabais accordés. Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme laissait aux reven-

deurs une certaine liberté concurrentielle. Comme le relève l'intimée, tous les revendeurs n'étaient de plus pas dans une position économique identique, puisque ceux-ci étaient classés en trois catégories selon le chiffre d'affaires qu'ils généraient auprès de la Société et se voyaient appliquer des prix d'approvisionnement différents. Les revendeurs importants bénéficiaient ainsi de tarifs plus avantageux de la part de la société importatrice et pouvaient accorder des rabais, tout en conservant la même marge bénéficiaire que les plus petits revendeurs auxquels la Société fournissait la marchandise à un prix plus élevé. Un tel mécanisme est propre à favoriser l'utilisation de rabais de la part des revendeurs importants et donc une concurrence au niveau des prix. Il en découle que, dans les présentes circonstances, sur le plan intramarque, la fourchette de prix de 10 % ne permettait pas de retenir la suppression de toute concurrence pour les lampes frontales de la marque Petzl. Le grief du Département fédéral en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart est donc infondé.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de considérer le marché des lampes frontales différemment du marché relatif aux autres articles distribués par la Société. Il faut ainsi admettre, que pour l'ensemble des produits visés, la présomption de suppression de la concurrence efficace est réputée levée.

V. Illicéité de l'accord (art. 5 al. 1 et al. 2 LCart)

8.

La levée de cette présomption, y compris pour les lampes frontales, n'enlève rien au fait que l'accord peut revêtir, de manière intrinsèque, un caractère particulièrement dommageable à la concurrence (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.4 et 5.2.5 p. 317 s.; arrêt 2C_172/2014 du 4 avril 2017 consid. 2.3). Il convient de rappeler à cet égard que l'illicéité de l'accord suppose, conformément à l'art. 5 al. 1 en lien avec l'al. 2 LCart, premièrement que celui-ci affecte de manière notable la concurrence (cf. infra consid. 9 à 11) et qu'il ne soit pas justifié par des motifs d'efficacité économique (cf. infra consid. 12 et 13). Il s'agit de deux conditions cumulatives à l'illicéité de l'accord (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.3.1 p. 319), dont il s'agit de vérifier l'existence.

V/a Atteinte notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

9.

9.1. Le Tribunal administratif fédéral a nié l'existence de la première condition, à savoir celle d'une atteinte notable à la concurrence, en examinant la notabilité sous l'angle non seulement qualitatif, mais aussi quantitatif. Il a ainsi reconnu que, du point de vue qualitatif, l'accord en cause portait une atteinte notable à la concurrence, ce que la Société ne contestait du reste pas. Cette atteinte découlait du fait que la Société avait non seulement imposé des prix de revente minimaux, mais également mis en place un système de contrôle et de sanctions, afin de veiller au respect de ceux-ci par tous les revendeurs. En revanche, il n'en allait pas de même du point de vue quantitatif. Cet aspect supposait d'examiner le taux de suivi de l'accord par les entreprises participantes, qui n'était, selon les juges précédents, pas suffisant, puisqu'il ne concernait que 39 revendeurs sur un

total de 333. Partant, une atteinte notable à la concurrence ne pouvait être retenue, ce qui excluait toute sanction.

9.2. Le Département fédéral soutient qu'en exigeant à tort une notabilité quantitative, alors que la notabilité qualitative suffisait, le Tribunal administratif fédéral a violé l'art. 5 al. 1 LCart.

9.3. Pour sa part, l'intimée appuie la position du Tribunal administratif fédéral. Se fondant sur des approches prévalant à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, elle estime que, pour savoir si la concurrence est notablement affectée par l'accord, il faut en examiner les effets, ce qui implique de s'interroger sur la notabilité quantitative de celui-ci.

10.

10.1. Dans l'ATF 143 II 297 consid. 5, la Cour de céans s'est prononcée sur la portée à donner à la notion d'« accords qui affectent de manière notable la concurrence » figurant à l'art. 5 al. 1 LCart. Il convient de se référer à cette jurisprudence récente dont il ressort en substance que le législateur a cherché, à l'art. 5 al. 1 LCart, par le critère de la notabilité de l'atteinte, à exclure les atteintes représentant des « cas bagatelles » (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.1 p. 313 ss; confirmé in arrêt 2C_63/2016 du 24 octobre 2017 [destiné à la publication] consid. 4.3.1). Partant, un accord vertical au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart, que le législateur considère par essence comme suffisamment nuisible pour lui appliquer la présomption de suppression de la concurrence efficace, ne constitue intrinsèquement pas un cas bagatelle, de sorte qu'il tombe en règle générale sous le coup de l'art. 5 al. 1 LCart. Peu importe que la présomption de suppression de la concurrence efficace a été considérée comme levée en regard de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.1-5.2.5, 5.3.2, 5.6 p. 315 ss). Dans ces cas, le critère qualitatif, tel qu'il découle de l'objet même des accords visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, suffit en principe à admettre la réalisation de la condition de l'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille au surplus en examiner les effets (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.2.5 et 5.4 p. 318, 323 s.; arrêt 2C_63/2016 précité consid. 4.3.1-4.3.2).

