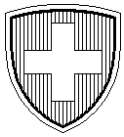


Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2025/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

2025/1

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

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

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

April/avril/aprile 2025

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.*

Systématique	**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.*

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2025/1**

A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Rapporti d'attività

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

1. Jahresbericht 2024 der Wettbewerbskommission (WEKO) 1
2. Rapport annuel 2024 de la Commission de la concurrence (COMCO) 19
3. Rapporto annuale 2024 della Commissione della concorrenza (COMCO) 38
4. Annual Report 2024 of the Competition Commission 56

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

1. Brandschutzprodukte 73
2. Digitalparking AG 95

4. Beratungen
Conseils
Consulenze

1. [Meldepflicht zufolge Anwendung von Art. 4 Abs. 3 VKU] 102
2. SIA Value Methode 104

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Transport de marchandises et déchets en Valais 108

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. TA Associates Management L.P./Stirling Square Capital Partners Management Limited/Macquarie European Investment Holdings Limited/Byggfakta Group Nordic Holdco AB 173
2. Nordic Capital Fund XI Limited/CVC Capital Partners plc/Platinum Ivy B 2018 RSC Limited/Hargreaves Lansdown plc 174
3. Permira Holdings/Clayton Dubillier & Rice/Exclusive Networks/JV 175
4. Vista Equity Partners Management, LLC/Blackstone Inc./Smartsheet Inc. 176
5. Vista Equity Partners Management, LLC/Warburg Pincus LLC/Redwood Software 177
6. Novo Holdings/Novo Nordisk/Catalent 178
7. H.I.G. Capital, L.L.C./Thoma Bravo, L.P./CompTIA 179
8. UNION BANCAIRE PRIVEE, UBP SA/SOCIETE GENERALE Private Banking (Suisse) SA 180
9. Rolex/Bucherer 181
10. Coop-Gruppe/Coop Pronto 223
11. CTS EVENTIM AG & Co. KGaA/Fnac Darty Participations et Services SA/France Billet SAS 225
12. Novo Holdings/Musk Prosperity/Sylvan 230
13. Worldline Merchant Services Italia S.p.A./RCH S.p.A. 233
14. Hirslanden AG/Spital Männedorf AG/Ambulante Klinik Meilen AG 234
15. Medbase/zahnarztzentrum.ch 237

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 238

Index (deutsch, français e italiano) 240

A Tätigkeitsberichte
Rapports d'activité
Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

A 1.	**1. Jahresbericht 2024 der Wettbewerbskommission (WEKO)**

Inhaltsverzeichnis

1 Das Jahr 2024 im Überblick 2
2 Über die WEKO und das Sekretariat 2
3 Wichtigste Entscheide 2024 2
3.1 Entscheide der WEKO 2
3.2 Urteile der Gerichte 4
4 Tätigkeiten 5
4.1 Tätigkeiten in verschiedenen Märkten 5
4.1.1 Automobilsektor 6
4.1.2 Bauwirtschaft 6
4.1.3 Detailhandel und Konsumgüterindustrie 6
4.1.4 Digitalisierung 7
4.1.5 Energie 7
4.1.6 Finanzmärkte 8
4.1.7 Gesundheitswesen 8
4.1.8 Landwirtschaft 9
4.1.9 Medien 9
4.1.10 Post 9
4.1.11 Sport 9
4.1.12 Telekommunikation 9
4.1.13 Umwelt 10
4.1.14 Verkehr 10
4.1.15 Weitere Tätigkeiten 10
a. Relative Marktmacht 10
b. Vertikalabreden 10
c. Nachhaltigkeit 11
d. Ermittlungen 11
4.2 Binnenmarkt 11
5 Internationales 12
6 Gesetzgebung 12
7 Statistik 14
8 Spezialthema 2024: Gemeinden und Kantone als Garanten des Wettbewerbs 15
8.1 Neutrale Regulierung 16
8.2 Ausgewogene Unterstützungsmass-nahmen 16
8.3 Delegation von Aufgaben des öffentlichen Dienstes 16
8.4 Freier Marktzugang 16
8.5 Diskriminierungsfreie Ausschreibungen 17
8.6 Verhinderung von Submissionsabreden 17
8.7 Fazit 17
9 Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates 18

1 Das Jahr 2024 im Überblick

Die Wettbewerbskommission (WEKO) fällte im Jahr 2024 erste Entscheide zur neuen Gesetzesbestimmung über die **relative Marktmacht**. Diese geht auf die Fair-Preis-Initiative zurück und soll der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz dienen. Der im Parlament prognostizierte grosse Ansturm mit Anzeigen ist zwar ausgeblieben. Trotzdem vermochte die WEKO erste Leitentscheide zu fällen.

Anfang Jahr untersagte die WEKO die Übernahme der **Quickmail-Gruppe** durch die **Schweizerische Post**. Das Zusammenschlussvorhaben hätte in mindestens einem Markt den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Zudem bestand eine wettbewerbsfreundliche Alternative zur Übernahme durch die Post. Kurz nach dem Entscheid der WEKO übernahm Planzer die Quickmail-Gruppe.

Seit etlichen Jahren setzt sich die WEKO mit den Gebühren von Debit- und Kreditkarten auseinander. Dieses Jahr behandelte sie die **Interchange Fee** der Debitkarten für das inländische Präsenzgeschäft. Diese Gebühren erhält die Kartenherausgeberin (meist eine Bank) beim Einsatz ihrer Karten. Die WEKO einigte sich mit Mastercard auf eine tiefere Gebührenhöhe und untersucht jene von Visa weiter.

Im Kanton Bern schloss die WEKO die letzte von drei Untersuchungen im Baustoffbereich ab. Die grösste **Kies- und Deponiegrube** im Raum Bern und sieben Aktionärinnen schützten sich jahrelang vor Wettbewerb und behinderten Konkurrenten im Kies- und Deponiebereich. So etwa profitierten die Aktionärinnen im Vergleich zu ihren Konkurrentinnen von deutlich tieferen Kiespreisen und subventionierten Transportkosten. Die rund 700 Seiten lange Verfügung zeugt von der Grösse der Machenschaften und der umfassenden Ermittlungstätigkeit der WEKO.

Seit rund 20 Jahren bildet die Bekämpfung von **Submissionsabreden** einen Schwerpunkt der WEKO. Auch dieses Jahr fällte die WEKO Entscheide über unzulässige Abreden im Beschaffungswesen. Zudem sind drei Verfahren zu möglichen Submissionsabreden im Gange. Die **Rolle der Kantone und Gemeinden** für die Verhinderung von Submissionsabreden und die Förderung des wirksamen Wettbewerbs in verschiedenen Wirtschaftsbereichen ist sehr wichtig. Dieser Rolle widmet sich das diesjährige Spezialthema dieses Jahresberichtes.

Von den zahlreichen **Tätigkeiten** der WEKO und ihres Sekretariates zeugen folgende Informationen: Die WEKO und ihr Sekretariat führten 24 *Untersuchungen*, 11 *Vorabklärungen* sowie 50 *Marktbeobachtungen*. Sie behandelten 43 *Zusammenschlüsse* und verfassten in rund 350 Ämterkonsultationen und Vernehmlassungsverfahren *Stellungnahmen*.