10.2. L'intimée critique la position consistant à ne se fonder que sur le critère qualitatif pour admettre une atteinte notable à la concurrence en se référant à l'approche adoptée par la Cour suprême américaine dans la cause *Leegin Creative Leather Products c/ PSKS Inc.*, 551 U.S., du 28 juin 2007, qui tend à s'écarter de la conception seulement abstraite qui prévalait antérieurement aux Etats-Unis et selon laquelle un accord vertical sur les prix était per se illicite; celle-ci préconise désormais un examen en fonction des effets de l'accord litigieux.

Au travers de cette argumentation, l'intimée perd de vue que le système suisse découlant des alinéas 1 et 2 de l'art. 5 LCart, rappelé au consid. 5 de l'ATF 143 II 297, et la possibilité d'une justification par un motif d'efficacité économique, va précisément dans le même sens que l'objectif visé par la jurisprudence américaine (KÜNZLER/HEIZMANN, Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes im Lichte der *Leegin-Entscheidung* des

U.S. Supreme Court, in: *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext*, Symposium pour les 70 ans du Prof. Zäch, 2009, p. 133 ss, 144 ss). Ainsi, en droit suisse, le fait qu'un accord soit réputé porter une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart ne sera considéré comme illicite et donc susceptible d'être sanctionné que s'il n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart, ce qui suppose un examen des éventuels effets procompétitifs de l'accord (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.3.2 p. 319). Or, c'est précisément pour pouvoir tenir compte de tels effets positifs, similaires à ceux mentionnés à l'art. 5 al. 2 LCart, que la Cour suprême a assoupli sa jurisprudence dans l'affaire *Leegin* précitée, afin d'éviter de devoir déclarer per se illicite un accord vertical sur les prix. Dans cette affaire, elle a indiqué (pour un résumé de cet arrêt, cf. ANTIPAS, op. cit., p. 407 s.) qu'il fallait analyser les accords verticaux sur les prix selon la *rule of reason*, soit en fonction de leurs effets, car ceux-ci pouvaient être justifiés par des effets procompétitifs, comme l'encouragement des revendeurs à investir dans le service à la clientèle, ainsi que la facilitation de l'accès de nouveaux producteurs et de nouvelles marques au marché (cf. KÜNZLER/HEIZMANN, op. cit., p. 138 s; DOMINIQUE DREYER, *Contrats de distribution : deux questions*, in *La pratique contractuelle 3*, Pichonnaz/Werro [éd.], 2012, p. 129 ss, n. 57 p. 139). Le fait que d'autres Etats choisissent de s'inspirer de l'approche américaine, comme le relève l'intimée en citant l'Allemagne et la France (cf. DREYER, op. cit. p. 143 s.), n'est donc pas déterminant, puisque la Suisse, en réservant l'existence de motifs d'efficacité économique pour faire obstacle à l'illicéité d'un accord affectant de manière notable la concurrence, va dans le même sens. L'objection de l'intimée est donc infondée.

10.3. En l'occurrence, l'accord vertical sur les prix litigieux entre dans la catégorie des accords visés par l'art. 5 al. 4 LCart. Dès lors, en application des principes dégagés de l'ATF 143 II 297, il y a lieu de considérer que cet accord, de par sa nature même (aspect qualitatif), porte en principe une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille s'interroger au surplus sur les effets de l'accord (aspect quantitatif; cf. ATF 143 II 297 consid. 5.1 et 5.2 p. 313 ss; arrêt 2C_63/2016 du 24 octobre 2017 [destiné à publication] consid. 4.3.1). Aucun élément ne permet de retenir un cas bagatelle.

11. Sur le vu de ce qui précède, on se trouve en présence d'une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Le grief du recourant sur ce point doit donc être admis, la position du Tribunal administratif fédéral, qui se fonde sur des aspects quantitatifs pour nier l'existence d'une atteinte notable à la concurrence, ne peut être suivie.

V/b Motifs justificatifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart)

12.

L'existence d'une telle atteinte notable à la concurrence ne suffit toutefois pas à qualifier l'accord litigieux d'illicite. Encore faut-il, comme le prévoit le texte de l'art. 5 al. 1 LCart, qu'il ne soit pas justifié par des motifs d'efficacité

économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.3.1 p. 319; arrêt 2C_63/2016 du 24 octobre 2017 [destiné à la publication] consid. 4.4.1 in fine et 4.5).

12.1. Dans son recours, le Département fédéral soutient, de manière laconique, que, sur la base de l'état de fait établi par le Tribunal administratif fédéral, aucun motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart ne pourrait être admis. Pour sa part, l'intimée, dans sa réponse, se prévaut de l'art. 5 al. 2 LCart et invoque comme motifs justificatifs l'amélioration des produits, leur qualité et leur sécurité, ainsi que le conseil à la clientèle en lien avec le risque de parasitisme.

12.2. Le Tribunal administratif fédéral n'a pas examiné la cause sous l'angle de l'art. 5 al. 2 LCart, puisque, de son point de vue, l'accord ne portait pas une atteinte notable à la concurrence. Ce raisonnement justifiait l'admission du recours, indépendamment de l'existence de motifs d'efficacité économique. Dans sa décision du 20 août 2012, la Comco s'était en revanche prononcée sur l'existence d'une justification par de tels motifs, mais avait nié leur existence.

12.3. Savoir si les conditions de l'art. 5 al. 2 LCart sont ou non réalisées est une question de droit fédéral que la Cour de céans peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF), peu importe que l'arrêt attaqué ne l'ait pas envisagée, dès lors que le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs de celui-ci (cf. supra consid. 2.1). Il ne s'agit en outre pas d'un aspect dont les parties ne pouvaient envisager la pertinence en l'espèce, puisque la décision de la Comco en traitait. Du reste, le recours et la réponse se prononcent à ce sujet. Les parties n'ont donc pas à être interpellées expressément sur la réalisation des conditions de l'art. 5 al. 2 LCart sous l'angle du droit d'être entendu (cf. ATF 130 III 35 consid. 5 p. 39; 128 V 272 consid. 5b/bb p. 278; 126 I 19 consid. 2c/aa p. 22).

12.4. L'existence d'une justification tirée d'un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart est certes une question de droit, mais qui suppose aussi d'établir les faits pertinents (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.2 p. 44 s.). En principe, le Tribunal fédéral doit se limiter aux faits constatés par l'instance précédente, sous réserve de l'art. 105 al. 2 LTF. L'arrêt attaqué ne se prononçant pas sur l'existence de motifs d'efficacité économique, il ne contient pas de constatations concernant directement de tels motifs. En principe, il se justifierait donc de renvoyer la cause au Tribunal administratif fédéral pour qu'il examine la cause sous cet angle (cf. art. 107 al. 2 LTF). Toutefois, compte tenu de la durée de la procédure (l'ouverture de l'enquête par la Comco date d'il y a plus de sept ans et la cause est pendante depuis plus de cinq ans devant les autorités judiciaires fédérales), il convient, pour des motifs d'économie de procédure et pour lever l'incertitude économique découlant de la sanction de 470'000 fr. prononcée par la Comco, que la Cour de céans renonce exceptionnellement au renvoi et tranche la question. Un tel procédé se justifie d'autant plus qu'en l'espèce, il est possible à la Cour de céans de statuer sans devoir mener des actes d'instruction, en se fondant sur les constatations de fait figurant partiellement dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral et dans la décision de la Comco. Seuls les motifs

justificatifs présentés par l'intimée dans sa réponse devant le Tribunal fédéral seront toutefois examinés.

13.

Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique:

a. lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et

b. lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord affectant de manière notable la concurrence: la nécessité de l'accord pour atteindre le ou les motifs d'efficacité économique visé (s) (1), l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique mentionné à art. 5 al. 2 let. a LCart (2) et l'impossibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées (art. 5 al. 2 let. b LCart) (3). Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 consid. 7.1 p. 334 s. et les références citées).

13.1. D'emblée, il faut constater que la troisième des conditions précitées est réalisée en l'espèce, puisque la présomption de suppression de concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart doit être considérée comme levée pour tous les produits visés par l'accord (cf. supra consid. 7).

13.2. La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.3 p. 45; arrêt 2A.430/2006 du 6 février 2007 consid. 13.2 publié in sic! 2007 p. 471). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 256, 272 s. ad art. 5 LCart). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité doivent être appréciés dans une perspective large et non restrictive (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 272 ad art. 5 LCart). Un accord vertical sur les prix peut constituer un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, notamment s'il conduit à une amélioration des produits ou une rationalisation des ressources (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.3.2 et 10.3.3 p. 46 s.; cf. également ESTERMANN, op. cit., p. 367). Le message à l'appui de la LCart soulignait d'ailleurs également qu'un accord sur des prix imposés ne devait pas soulever d'objection tant que les objectifs visés, par exemple la garantie de la qualité ou du service à la clientèle, pouvaient être justifiés par des motifs d'efficacité économique conformément aux dispositions de

droit matériel; il en allait de même de l'amélioration de produits ou de procédés (FF 1995 I 555 ch. 231.3). Par conséquent, le fait que l'on soit en présence d'un accord sur les prix ne saurait d'emblée faire obstacle à une justification pour des motifs d'efficacité économique.