Das **Bundesgericht** (BGer) und das **Bundesverwaltungsgericht** (BVGer) fällten 2024 mehrere Urteile zu Beschwerden gegen WEKO-Entscheide. Die Gerichte stützen die WEKO weitgehend und attestieren ihr, die Verfahren korrekt zu führen, die Parteirechte umfassend zu achten und die Bussen mit Augenmass festzulegen.

2 Über die WEKO und das Sekretariat

Die WEKO und ihr Sekretariat bekämpfen Preisabreden und Marktabschottungen, öffnen Märkte und stärken den Binnenmarkt. Sie äussern sich laufend zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen und weisen in Stellungnahmen auf wettbewerbsrechtliche und -ökonomische Probleme hin. Die **WEKO** (Entscheidinstanz) ist eine Milizbehörde. Sie besteht aus 12 vom Bundesrat gewählten Mitgliedern. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder sind unabhängige Sachverständige – Rechts- und Ökonomieprofessorinnen und -professoren sowie Anwältinnen. Die übrigen Sitze teilen sich Vertreterinnen und Vertreter der grossen Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen (zu den Mitgliedern siehe Anhang). Die WEKO kommt alle zwei bis vier Wochen zusammen und trifft die wichtigen Entscheide, auch hinsichtlich der Bussen, auf Antrag des Sekretariates. Sie führte 2024 13 ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch.

Der WEKO steht ein vollamtliches **Sekretariat** (Untersuchungsinstanz) zur Verfügung. Dieses führt die kartellrechtlichen Verfahren durch, bereitet die Entscheidungen der WEKO vor und ist Ansprechstelle für Unternehmen, Private und Behörden in wettbewerbsrechtlichen Fragen. Es besteht aus vier Diensten (Abteilungen), dem Fachbereich Binnenmarkt und einem Dienst Ressourcen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung sind im Anhang aufgeführt. Das Sekretariat beschäftigte Ende 2024 71 (Vorjahr 73) Personen (ohne Praktikantinnen und Praktikanten), mehrheitlich Juristinnen und Juristen sowie Ökonominnen und Ökonomen. Der Anteil Frauen betrug 40,8 (Vorjahr 38,3) Prozent. Die 71 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitig und besetzen insgesamt 61,1 (Vorjahr 62,6) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung), beträgt 53 (Vorjahr 55), was 46,9 Vollzeitstellen (Vorjahr 48,4) entspricht. 18 (Vorjahr 18) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten der Behörde; dies entspricht 14,2 (Vorjahr 14,2) Vollzeitstellen (diese Mitarbeitenden nehmen auch Querschnittsaufgaben für das Bundesamt für Wohnungswesen, BWO, und das Bundesamt für die wirtschaftliche Landesversorgung, BWL, wahr). Das Sekretariat bot zudem vier (Vorjahr vier) Vollzeitstellen für Praktikantinnen und Praktikanten an.

Clémence Grisel Rapin (Prof. Dr., Universität Fribourg) trat per Ende Februar 2024 als Mitglied zurück. Der Bundesrat ersetzte sie nicht, da er die WEKO mit der Wahl von Mauro Nicoli als Vertreter der italienischsprachigen Schweiz Mitte Dezember 2023 vorübergehend auf 13 Mitglieder erhöht hatte.

3 Wichtigste Entscheide 2024

3.1 Entscheide der WEKO

Die französische Verlagsgruppe **Madrigall** verweigert der Schweizer **Buchhändlerin Payot** den Bezug ihrer Bücher zu den in Frankreich üblichen Konditionen. Madrigall ist eine der grössten Verlagsgruppen in Frankreich und umfasst rund 15 Verlagshäuser. Sie verlegt zahlreiche prämierte Autoren und Bestseller. Schweizer Buchhändlerinnen beziehen Madrigall-Bücher über den offizi-

ellen Schweizer Vertriebskanal. Payot, eine der führenden Westschweizer Buchhändlerinnen, wollte die Bücher von Madrigall direkt aus Frankreich importieren. Madrigall verlangt dafür von Payot deutlich höhere als in Frankreich übliche Einkaufspreise. Für Payot existieren keine ausreichenden und zumutbaren alternativen Bezugsmöglichkeiten. Auch ein Verzicht auf den Verkauf von Madrigall-Büchern stellt keine realistische Option dar. Payot ist somit von Madrigall abhängig. Vor diesem Hintergrund erachtet die WEKO die Payot offerierten Einkaufspreise als missbräuchlich. Gestützt auf die neuen Bestimmungen zur relativen Marktmacht (vgl. 4.1.15.a) verpflichtet die WEKO mit ihrem Entscheid vom *23. September 2024* Madrigall, Payot den Direktimport zu den in Frankreich üblichen Konditionen zu ermöglichen. Madrigall erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim BVGer.

Die WEKO untersuchte, ob **Novartis** im Zusammenhang mit verschiedenen Klagen auf der Grundlage eines ihrer Patente darauf abzielte, eines ihrer dermatologischen Medikamente mit illegalen Mitteln zu schützen. Es galt zu prüfen, ob es sich dabei um ein Sperrpatent («Blocking Patent») handelt, bei dem die Erzeugung, der Absatz oder die technische Entwicklung auf dem Markt in kartellrechtswidriger Weise eingeschränkt wurde. Die Ermittlungen zeigten, dass Novartis das Patentrecht im üblichen Rahmen ausübte und sich kartellrechtskonform verhielt. Deshalb stellte die WEKO die Untersuchung am *7. Oktober 2024* ohne Folgen ein. Im Rahmen dieser Untersuchung arbeitete die WEKO mit der Europäischen Kommission zusammen. Die Zusammenarbeit stützte sich auf das bilaterale Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts, welches seit 2014 besteht. Die Europäische Kommission ist in ihrem Verfahren zu denselben Schlussfolgerungen gelangt. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Swisscom Directories war in der Schweiz jahrzehntelang Herausgeberin des gedruckten Telefonbuchs. Zudem betreibt sie die Online-Telefonverzeichnisse local.ch und search.ch. Im Jahr 2019 führte sie das Produkt «Swiss List» ein und änderte die bisherigen Eintragungsmöglichkeiten für Unternehmen auf local.ch und search.ch grundlegend. So wurden Produkte nur noch gebündelt angeboten und die Preise wurden erhöht. Zahlreiche Unternehmen und eine Konkurrentin von Swisscom Directories beschwerten sich bei der WEKO. Die Untersuchung der WEKO ergab, dass betroffene Kunden auf vergleichbare Adressverzeichnisdienste von google und bing ausgewichen sind und dass Einträge auf local.ch und search.ch stark an Bedeutung verloren haben. Damit spielte der Wettbewerb mit Verzögerung. Swisscom Directories ist in diesem Bereich nicht mehr marktbeherrschend. Folglich entfällt die Voraussetzung für einen Eingriff der WEKO und sie stellte die Untersuchung am *24. Juni 2024* ein. Der Entscheid ist infolge einer Beschwerde nicht rechtskräftig.