13.3. Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de donner au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (JEAN-MARC REYMOND, *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, 2e éd. 2013, n° 10 ad art. 6 LCart; JULIA XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, 2002, p. 331 s.; CHRISTIAN KAUFMANN, *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, 2004, p. 66). Aucune ordonnance n'a été édictée par le Conseil fédéral sur le sujet (REYMOND, *op. cit.*, n° 35 ad art. 6 LCart). En revanche, la Comco a adopté plusieurs communications concernant l'appréciation des accords verticaux (ci-après: *CommVert*). La version du 18 février 2002 (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007) ne contient pas d'élément pertinent pour la résolution du présent cas. Les *CommVert* successives du 2 juillet 2007 (en vigueur jusqu'au 31 juillet 2010) et du 28 juin 2010 (en vigueur dès le 1er août 2010) indiquent que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas et que la lutte contre le parasitisme peut constituer un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (*CommVert* 2007 ch. 15/1 et 15/4/d et *CommVert* 2010 ch. 16/3 et 16/4/d). Les motifs économiques mentionnés dans ces communications ne sont pas exhaustifs (concernant la *CommVert* 2010: ESTERMANN, *op. cit.*, p. 374). Le point de savoir si ces deux dernières communications sont applicables au présent accord qui date de 2006 (cf. notamment réglementation transitoire, ch. 19 *CommVert* 2010) peut demeurer indécis. En effet, ces textes ne contiennent pas de détails concernant la question, en l'occurrence déterminante, de l'imposition de prix minimaux en lien avec des motifs d'efficacité économique. Au surplus, de telles communications n'ont que valeur d'ordonnance administrative et ne sauraient lier les autorités judiciaires (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.3.3 p. 320).

La Commission européenne a édicté, sous la forme de communications, des lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 130/1 du 19 mai 2010; ci-après *lignes directrices UE*). A l'instar de la *CommVert*, ces lignes directrices n'ont pas de force contraignante, mais peuvent aider à évaluer l'admissibilité des accords verticaux, étant rappelé qu'en présence de réglementations similaires, il convient de tendre à un parallélisme des solutions applicables dans l'Union européenne et en Suisse (cf. ATF 143 II 297 consid. 5.3.4 et 6.2.3 p. 321 ss; cf. BALDI, *op. cit.*, p. 70).

13.4. Devant le Tribunal fédéral, l'intimée fait valoir deux justifications liées à l'efficacité économique, à savoir l'amélioration de la qualité des produits d'une part, et l'encouragement du conseil à la clientèle, afin de lutter

contre le parasitisme (appelé aussi phénomène du passager clandestin), d'autre part.

13.4.1. Concernant le premier motif invoqué, à savoir celui de l'amélioration des produits, l'intimée indique que sa politique de vente favorise le développement de nouveaux articles, en particulier de la marque Petzl, ainsi que la concurrence intramarque et permet d'améliorer la qualité et la sécurité des produits.

13.4.2. En l'occurrence, en dépit de la maxime inquisitoire, qui implique que l'autorité supporte le fardeau de l'administration de la preuve, le devoir de collaborer des parties imposait à l'intimée d'expliquer en quoi, dans les présentes circonstances, l'imposition de prix minimaux aux revendeurs favorisait l'amélioration des produits par le producteur (cf. arrêt 2A.430/2006 du 6 février 2007 consid. 10.2, publié in sic! 2007 p. 471; ESTERMANN, *op. cit.*, p. 437), ce qu'elle n'a pas fait. Il ressort en effet de la décision du 20 août 2012 que l'intimée n'a pas pu expliquer, malgré des demandes répétées, le lien existant entre l'application d'un prix de revente minimum par les revendeurs et l'amélioration des produits (ch. 300 ss p. 66). Dans sa réponse, l'intimée se contente de répéter que l'accord en question permet une telle amélioration, sans étayer ses propos ni alléguer ou démontrer que la Comco aurait arbitrairement établi ou apprécié les faits sur ce point ou violé la maxime inquisitoire. Le lien entre l'accord en cause et ladite amélioration n'ayant pas été établi, il appartient à l'intimée d'en supporter les conséquences (cf. arrêt 2A.430/2006 du 6 février 2007 consid. 10.3, publié in sic! 2007 p. 471; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *op. cit.* n° 345 ad art. 5 LCart). Le premier motif économique invoqué par l'intimée doit ainsi être nié faute d'éléments suffisants.

13.4.3. L'intimée mentionne le conseil à la clientèle et la lutte contre le parasitisme comme second motif justificatif d'efficacité économique.

Le phénomène du parasitisme peut se résumer comme suit: le parasite (ou passager clandestin) désigne le concurrent qui profite des prestations des entreprises qui fournissent des services supplémentaires, et décisifs à la vente, sans en supporter les coûts (ANTIPAS, *op. cit.*, p. 398 s.; XOUDIS, *op. cit.*, p. 145 s.). Sur le plan des revendeurs, tel est en particulier le cas lorsque l'un d'entre eux profite des efforts promotionnels et des conseils donnés par un autre revendeur, en incitant le consommateur à procéder à l'achat final auprès de lui en pratiquant des prix inférieurs. Si aucun mécanisme n'est mis en place par le fournisseur, les commerces spécialisés n'ont aucun intérêt à commercialiser les produits, car ils risquent d'être évincés du marché, ce qui n'est pas dans l'intérêt des producteurs (ANTIPAS, *op. cit.*, p. 399; XOUDIS, *op. cit.*, p. 148 s.), ni des consommateurs, qui ne bénéficieront plus de conseils avant achat.

13.4.4. Il est admis que le distributeur, en imposant des prix minimaux, permet de garantir à tous les revendeurs une marge bénéficiaire suffisante ce qui les incite pour se distinguer de leurs concurrents à fournir les services que les clients demandent ou dont ils ont besoin préalablement à l'achat. Il en résulte un déplacement de la concurrence sur d'autres paramètres que le prix (ANTIPAS, *op. cit.*, p. 400 et les références citées). Le déplacement de la concurrence sur le conseil à la clientèle par

L'instauration de prix minimums permet aussi de lutter contre le parasitisme. L'imposition des prix de vente minimums par le distributeur peut en effet s'avérer un moyen adéquat pour contrer ce phénomène, car il empêche les revendeurs de parasiter les concurrents par des prix inférieurs, ce qui les contraint à se livrer à une concurrence sur les services préalables à la vente (ANTIPAS, op. cit., p. 400 s.; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., n° 340 ad art. 5 LCart). Cette mesure incite ainsi également à améliorer les services avant achat, ce qui profite globalement aux consommateurs (Lignes directrices UE n° 225 in fine). La Comco a aussi reconnu qu'un accord vertical sur les prix de revente minimaux pouvait, selon les produits, constituer un moyen de lutter contre une situation de parasitisme parmi les revendeurs, même si elle ne l'a pas retenu dans le cas d'espèce (cf. DPC 2010/4 p. 681; affaire Hors-Liste Medikamente; au sujet de cette décision, cf. ANTIPAS, op. cit., p. 424 ss; cf. également CommVert 2007 ch. 15/4/d, et CommVert 2010 ch. 16/4/d).

Les effets positifs décrits ci-dessus (lutte contre le parasitisme; amélioration du conseil à la clientèle) que peut revêtir un accord sur les prix minimums ne valent toutefois pas de façon générale. Ils ne s'appliquent qu'à certains produits pour lesquels les services de prévente sont objectivement justifiés. Il doit en principe s'agir de produits d'une certaine complexité, d'une certaine valeur ou constituant des produits d'expérience ou de confiance (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 303 ad art. 5; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., n° 340 ad art. 5 LCart; Lignes directrices UE n° 107), de sorte que les services qui précèdent la vente (conseils à la clientèle) s'avèrent un élément essentiel au marché.

13.4.5. En l'espèce, les articles concernés sont des lampes frontales, des harnais, des cordes, des casques, des piolets et crampons, à l'exception des articles textiles.

D'emblée, il faut constater qu'une lampe frontale n'entre pas dans la catégorie des produits pouvant justifier un accord vertical sur les prix pour lutter contre le parasitisme. En effet, il ne s'agit pas d'un bien complexe ou technique qui demande au consommateur de rechercher au préalable des informations pour guider son choix et/ou pour en faire usage. L'argument de l'intimée selon lequel le consommateur, sans un conseil avisé, court le risque d'acheter un produit trop cher pour l'usage qu'il veut en faire ne peut pas à lui seul être déterminant puisque ce risque existe pour tous les produits.

Les autres articles concernés ne sont pas des biens particulièrement complexes et les informations techniques les concernant peuvent aussi être communiquées par internet par le fabricant, voire par le revendeur lui-même, si bien que les services qui précèdent la vente n'apparaissent pas comme étant essentiels au marché. Cela étant, il faut reconnaître qu'il s'agit aussi de produits techniques, destinés à assurer la sécurité de leurs utilisateurs et pour lesquels l'utilité d'un conseil à la clientèle ne peut être niée. En outre, comme le relève la Comco, ces biens n'ont pas une valeur faible et il pourrait dès lors être avantageux pour le consommateur d'aller les acheter auprès d'un concurrent meilleur marché après avoir obtenu des renseignements d'un autre

revendeur. On ne peut donc pas exclure que les produits en cause fassent l'objet de parasitisme et dans ces circonstances, un accord sur les prix vertical pourrait se révéler être un outil efficace de lutte contre ce phénomène (cf. supra consid. 13.4.4). La question de savoir si ces articles entrent dans la catégorie des produits pouvant justifier un tel accord peut toutefois être laissée ouverte puisque la condition du caractère nécessaire de celui-ci pour atteindre cet objectif n'est pas remplie (cf. infra consid. 13.5.3).