Galexis kauft bei in- und ausländischen Unternehmen Pharma- und Gesundheitsprodukte ein und vertreibt diese in der Schweiz. Trink- und Sondennahrung bezieht sie auch bei **Fresenius Kabi**. Letztere verweigerte Galexis den Einkauf dieser Produkte im Ausland. Die WEKO prüfte, ob Fresenius Kabi gegenüber Galexis relativ marktmächtig ist. Sie gelangte zum Schluss, dass dies nicht der Fall ist. Selbst wenn dem so wäre, hätte sich Fresenius Kabi wohl nicht missbräuchlich verhalten. Denn die ausländischen Konditionen sind höchstens geringfügig besser. Die WEKO stellte die Untersuchung am *24. Juni 2024* ein und schloss hiermit die erste Untersuchung im Rahmen der neuen Gesetzesbestimmung ab. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO untersuchte verschiedene **Vergabeverfahren von Walliser Gemeinden im Entsorgungsbereich**. Sie stellte mit ihrem Entscheid vom *10. Juni 2024* fest, dass zwei Vergaben abgesprochen wurden. Im Weiteren untersuchte die WEKO eine Kooperationsform von drei Firmen im Entsorgungsbereich. Die Unternehmen planten eine Plattform zur Optimierung des Transports von Abfällen. Solche Kooperationen sind oftmals mit wirtschaftlichen Vorteilen verbunden. Im konkreten Fall tauschten die Unternehmen jedoch über die eigentliche Zusammenarbeit hinaus vertrauliche Informationen aus, was kartellrechtlich heikel ist. Die WEKO und alle Unternehmen einigten sich darauf, zukünftig problematische Verhaltensweisen zu unterlassen. Aus diesem Grunde sowie aufgrund der guten Kooperation mit der Behörde und den geringfügigen Verstössen erhielten drei von den vier betroffenen Unternehmen keine Busse. Die einzige Sanktion belief sich auf rund 100 000 Franken. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Mit ihrem Entscheid vom *21. Mai 2024* büsste die WEKO die **Kies AG Aaretal KAGA** und ihre Aktionärinnen mit insgesamt 5,3 Millionen Franken. KAGA ist die grösste Kies- und Deponiegrube im Raum Bern. Ihre sieben Aktionärinnen sind ebenfalls im Kies- und zumeist auch im Deponiebereich tätig. Das Unternehmen und seine Aktionärinnen schützten sich vor Wettbewerb im Gebiet der KAGA und behinderten Wettbewerber im Kies- und Deponiebereich. Die Aktionärinnen und die KAGA koordinierten sich vor allem im Verwaltungsrat der KAGA, in dem jede Aktionärin mit einer Schlüsselperson Einsitz nimmt. Die Aktionärinnen profitierten im Vergleich zu Konkurrentinnen von deutlich tieferen Kiespreisen und subventionierten Transportkosten. Auch verpflichteten sie sich zu einem Konkurrenzverbot, nämlich im KAGA-Gebiet keine Abbaurechte zu erwerben und kein Kies abzubauen. Die KAGA koppelte zudem zu Lasten von Nicht-Aktionärinnen vorübergehend das Deponieren von Aushub an den Bezug von Kies. Diese und weitere Verhaltensweisen hemmten den Wettbewerb im Kies- und Deponiewesen auch zulasten von KMU und der öffentlichen Hand. Diese Bereiche sind stark reguliert, die Markteintrittsbarrieren sehr hoch und der Wettbewerb beschränkt möglich. Das unzulässige Verhalten der KAGA und ihrer Aktionärinnen erschwerte den Wettbewerb zusätzlich. Gegen den Entscheid erhoben mehrere Unternehmen Beschwerde beim BVGer.

Die WEKO eröffnete im Juni 2023 zwei Untersuchungen, um langfristige Lösungen für die inländischen **Interchange Fees der Debitkarten** von Visa und Mastercard zu erreichen. Inländische Interchange Fees sind die Gebühren, die eine Schweizer Kartenherausgeberin (normalerweise eine Bank) beim Einsatz ihrer Debitkarten von dem Unternehmen erhält, das die Debitkarte als Zahlungsmittel akzeptiert (typischerweise ein Händler). Die Interchange Fee ist deswegen eine von mehreren

Komponenten der Händlerkommission, die der Zahlungsabwickler (oder «Acquirer») dem Unternehmen für jede Kartentransaktion belastet. Der Acquirer reicht die erhaltene Interchange Fee alsdann an die Kartenherausgeberin weiter. Mit Mastercard fand die WEKO rasch eine einvernehmliche Lösung und verabschiedete diese am *6. Mai 2024*. Diese beinhaltet einen Satz für das inländische Präsenzgeschäft von 0,12 %, verbunden mit einem Cap von 30 Rappen ab Transaktionsbeträgen von 300 Franken. Hieraus ergibt sich ein durchschnittlicher Satz von rund 0,1 %, der erheblich tiefer ist als der Satz von 0,2 %, welchen die europäische Regulierung vorsieht. Zusätzlich reduziert sich der aktuelle Satz von 0,31 % für inländische Zahlungen im Internet und für Zahlungen mit mobilen Geräten (E- und M-Commerce) ab dem 1. November 2025 auf 0,28 %. Diese Lösung gilt nur für alle Debitkarten von Mastercard. Die gleichzeitig eröffnete Untersuchung zu den inländischen Interchange Fees mit Debitkarten von Visa wird fortgeführt.

Nach einer *vertieften Zusammenschlussprüfung* untersagte die WEKO am *15. Januar 2024* die Übernahme der **Quickmail-Gruppe** durch die **Schweizerische Post**. Die Quickmail-Gruppe mit ihren beiden Tochterunternehmen Quickmail und Quickpac stellt schweizweit Briefe, unadressierte Sendungen (z.B. Werbeflyer), Zeitungen und Zeitschriften sowie Pakete zu. In diesen Bereichen ist auch die Schweizerische Post tätig. Das Zusammenschlussvorhaben hätte in mindestens einem Markt den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Die Post und die Quickmail-Gruppe machten geltend, dass es sich um eine Sanierungsübernahme handle. Die WEKO kann eine solche zulassen, wenn sie zwar den Wettbewerb beeinträchtigt, aber sich die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb auch ohne den Zusammenschluss ergeben würden («Failing Company Defence»). Dies wäre der Fall, wenn die Quickmail-Gruppe ohne zusätzliche finanzielle Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden und als Folge davon ein Grossteil der Kundschaft der Quickmail-Gruppe ohnehin zur Post wechseln würde. Zusätzlich dürfte dabei keine wettbewerbsfreundlichere Alternative zum Zusammenschluss bestehen. Letztere Bedingung traf nicht zu, da die WEKO eine andere Kaufinteressentin identifizierte. Kurz nach dem Entscheid der WEKO übernahm nicht jene Interessentin, sondern Planzer die Quickmail-Gruppe.

3.2 Urteile der Gerichte

Das BVGer entschied am 16. November 2022 über neun Beschwerden zum WEKO-Entscheid «**Luftfracht**» vom 2. Dezember 2013. Die WEKO-Verfügung war gegen 14 Parteien gerichtet und betraf Strecken zwischen der Schweiz und fünf Staaten ausserhalb der EU. In fünf Fällen bestätigte das BVGer grundsätzlich die unzulässigen Preisabreden: Für das Gericht ist es erwiesen, dass im Luftfrachtbereich verschiedene Fluggesellschaften über längere Zeit einen wettbewerbsschädlichen Austausch zu Treibstoffzuschlägen und zur Kommissionierung von Zuschlägen pflegten. Es reduzierte jedoch die Bussen. Drei Beschwerden hiess das BVGer vollständig, eine teilweise gut. Das BGer wies mit Urteil vom *24. Juli 2024* die Beschwerde von Lufthansa vollumfänglich ab. In seinem Urteil vom *26. November 2024* weist das BGer die Beschwerde des United-Konzerns ab, reduziert jedoch die Sanktion, da es auf Stufe des BVGer das Beschleunigungsgebot mit einer achtjährigen Verfahrensdauer als verletzt erachtet.