13.5. Examiner si ce moyen était nécessaire revient à s'interroger sur sa proportionnalité (cf. ATF 143 II 297 consid. 7.1 p. 335; 129 II 18 consid. 10.4 p. 47).

13.5.1. Une partie de la doctrine estime que les accords sur les prix ne remplissent en règle générale pas le critère de la nécessité (ZÄCH, op. cit., p. 205 n° 422; sur cette question, AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., n° 333 ad art. 5 LCart). Le Tribunal fédéral partage cet avis lorsqu'il existe effectivement des moyens moins dommageables à la concurrence pour atteindre le résultat recherché sur le plan de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.4 p. 47). La nécessité de l'accord doit être donnée sur le plan temporel, spatial, personnel et matériel (KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., n° 342 s. ad art. 5 LCart).

13.5.2. Sur ce point, la Comco a considéré en substance que les obligations minimales de conseil imposées par la Société à Athleticum étaient suffisantes pour contrer le danger de parasitisme et que rien n'indiquait que cette mesure ne l'eût pas été. Elle a ajouté que le contrôle aurait pu se limiter aux discounters, les autres magasins de sport présentant un risque moindre. Enfin, un système de distribution sélective avec des critères adéquats aurait permis d'atteindre le but recherché par la société sans que la fixation d'un prix de revente ne soit au surplus nécessaire.

13.5.3. En l'occurrence, l'intimée fait valoir que l'accord sur les prix en cause permet d'améliorer le conseil à la clientèle et de lutter contre le parasitisme. Elle n'indique toutefois pas en quoi le recours à de tels accords était indispensable pour atteindre ces objectifs. Il lui incombe, en vertu de son devoir de collaboration, de rendre à tout le moins vraisemblable qu'elle avait développé une stratégie fondée sur les prix minimaux pour améliorer la qualité des conseils et réduire le risque de parasitisme, ce qu'elle n'a pas fait. En outre, l'intimée n'explique pas pourquoi les autres moyens retenus par la Comco n'étaient pas aptes à atteindre les buts visés. Sur ce point, l'autorité de la concurrence mentionne de façon convaincante d'autres outils permettant d'atteindre les mêmes résultats: le recours à un système de distribution sélective ou l'obligation faite aux « discounters » de disposer d'un personnel en magasin qui soit en mesure de renseigner la clientèle (ce qui a été fait avec Athleticum), étant précisé que les magasins généraux ou spécialisés dans les sports de montagne disposent en règle générale déjà d'un personnel de vente qualifié. Aucun élément ne vient remettre en question l'appréciation de la Comco. De plus, l'imposition d'un accord sur les prix minimaux limitée à certains revendeurs, comme les grands magasins ou ceux qui vendent par internet, permettrait de lutter contre le parasitisme de manière moins

incisive. Il existait donc des moyens moins dommageables à la concurrence que l'accord en cause qui liait tous les revendeurs. Il est par ailleurs rappelé que, par sa nature même, un accord imposant un prix de vente minimum est considéré comme étant en principe propre à porter atteinte de façon notable à la concurrence. Dès lors, on ne saurait retenir une exception à ce principe sans que le caractère indispensable du gain en matière d'efficacité économique ne soit établi. En l'occurrence, la nécessité de l'accord en cause pour atteindre les buts d'efficacité économique invoqués par l'intimée, à savoir l'amélioration du service à la clientèle en lien avec la lutte contre le parasitisme, par rapport à d'autres moyens moins dommageables à la concurrence, n'est pas démontrée. Partant, il appartient également à l'intimée d'en supporter les conséquences (cf. arrêt 2A.430/2006 du 6 février 2007 consid. 10.3, publié in sic! 2007 p. 471).

13.6. En conclusion, les conditions de l'art. 5 al. 2 let. a LCart ne sont pas remplies et l'atteinte notable à la concurrence est par conséquent illicite (cf. art. 5 al. 1 LCart).

VI. Violation de la maxime inquisitoire

14.

Invoquant l'art. 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) en lien avec l'art. 1 al. 2 let. C bis PA, ainsi que l'art. 61 al. 1 PA, le Département fédéral reproche également au Tribunal administratif fédéral d'avoir violé la maxime inquisitoriale, en faisant grief à la Comco de ne pas avoir mené d'investigations suffisantes pour déterminer le taux de suivi des listes de prix recommandés et les parts de marché détenues par les revendeurs. Il considère également que le Tribunal administratif fédéral ne pouvait à la fois reprocher à la Comco de ne pas avoir établi les faits pertinents et statuer de manière réformatoire, sans établir lui-même ces faits. Son raisonnement lui imposait de renvoyer la cause à la Comco.

Ces critiques ne sont pas pertinentes. Il apparaît en effet que, contrairement à ce que retient l'arrêt attaqué, les faits établis permettent de déterminer qu'un accord sur les prix de revente minimaux existait pour l'ensemble des revendeurs de la Société (cf. supra consid. 6) et que cet accord entraînait une atteinte notable à la concurrence (cf. supra consid. 9 à 11). Partant, il n'y a pas lieu d'entrer plus avant sur les griefs reposant sur la violation de la maxime inquisitoriale, dès lors que, même s'ils devaient être admis, l'issue du litige, qui est le résultat d'une substitution de motifs, ne s'en trouverait pas modifiée. Il en va de même des objections formulées par l'intimée à cet égard.

15.

En résumé, il résulte de ce qui précède que l'accord sur les prix litigieux, qui lie l'ensemble des revendeurs de la Société, tombe sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Un tel accord est présumé supprimer toute concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), mais cette présomption doit être tenue pour levée dans le cas d'espèce, y compris pour les lampes frontales. Cet accord porte toutefois qualitativement une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et doit être qualifié d'illicite, puisque la nécessité de recourir à un tel accord pour améliorer les

produits et le service à la clientèle tout en luttant contre le parasitisme n'a pas été établie et que, partant, l'existence d'un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart ne peut être retenu.

IV. Conséquences

16.

Concernant la sanction, le Département fédéral conclut uniquement au renvoi de l'affaire à l'autorité précédente pour la fixation de la sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart.

16.1. Selon la jurisprudence, le recours en matière de droit public étant une voie de réforme (art. 107 al. 2 LTF), le recourant ne doit pas se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais il doit également prendre des conclusions sur le fond du litige. Il n'est fait exception à cette règle que lorsque le Tribunal fédéral, en cas d'admission du recours, ne serait de toute manière pas en mesure de statuer lui-même sur le fond et devrait renvoyer la cause à l'autorité précédente (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3 p. 317; 136 V 131 consid. 1.2 s. p. 135; 134 III 379 consid. 1.3 p. 383). Le recourant qui, par son recours, tend à obtenir une somme d'argent doit, sous peine d'irrecevabilité, en principe chiffrer ses conclusions (cf. ATF 137 III 617 consid. 6.1 p. 621). Des conclusions non chiffrées suffisent à condition que la somme à allouer soit d'emblée reconnaissable au regard de la motivation du recours ou de la décision attaquée (cf. ATF 137 III 617 consid. 6.2 p. 621 s.; 134 III 235 consid. 2 p. 236 s.). Ce principe vaut non seulement en droit civil, mais aussi en droit public (cf. arrêts 2C_576/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.3, non publié aux ATF 143 IV 130; 2C_298/2010 du 28 avril 2011 consid. 1.4.2; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 17 ad art. 42 LTF).

16.2. En l'occurrence, on ne voit pas ce qui empêchait le Département fédéral de conclure à la condamnation de l'intimée à un montant chiffré à titre d'amende, en lien avec le caractère illicite de l'accord qu'il a abondamment motivé, dès lors que la décision de la Comco prononçait une amende de 470'000 fr.

En outre, on ne voit pas non plus ce qui empêcherait le Tribunal fédéral de statuer sur la condamnation d'une partie à payer une amende déjà fixée par l'instance administrative. Or, il appartient à l'autorité administrative qui s'en prend à un arrêt annulant une condamnation de présenter des conclusions chiffrées ou à tout le moins de demander la confirmation de la décision de l'autorité administrative fixant ladite sanction. Les conclusions en renvoi ne sont donc à cet égard pas suffisantes.

Enfin, le Tribunal fédéral est lié par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF) et la conclusion en renvoi l'empêche de statuer lui-même sur la sanction, ne lui laissant aucun choix que le renvoi, ce qui n'est pas compatible avec la nature réformatoire de son pouvoir.

16.3. En cas d'imprécision dans les conclusions, la jurisprudence admet que l'on puisse s'aider de la motivation (cf. ATF 136 V 131 consid. 1.2 p. 136; arrêt 4A_375/2012 du 20 novembre 2012 consid. 1.2 et références non publiées aux ATF 139 III 24). Or, en l'occurrence, le Département recourant se contente d'indiquer que la constatation des faits par le Tribunal administratif

fédéral ne suffit pas à la fixation de l'amende, sans autre explication. Il ne formule aucune motivation en droit, en lien avec les conditions d'une sanction au sens de l'art. 49a LCart qui permettrait d'en déterminer le montant. Il n'indique même pas s'il entend maintenir le montant de 470'000 fr. de l'amende prononcée par la Comco ou s'il estime qu'un montant inférieur serait justifié. La motivation du recours ne permet donc pas de suppléer le caractère insuffisant de la conclusion en renvoi concernant la sanction. Celle-ci doit par conséquent être considérée comme irrecevable.

Il en découle que le Tribunal fédéral ne pouvant aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), aucune sanction ne peut être prononcée.

17.