Interchange Fees sind Gebühren, die bei Transaktionen mit Kredit- oder Debitkarten an die Kartenherausgeber (meist Banken) fliessen und von den Unternehmen getragen werden, die diese Karten als Zahlungsmittel akzeptieren. Ende Juni 2023 eröffnete die WEKO zwei Untersuchungen zu den inländischen Interchange Fees mit Debitkarten (vgl. 3.1). Visa beantragte umgehend vorsorglich anzuordnen, dass für die Dauer der Untersuchung die von Visa einseitig ab 1. Juli 2023 eingeführte Regelung zu Debitkarten Interchange Fees mit höheren Gebührensätzen als jenen des WEKO-Sekretariats «zulässig» sei. Am 25. September 2023 wies die WEKO das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab, woraufhin Visa beim BVGer Beschwerde erhob. Das BVGer wies die Beschwerde am 28. Februar 2024 ab, worauf Visa ans BGer gelangte. Letzteres trat mit Urteil vom *4. Dezember 2024* nicht auf die Beschwerde ein.

Die WEKO schloss am 23. Mai 2022 die Untersuchung **Concessionari VW** ab. Sie stellte fest, dass sieben Fahrzeughändlerinnen der VW-Marken von 2006 bis 2018 im Kanton Tessin gegen das Kartellgesetz verstiessen. Die Händlerinnen bildeten für den Verkauf von Neufahrzeugen an Private und die öffentliche Hand ein unzulässiges Kartell. Dafür büsste die WEKO die Unternehmen mit insgesamt rund 44 Mio. Franken. Zwei Händlerinnen reichten beim BVGer Beschwerde ein. Mit seinem Urteil vom *25. November 2024* behandelte das BVGer eine Beschwerde. Die eine Händlerin beantragte, die Sanktion sowie die Verfahrenskosten aufzuheben oder zumindest zu reduzieren, da diese nicht tragbar seien. Das BVGer gelangte zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Busse gegeben sind, die WEKO die Busse und die Verfahrenskosten angemessen festlegte und die Zahlungsfähigkeit der Händlerin korrekt einschätzte. Deshalb wies es die Beschwerde ab. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Das BGer wies am *23. April 2024* die Beschwerde der Swisscom und Blue Entertainment ab und bestätigte damit das Urteil des BVGer vom 10. Mai 2022 sowie den WEKO-Entscheid aus dem Jahr 2016 (damals gegen Swisscom, Cinetrade und Teleclub) wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Fussball- und Eishockeyübertragungen. Die CT Cinetrade AG (heute Blue Entertainment AG) verfügte im Untersuchungszeitraum (2006 bis 2013) über zahlreiche exklusive Live-Übertragungsrechte für **Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV**, die sie an Teleclub weitergab. Während Swisscom von Teleclub ein vollständiges Fussball- und Eishockeyangebot für Swisscom-TV erhielt, mussten sich andere TV-Plattformen mit einem umfangmässig reduzierten Angebot zu ungünstigeren Konditionen begnügen. Einigen TV-Plattformen wurde das komplette Angebot vorenthalten. Da Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen zum Kernangebot einer TV-Plattform gehören, stellen das Vorenthalten eines solchen Angebots sowie die Diskriminierung von TV-Plattformen durch einen unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots unzulässige Verhaltensweisen dar.

Die WEKO büsste am 19. Oktober 2015 vier Autohändler mit Pauschalsanktionen von 10 000 bis 320 000 Franken wegen Preisabreden. Diese vier Konzessionäre der Marken des VW-Konzerns und die AMAG hatten Anfang 2013 eine gemeinsame Konditionenliste vereinbart, welche Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerte für neue Autos der Marken des VW-Konzerns betraf. Die WEKO stellte fest, dass die Händler im März 2013 im Rahmen von regionalen Stammtischen des Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (**VPVW**) die abgestimmte Rabattpolitik kommunizierten. Gegen die AMAG schloss die WEKO das Verfahren mit einer einvernehmlichen Regelung ab. Drei der vier Autohändler legten beim BVGer Beschwerde ein. Das BVGer bestätigte am 16. August 2022 den Entscheid der WEKO weitgehend. Ein Autohändler zog das Verfahren weiter ans BGer, welches die Beschwerde mit Urteil vom *16. April 2024* vollumfänglich abwies.

Die WEKO führte insgesamt 10 Untersuchungen über Submissionsabreden im Kanton Graubünden. 3 dieser Verfahren beschäftigten sich jeweils mit einer Vielzahl, 7 mit maximal 10 abgesprochenen Bauprojekten. Zu den Untersuchungen zählen die WEKO-Entscheide vom *2. Oktober 2017* über unzulässige Wettbewerbsabreden zu 3 Bauvorhaben zwischen 2 Unternehmen (**Engadin III**) sowie zu einem Bauvorhaben zwischen 3 Unternehmen (**Engadin VIII**):

- **Engadin III**: Beide Unternehmen erhoben Beschwerde beim BVGer. Dieses wies die Beschwerden am *18. April 2024* ab und erachtet die Abreden als unzulässig. Es bestätigte den WEKO-Entscheid im Grundsatz, erachtet den Wettbewerb bei den 3 Abreden jedoch nicht als beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt. Aus diesem Grunde setzte es die Busse leicht tiefer an. Die Urteile sind rechtskräftig.
- Gegen den Entscheid **Engadin VIII** erhob namentlich die Lazzarini AG Beschwerde beim BVGer. In seinem Urteil vom *25. April 2024* hatte sich das BVGer primär mit Sanktionsfragen auseinanderzusetzen. Die Beschwerde wies es ab und bestätigte seine jüngere Praxis zu Submissionsabreden. Das Urteil ist rechtskräftig.
- Somit sind vor BVGer einzig Beschwerden zum Verfahren «Bauleistungen Graubünden» hängig. Zu 3 BVGer-Urteilen zu den Engadiner-Verfahren I, VI und VIII sind insgesamt 5 Beschwerden vor BGer hängig.

Die Post schrieb 2008 die Errichtung und den Betrieb eines «Wide Area Network» (**WAN**) für ihre Poststandorte aus. Swisscom erhielt den Zuschlag. Sunrise machte geltend, für die Anbindung der Poststellen sei sie auf Vorleistungen von Swisscom angewiesen gewesen. Aufgrund der hohen Vorleistungspreise von Swisscom habe sie kein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten können. Die WEKO kam 2015 zum Schluss, dass Swisscom wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegen das Kartellgesetz verstossen habe. Konkret wurde Swisscom die Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Sunrise und der Post sowie eine Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise angelastet. Die WEKO verhängte dafür eine Sanktion in der Höhe von 7,9 Millionen Franken. Das BVGer wies die dagegen erhobene Beschwerde von Swisscom 2021 in den wesentlichen Punkten ab, reduzierte indessen die Sanktion auf 7,5 Millionen Franken. Das BGer hiess die Beschwerde von Swisscom gut. Es bestätigte in seinem Urteil vom *5. März 2024*, dass Swisscom auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügte. Allerdings habe Swisscom weder gegenüber Sunrise noch gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen. In beiden Fällen fehle es bereits am Element des «Erzwingens». Überdies sei nicht erstellt, dass die von Swisscom für diese Vorleistungsprodukte verlangten Preise überhaupt unangemessen, bzw. krass überhöht gewesen wären. Schliesslich läge auch kein missbräuchliches Verhalten von Swisscom im Sinne einer Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise vor.