Le recours doit ainsi être admis partiellement, dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt attaqué doit être partiellement annulé. Il est constaté que les accords entre l'intimée et les revendeurs sur les prix de revente minimaux sont illicites selon l'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart. L'arrêt attaqué doit en revanche être confirmé en ce sens qu'il libère l'intimée de toute sanction.

18.

Compte tenu de l'issue du litige, des frais réduits, à raison de 5'000 fr. seront mis à la charge de l'intimée. Aucun frais ne sera mis à la charge de la Confédération, celle-ci s'étant adressée au Tribunal fédéral, par le biais du Département fédéral, dans l'exercice de ses attributions officielles, mais sans que son intérêt patrimonial ait été en cause (art. 66 al. 4 LTF; cf. arrêt 2C_343/2010 du 11 avril 2011 consid. 9.3, non publié aux ATF 137 II 199). Le Département fédéral sera condamné à verser des dépens à l'intimée, qui obtient partiellement gain de cause (art. 68 al. 1 LTF).

La cause sera renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens devant lui (art. 67 et 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité.

2.

L'arrêt du 17 décembre 2015 est partiellement annulé. Il est constaté que les accords entre Roger Guenat SA (actuellement Altimum SA) et les revendeurs sur les prix de revente minimaux sont illicites (selon l'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart). L'arrêt attaqué est confirmé en ce qu'il libère la Société de toute sanction.

3.

Des frais réduits, à raison de 5'000 fr., sont mis à charge de l'intimée.

4.

Le Département fédéral est condamné à verser à l'intimée une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens réduits.

5.

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure antérieure.

6.

Le présent arrêt est communiqué au recourant, au mandataire de l'intimée, à la Commission de la concurrence COMCO et au Tribunal administratif fédéral, Cour II.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations		GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
Indice delle abbreviazioni		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
A		GU	Gemeinschaftsunternehmen
AF	Arrêté fédéral	H	
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HGer	Handelsgericht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	HMG	Heilmittelgesetz
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	I	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
B		J	
BA	Bundesamt	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BB	Bundesbeschluss		
BBI	Bundesblatt	JdT	Journal des Tribunaux
BG	Bundesgesetz	K	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KG	Kartellgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGer	Bundesgericht	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	L	
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BR	Bundesrat	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BV	Bundesverfassung	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
C		LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CC	Code civil	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CE	Communauté Européenne	LF	Loi fédérale / Legge federale
CE	Conseil des Etats	LL	Legge federale sul lavoro
CF	Conseil fédéral	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CO	Code des obligations	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
Cost.	Costituzione federale	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
CPS	Code pénal suisse	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
cst.	Constitution fédérale	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
D		M	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	N	
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	O	
DG	Direction Générale (UE)	O	Ordonnance
E		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
EU	Europäische Union	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
F			
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
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
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise -
 - Abrede 499, 535, 584, 590, 593, 608, 616, 620 f., 653, 674, 678, 682 f., 704, 708
 - Acquiring -
 - Anhörung 497 f., 619, 624, 635, 659 f., 662, 676, 688 ff.
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 590, 599
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 618, 687
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe -
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 594
 - Erheblichkeit -
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee -
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 617, 672 f.
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 506, 599, 601, 605, 607, 609, 615, 618, 679, 693
 - Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
 - Krankenversicherer -
 - Kreditkarten 640, 646, 667
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 575
- M**
- Marktaufteilung 649
 - marktbeherrschende Stellung 497, 500, 598 ff., 604, 607, 610, 614 f., 622, 651, 656, 665 f., 669, 674 f., 679, 682 f., 686, 690, 694
 - Marktgegenseite 500 f., 611, 613, 616 f., 623 f., 627 f., 630, 632, 639, 643, 645, 649, 658, 664, 669, 672 f., 680, 690
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 599, 663, 672, 690, 696
 - Marktzutrittsschranken 652, 659, 670, 680, 682, 685, 690
 - Meldepflicht 507, 597, 599, 601, 606, 610, 616, 621 f., 648, 679 f., 682, 684, 692, 694 ff.
 - Missbrauch 497, 500 ff., 653, 658, 691
- N**
- Netzwerk 606, 627, 642, 648, 659, 665, 678
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 672
 - potenzieller Wettbewerb 616, 659, 664, 669, 671
 - Preisabrede -
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 660
 - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 585, 595, 693
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission 535
 - Submissionskartell -
- T**
- Tarife 499
 - Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 498, 499 f., 616, 621, 679
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
U	
Umstossung der Vermutung -	W
Untersuchung 497 ff., 508, 535, 590 f., 593 ff., 602, 622, 624, 628, 647, 651, 677, 680, 685, 690	Wettbewerb um den Markt -
unzulässige Wettbewerbsabrede 590	X
V	
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Y
Veröffentlichung -	Z
Verschulden -	Zahlungsmittel 618, 666, 687
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