Das BVGer bestätigte mit seinem Urteil vom *12. Februar 2024* die Publikationspraxis der WEKO. Das WEKO-Sekretariat eröffnete am 4. September 2019 die Vorabklärung zur Verwendung von **im Monopolbereich erlangten Daten** durch ein Elektrizitätswerk. Mit Schlussbericht vom 18. August 2020 stellte das Sekretariat fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen würden und beschloss, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen sowie den Schlussbericht zu publizieren. Das Elektrizitätswerk beantragte daraufhin, es sei gänzlich auf eine Publikation zu verzichten oder der Schlussbericht sei in einer grosszügig geschwärzten Version zu veröffentlichen. Entsprechend verfügte die WEKO die Publikation, die anschliessend angefochten wurde. Das BVGer hielt unter anderem auch fest, dass die WEKO die Verfahrens- und Parteirechte wahrte, sich umfassend mit den Argumenten des Unternehmens auseinandersetzte und die Geschäftsgeheimnisse korrekt bezeichnete. Nun muss das BGer darüber befinden.

Das Binnenmarktgesetz enthält die Vorgabe, dass bei der Übertragung der Nutzung von kantonalen oder kommunalen Monopolen eine diskriminierungsfreie Ausschreibung durchzuführen ist. Das BGer hielt mit Urteil vom *5. Juni 2024* fest, dass für die Erstellung eines **trimodalen Hafens** in Basel keine Ausschreibung gestützt auf das Binnenmarktgesetz durchzuführen war, unter anderem weil es sich um einen Vorgang innerhalb der Staatssphäre handelte. Das BGer berücksichtigte dabei auch das Gutachten der WEKO, welches diese im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht hatte. Zudem präzisierte das BGer seine Rechtsprechung und wendete Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes erstmals ausdrücklich auf beschränkt verfügbare, exklusive Nutzungsrechte respektive geschlossene Märkte an. Damit wurde auch die Rechtspraxis bestätigt, welche von der WEKO in den letzten Jahren verfolgt worden war.

4 Tätigkeiten

4.1 Tätigkeiten in verschiedenen Märkten

Das Kartell- und das Binnenmarktgesetz gelten für alle Märkte. Entsprechend erstrecken sich die Tätigkeiten der WEKO und des Sekretariates auf verschiedene Branchen. Das Sekretariat erhält jedes Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. Durchschnittlich münden diese Meldungen und Anzeigen jährlich in 80–90 Verfahren. Rund 75 Prozent

davon sind kleine informelle Marktbeobachtungen, etwa 18 Prozent mittelgrosse Verfahren («Vorabklärungen») und etwa 7 Prozent grössere Verfahren («Untersuchungen»).[1] **Im Folgenden** werden die wichtigsten Erkenntnisse aus diesen Verfahren sowie aus den Beratungen, Stellungnahmen zu staatlichen Erlassen und Beihilfen nach Märkten gegliedert dargestellt. Zudem werden neu eröffnete Vorabklärungen und Untersuchungen beschrieben.

4.1.1 Automobilsektor

Die WEKO eröffnete im Januar 2024 eine *Untersuchung* gegen **BMW**. Sie prüft, ob BMW eine Garage zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasste und die Zusammenarbeit im Nachhinein ohne eine angemessene Übergangslösung beendete. Falls BMW gegenüber der Garage relativ marktmächtig ist, kann ihr Verhalten gegen das Kartellgesetz verstossen.

Mehrere Kraftfahrzeuganbieterinnen in Europa ziehen die Einführung eines **Agenturmodells** in Betracht. Im September 2024 schuf das Sekretariat mit Abschluss seiner *Vorabklärung* «Y.-Agenturverträge» Praxis zur kartellrechtlichen Beurteilung solcher Agenturmodelle. Das Sekretariat prüfte insbesondere, ob die Kraftfahrzeuganbieterin tatsächlich alle wesentlichen Kosten und Risiken der Agenten übernimmt (sog. echtes Agenturmodell) und damit die Wiederverkaufspreise selbst festsetzen darf. Wäre dem nicht so, bestünde das Risiko einer unzulässigen und sanktionierbaren Preisabrede. Das Sekretariat orientierte sich bei seiner Prüfung an den Prüfkriterien für echte Agenturmodelle gemäss den EU-Vertikalleitlinien und stellte fest, dass die Voraussetzungen der echten Agentur nicht vollständig erfüllt waren. Damit konfrontierte das Sekretariat die Kraftfahrzeuganbieterin, welche anschliessend ihr Agenturmodell anpasste.

Das Sekretariat führte vier *Marktbeobachtungen* mit Verdacht auf gebietsabschottende Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von Kraftfahrzeugen durch. Unaufgeforderte Bestellungen von Fahrzeugen von Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz im europäischen Ausland wurden von ausländischen Händlerinnen mit Verweis auf ihre **Vertriebsverträge** mit bestimmten Kraftfahrzeug-Herstellerinnen abgelehnt. Die Abklärungen des Sekretariats ergaben, dass die Vertriebsverträge keine entsprechenden Klauseln enthielten und die Aussagen der ausländischen Händlerinnen auf Missverständnissen beruhten. Die betroffenen Kraftfahrzeug-Herstellerinnen versandten auf Empfehlung des Sekretariats hin Rundschreiben an ihre Vertriebspartnerinnen mit der Klarstellung, dass unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden aus der Schweiz uneingeschränkt bedient werden dürfen. Eine Herstellerin führte zudem interne Audits durch und passte die IT-Prozesse an. In einer fünften Marktbeobachtung betreffend einen möglichen absoluten Gebietsschutz beim Vertrieb von Kraftfahrzeugen ergaben die Abklärungen des Sekretariats, dass die Kraftfahrzeuganbieterin ihre Fahrzeuge ausschliesslich durch Konzerngesellschaften vertrieb, womit eine Wettbewerbsabrede ausser Betracht fiel.

4.1.2 Bauwirtschaft

Die WEKO prüfte verschiedene **Vergabeverfahren von Walliser Gemeinden im Entsorgungsbereich** und schloss die *Untersuchung* ab (vgl. 3.1).

Mit ihrem Entscheid zur *Untersuchung* **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)** büsste die WEKO die Kies AG Aaretal KAGA und ihre Aktionärinnen mit insgesamt 5,3 Millionen Franken (vgl. 3.1). Damit schloss die WEKO das letzte von drei Verfahren im Berner Baustoffbereich ab.

4.1.3 Detailhandel und Konsumgüterindustrie

Die WEKO analysierte die Übernahme der Uhrenhändlerin **Bucherer** durch die Uhrenherstellerin **Rolex** mit einer umfangreichen Marktbefragung im Rahmen der *vorläufigen Prüfung*. Die Analyse ergab zwar Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den nationalen und den lokalen Märkten in Genf für Service Après-Vente an Rolex- und Tudor-Uhren zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Jedoch verzichtete die WEKO im Mai 2024 gestützt auf die Verpflichtungszusagen von Rolex auf eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens. Rolex verpflichtete sich unter anderem, den Vertrieb der Rolex- und Tudor-Uhren sowie das Netz von Servicestellen nicht zu ändern, die Ersatzteillieferungen an Anbieterinnen von Service Après-Vente unverändert zu belassen und den Mehrmarkenvertrieb von Bucherer aufrechtzuerhalten.

Im Rahmen einer *Beratung* äusserte sich das Sekretariat zu einer geplanten **Koordination** von langfristig geplanten **Werbeaktionen** für Lebensmittel zwischen Detailhändlerinnen mit dem Zweck, Nahrungsmittelverschwendung zu reduzieren. Die Koordination sollte verhindern, dass mehrere Detailhändlerinnen gleichzeitig das gleiche Produkt im Rahmen einer langfristig geplanten Aktion bewerben. Letzteres könnte dazu führen, dass nicht die gesamte beschaffte Menge verkauft werden kann. Das Sekretariat kam zwar zum Schluss, dass die geplante Koordination grundsätzlich durch eine Reduktion der Umweltbelastung infolge geringerer Lebensmittelverschwendung gerechtfertigt werden könnte. Jedoch blieb unklar, ob die vorgesehene Koordination tatsächlich zu einer spürbaren Reduktion der Lebensmittelverschwendung führen würde. Deshalb gelang die Rechtfertigung des Vorhabens schliesslich nicht. Die Koordination von langfristig geplanten Werbekationen stellt folglich mutmasslich eine unzulässige Mengen- oder Preisabrede dar.

[1] Zur Erklärung: Das kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren dient zur formellen Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von kartellrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen, ist umfassender Natur und dauert rund 2-3 Jahre. Es wird durch die WEKO entschieden. Die Vorabklärung ist ein kartellverwaltungsrechtliches Vorverfahren weitgehend informeller Natur, mit welchem die untersuchungswürdigen Fälle ermittelt werden und das in der Regel rund ein Jahr dauert. Die Marktbeobachtung ist informelles kartellrechtliches Verwaltungshandeln, das je nach behördlicher Markterkenntnis in eine Vorabklärung oder Untersuchung münden kann oder formlos beendet wird. Vorabklärungen und Marktbeobachtungen werden auf Stufe Sekretariat der WEKO geführt und abgeschlossen.

4.1.4 Digitalisierung

Im Bereich der Digitalisierung setzt das Sekretariat der WEKO seine Praxis fort. Es hört Schweizer Unternehmen an, die sich als Opfer möglicher Missbräuche durch grosse ausländische Akteure sehen. Soweit wettbewerbsrechtliche Probleme bestehen, sucht es zu Letzteren Kontakt und eröffnet gegebenenfalls Verfahren. Im Laufe des Jahres nahm das Sekretariat Verbindung zu Mitgliedern der **GAFAM** auf und suchte mit diesen nach Lösungen, falls bestimmte Verhaltensweisen Schweizer Unternehmen betrafen. Das Sekretariat stand insbesondere mit Google bezüglich der Problematik des «Choice screen» in Kontakt. Es erreichte, dass diese Option für Schweizer Nutzerinnen und Nutzer vorläufig beibehalten wird. Dies fördert den Wettbewerb zwischen den Suchmaschinen. In einigen Fällen sind die Verfahren noch im Gange.

Das Sekretariat greift auch in Fällen ein, die nicht die GAFAM betreffen. In diesem Zusammenhang ist die in diesem Jahr abgeschlossene *Vorabklärung* zu erwähnen, die den Bereich der **Parking-Apps für Smartphones** analysierte. Ziel dieses Verfahrens war es, die Geschäftsbeziehungen zwischen dem Unternehmen Digitalparking, das sich auf den Bereich des gebührenpflichtigen Parkens in der Schweiz spezialisiert hat, und dem Touring Club Schweiz (TCS) zu analysieren. Der TCS hat unter anderem eine multifunktionale Applikation für Smartphones entwickelt, mit der Nutzerinnen und Nutzer einen umliegenden Parkplatz finden und die Parkgebühr entrichten können. Es gibt zahlreiche Parkplatz-Apps auf dem Markt und der TCS beschwerte sich über eine Ungleichbehandlung durch Digitalparking gegenüber konkurrierenden Unternehmen. Das Verfahren ergab, dass die Marktbedingungen von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich sind und daher unterschiedliche Verträge gerechtfertigt sind.

Das Sekretariat sah sich in diesem Jahr veranlasst, die Politik zur Anzeige von Angeboten auf der Plattform **Galaxus** zu analysieren. Diese steht im Verdacht, die Anzeige ihrer eigenen Produkte zu bevorzugen. Die Analyse ist weiterhin im Gange.

Im Laufe des Jahres schloss das Sekretariat der WEKO seine *Marktbeobachtung* bezüglich der engen Paritätsklauseln für Restaurantbetreiber in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens **Just Eat** ab. Die Marktbeobachtung ergab keine Hinweise auf eine Wettbewerbsverzerrung. Da andere Wettbewerber, die im Bereich der Vermittlung von Hauslieferdiensten tätig sind, keine derartigen Klauseln verwenden, wurden die Auswirkungen auf Restaurantbetreiber als gering eingeschätzt.

Schliesslich stellt das Sekretariat fest, dass sich der Bereich der «Digitalisierung» in den letzten Jahren rasch weiterentwickelte und im Zusammenhang mit der **künstlichen Intelligenz** zahlreiche Fragen zu deren Rolle in unserer Gesellschaft sowie zu den möglichen Auswirkungen auf die Wirtschaft und den Wettbewerb aufgeworfen wurden. Um den neuen Herausforderungen dieser Technologien zu begegnen und gegebenenfalls Kartellverfahren einzuleiten, beobachtet das Sekretariat die Entwicklungen auf den Märkten weiterhin aufmerksam, hält auch engen Kontakt zu ausländischen Wettbewerbsbehörden und nimmt an verschiedenen Konferenzen in diesem Bereich teil.

4.1.5 Energie

Der Energiebereich war auch in diesem Jahr geprägt von vielen Gesetzes- und Verordnungsänderungen, welche Anlass zu Stellungnahmen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen von *Vernehmlassungen* und *Ämterkonsultationen* gaben. Im Strombereich sind dazu in erster Linie diverse Konsultationen zur Umsetzung des im Herbst 2023 vom Parlament verabschiedeten **Mantelerlasses** (Revision des Stromversorgungs- und des Energiegesetzes) zu nennen. Die Wettbewerbsbehörden setzten sich in ihren Stellungnahmen gegen neue Wettbewerbsverzerrungen auf Verordnungsstufe zugunsten der Produzenten von inländischen erneuerbaren Energien ein, dies insbesondere im Bereich der Grundversorgungstarifierung. Aus wettbewerblicher Sicht ist es abzulehnen, dass nur die in der Grundversorgung belieferten Endkundinnen und Endkunden zusätzliche Kosten bezahlen müssen, die der Förderung von inländischen erneuerbaren Energien dienen, indem sie im erhöhten Umfang zur Abnahme von Strom aus solchen Energiequellen verpflichtet werden.

Für das investierte Kapital haben die Stromnetzbetreiber Anspruch auf eine risikogerechte Verzinsung. Die Wettbewerbsbehörden setzen sich seit Jahren für eine Reduktion des kalkulatorischen Zinssatzes (**WACC Stromnetze**) ein. Anlässlich der Revision der Stromversorgungsverordnung machten sie geltend, dass der WACC Stromnetze unter Berücksichtigung des effektiven Zinsniveaus und der kaum vorhandenen Risiken im Bereich des Netzbetriebs über den Vorschlag des federführenden Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hinaus zu reduzieren sei. Die in der Schweiz geltende Cost-Plus-Regulierung stellt sicher, dass die Stromnetzbetreiberinnen sämtliche anfallenden Kosten für den Netzbetrieb weiterverrechnen können.

Das Sekretariat setzte sich dafür ein, dass **die Aufsicht und Kontrolle über Elektroinstallationen und Elektrogeräte** im Zuständigkeitsbereich des ESTI aus dem Branchenfachverband Electrosuisse ausgegliedert und in eine nicht gewerblich im Elektroinstallationsbereich tätige und von Electrosuisse unabhängige Organisation überführt wird.

Im **Gasbereich** nahm das Sekretariat in einer Ämterkonsultation zu einem Entwurf des Gasversorgungsgesetzes (GasVG) Stellung. Wie in früheren Konsultationen setzte sich das Sekretariat insbesondere für eine vollständige Marktöffnung im Bereich der Endkundinnen- und Endkundenversorgung sowie detaillierte und diskriminierungsfrei ausgestaltete Konditionen bei Drittbelieferungen durch unabhängige Lieferanten ein. Aus wettbewerblicher Sicht ist zentral, dass im Spezialgesetz regulatorische Schutzbestimmungen zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs sowie ein möglichst wettbewerbsneutrales Tarifierungs- und Bilanzierungssystem vorgesehen werden. Dadurch kann verhindert werden, dass die Gasnetzbetreiber als angestammte Versorger gegenüber Konkurrenten in den Erdgasliefermärkten aufgrund ihrer Monopolstellung begünstigt werden. Zudem stellte das Sekretariat diver-

se Anträge, um zu verhindern, dass die Gasnetzbetreiber in gesetzlichen Monopolbereichen übermässige Erträge erzielen können. Solche übermässigen Erträge könnten von den Gasnetzbetreibern eingesetzt werden, um in neue Märkte einzutreten oder ihre Position zum Nachteil von Konkurrenten in dem freien Wettbewerb unterstehenden Dienstleistungsmärkten zu verbessern.

Zudem verfassten die Wettbewerbsbehörden auch im Jahr 2024 zahlreiche Stellungnahmen zu Konsultationen im Bereich der **Versorgungssicherheit**. Diese betrafen einerseits verschiedene Verordnungsentwürfe des Bundesamts für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), welche in einer Strommangellage umgesetzt werden sollen. Andererseits äusserten sich die Wettbewerbsbehörden zum Einsatz der Reservekraftwerke und Notstromaggregate. Das zentrale Anliegen der Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich ist die Gewährleistung der Technologieneutralität. Sämtliche aus technischer Sicht geeigneten Akteure sollten die Möglichkeit erhalten, Angebote für die Teilnahme an der ergänzenden Reserve unterbreiten zu können.

Im Rahmen einer *Beratung* im Bereich Ver- und Entsorgung hatte das Sekretariat die Frage zu beantworten, ob neben den Erträgen, die eine Gemeinde mit verschiedenen Leistungen (z. B. Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Eintritte ins Hallenbad etc.) und typischerweise in Form von Gebühren und Kausalabgaben erzielt, auch **Steuereinnahmen** (insb. Einkommens- und Gewinnsteuern) als Umsätze im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Das Sekretariat verneinte die Frage, da das Erheben von Steuern hoheitlich erfolgt und damit nicht als Umsatz im kartellrechtlichen Sinne bezeichnet werden kann. Damit sind Steuereinnahmen einer Gemeinde bei der Berechnung der Schwellenwerte im Rahmen von Zusammenschlussverfahren grundsätzlich nicht zum Umsatz hinzuzurechnen.

4.1.6 Finanzmärkte

Mit Mastercard fand die WEKO im Rahmen einer *Untersuchung* zu den inländischen **Interchange Fees** ihrer Debitkarten eine einvernehmliche Lösung und verabschiedete diese (vgl. 3.1).

Um **Zahlkartengebühren** ging es in der *Vorabklärung* VUCA/Visa Central Travel Account (CTA), welche im Anschluss an ein Widerspruchsverfahren eröffnet wurde. Konkret ging es um die Frage, ob Visa für Transaktionen mit einem bestimmten digitalen und zentral hinterlegten Zahlungsprodukt, dem Visa CTA, eine Interchange Fee in der Höhe von 1,5-2 % erheben darf. Visa brachte zur Begründung namentlich vor, das Produkt unterscheide sich von herkömmlichen Kreditkarten und falle nicht unter eine ältere einvernehmliche Regelung aus dem Jahre 2014. Letztere sieht unter anderem tiefere Interchange Fees vor. Das Sekretariat stellte jedoch fest, dass vergleichbare Produkte (sog. Lodged-Lösungen) zu den Konditionen gemäss jener einvernehmlichen Regelung bereits erfolgreich auf dem Markt etabliert waren. Unter anderem deshalb hielt es die von Visa beantragte Ausnahme für den CTA nicht für gerechtfertigt. In der Folge überarbeitete Visa das Projekt und sicherte dem Sekretariat zu, für den Visa CTA sämtliche Vorgaben der einvernehmlichen Regelung einzuhalten. Zudem senkte Visa die ursprünglich vorgesehene Interchange Fee auf 0,95 %. Somit stellte das Sekretariat die Vorabklärung ein.

In einer *Vorabklärung* zu **Lohnabsprachen** stellte das Sekretariat Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden auf dem Arbeitsmarkt fest. Dafür prüfte es zunächst, ob der Arbeitsmarkt unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fällt. Es bejahte dies, nahm jedoch Vereinbarungen unter Sozialpartnerinnen, insbesondere Gesamtarbeitsverträge und andere kollektivarbeitsrechtliche Massnahmen, die der Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen dienen, davon aus. Folglich sind beispielsweise Absprachen unter Unternehmen respektive zwischen Arbeitgebern über Löhne und Lohnbestandteile oder Abwerbeverbote kartellrechtlich problematisch. Trotz der Anhaltspunkte für in diesem Sinne unzulässige Wettbewerbsabreden unter über 200 Unternehmen aus verschiedenen Branchen sahen die Wettbewerbsbehörden von der Eröffnung einer formellen Untersuchung ab. Stattdessen suchte das Sekretariat das Gespräch mit Sozialpartnern, Behörden und weiteren interessierten Kreisen, um zusammen mit diesen eine Best Practice zu kartellrechtskonformem Verhalten auf dem Arbeitsmarkt auszuarbeiten. Die Wettbewerbsbehörden sind überzeugt, dass für den Arbeitsmarkt und seine Akteure damit schneller und effizienter Rechtssicherheit geschaffen werden kann.

Am *21. Mai 2024* schloss die FINMA das kartellrechtliche *Zusammenschlusskontrollverfahren* von **UBS** und **Credit Suisse** ohne Bedingungen, Auflagen und weitere Prüfung ab. In ihrer Stellungnahme zuhanden der FINMA vom 25. September 2023 hatte die WEKO sich intensiv mit den Auswirkungen dieser Fusion auseinandergesetzt und festgestellt, dass die fusionierte UBS neu in einigen Märkten marktmächtig oder möglicherweise marktbeherrschend ist. Die WEKO hatte in ihrer Stellungnahme überdies verschiedene Empfehlungen verabschiedet, die sich an den Gesetzgeber und an Behörden richten und den aus wettbewerblicher Sicht entstehenden Handlungsbedarf nach der Fusion UBS und Credit Suisse adressieren. Die Empfehlungen an verschiedene Behörden haben vor allem die weitere Beobachtung der neuen Marktverhältnisse auf dem Schweizer Finanzplatz und die dafür notwendige Zusammenarbeit unter zuständigen Behörden zum Gegenstand. Nach der gleichzeitigen Publikation der FINMA-Verfügung und der Stellungnahme der WEKO Mitte Juni 2024 stellte der Preisüberwacher die UBS unter Beobachtung und steht seither im konstruktiven Dialog mit der Bank und den anderen zuständigen Behörden. Allerdings wurde auf den Abschluss eines Memorandum of Understanding vorderhand verzichtet, das nach Ansicht der WEKO die Zusammenarbeit und den fachlichen sowie datenbezogenen Austausch zwischen den auf dem Finanzmarkt tätigen Eidgenössischen Behörden sowie dem Preisüberwacher und der WEKO hätte fördern können. Die regelmässige und enge Zusammenarbeit zwischen der WEKO und der Preisüberwachung wird aber auch in diesem Fall weiter gepflegt.

4.1.7 Gesundheitswesen

Die WEKO schloss die *Untersuchung* gegen **Novartis** wegen Klagen auf der Grundlage eines ihrer Patente ab

und stellte das Verfahren ohne Folgen ein (vgl. Abschnitt 3.1).

Die WEKO stellte die *Untersuchung* gegen die **Fresenius Kabi-Gruppe** wegen ihrer Lieferverweigerung von Trink- und Sondennahrung im Ausland an **Galexis** AG ein (vgl. Abschnitt 3.1).

4.1.8 Landwirtschaft

Das Sekretariat prüfte im Rahmen einer *Marktbeobachtung*, ob eine **Lebensmittelproduzentin** gegenüber einer Verarbeiterin von landwirtschaftlichen Produkten relativ marktmächtig ist und gegebenenfalls die Beendigung des Bezugs durch die Lebensmittelproduzentin einen Missbrauch dieser Stellung darstellen könnte. Das Sekretariat gelangte zum Schluss, dass zwar Hinweise für Ersteres, jedoch nicht Letzteres bestehen. So kündigte die Lebensmittelproduzentin den Bezugsabbruch bereits über fünf Jahre vorher an und gab so der Verarbeiterin ausreichend Gelegenheit, ihr Geschäftsmodell an die neuen Gegebenheiten anzupassen. Zudem konnte die Lebensmittelproduzentin überzeugend darlegen, dass für den Bezugsabbruch eine Reihe sachlicher Gründe vorliegen (z. B. Kosteneinsparungen durch Vereinfachung der Prozesse und der Logistik bei der Lebensmittelproduzentin sowie tiefere Preise und Steigerung der Skaleneffekte bei ihren übrigen Lieferantinnen) und der Wettbewerb der Lebensmittelproduzentin künftig auch dann spielt, wenn diese ihren Bezug bei der einen Verarbeiterin von landwirtschaftlichen Produkten stoppt und dafür ihren Bezug bei den übrigen Lieferantinnen entsprechend erhöht.

4.1.9 Medien

Die WEKO entschied in ihrer Untersuchung, dass die französische Verlagsgruppe **Madrigall** ihre relative Marktmacht gegenüber der Schweizer Buchhändlerin Payot missbrauchte (vgl. 3.1).

Im Berichtsjahr gingen eine Anzeige und zahlreiche Beanstandungen aus der Bevölkerung gegen die **Swiss Marketplace Group (SMG)** wegen eines allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein. Die SMG verfügt über verschiedene Online-Plattformen wie etwa homegate.ch, ImmoScout24, AutoScout24, tutti.ch und Ricardo und ist damit auf diversen Märkten im Bereich der Rubrikanzeigen tätig. Obwohl sich im Rahmen der entsprechenden *Marktbeobachtung* gewisse Indizien für eine starke, allenfalls marktbeherrschende Stellung von SMG in einzelnen Märkten zeigten, liess sich der Missbrauchsverdacht nicht erhärten. Soweit sich die Beschwerden zudem ausschliesslich auf die Preissetzung von SMG bezogen, wurden diese zuständigkeitshalber an den Preisüberwacher überwiesen. Die Plattformmärkte bleiben aber weiterhin unter Beobachtung der Wettbewerbsbehörden.

4.1.10 Post

Nach einer *vertieften Zusammenschlussprüfung* untersagte die WEKO im Januar die Übernahme der **Quickmail-Gruppe** durch die **Schweizerische Post** (vgl. 3.1).

4.1.11 Sport

Anfang des Jahres setzte das Sekretariat seine *Vorabklärung* fort, um zu analysieren, ob das Reglement «**FIFA Football Agent Regulations**» der Fédération Internationale de Football Association (FIFA) mit dem schweizerischen Wettbewerbsrecht vereinbar ist. Aufgrund verschiedener derzeit im Ausland hängiger Verfahren beschloss die FIFA im Laufe des Jahres jedoch, die Umsetzung einiger Bestimmungen dieses Reglements vorläufig auszusetzen. Aus diesem Grund und aus Gründen der Verhältnismässigkeit sistierte das Sekretariat auch seine Vorabklärung und wartet die Entwicklung in den ausländischen Verfahren ab.

Darüber hinaus wurde das Sekretariat mit einer Anzeige der International Boxing Association (IBA) gegen das **Internationale Olympische Komitee** (IOC) konfrontiert. Laut der IBA soll das IOC seine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben, indem es der IBA die Anerkennung als internationalen Boxverband entzog. Dieser Entzug hätte unter anderem zur Folge, dass die nationalen Verbände, die der IBA beigetreten sind, keine Boxerinnen und Boxer zur Teilnahme an den Olympischen Spielen 2028 in Los Angeles entsenden dürften. Das Sekretariat hat sich mit dem Fall befasst und erste Ermittlungen geführt.

4.1.12 Telekommunikation

Die WEKO hat die *Untersuchung* gegen **Swisscom Directories** hinsichtlich Eintragungsmöglichkeiten für Unternehmen auf local.ch und search.ch im Juni *2024* eingestellt (vgl. 3.1).

Im Rahmen einer *Beratung* beantwortete das Sekretariat Fragen im Zusammenhang mit der **Übertragung eines Glasfasernetzes**. Dem lag zu Grunde, dass Swisscom in der Schweiz in Kooperation mit verschiedenen Partnern ein Glasfasernetz aufbaute. Mehrere Kooperationspartner erwogen aus dem Geschäft auszusteigen und ihr Glasfasernetz an Swisscom zu verkaufen. Das Sekretariat gelangte hierbei zum Schluss, dass ein solcher Kauf durch Swisscom als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren wäre. Würden zudem im Rahmen einer Vereinbarung sämtliche Kundenbeziehungen gekündigt und wäre zu erwarten, dass diese auf Swisscom übergehen, so wäre dieser Vorgang als Kundenübernahme und damit gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbsbehörden ebenfalls als Unternehmenszusammenschluss zu betrachten.

Beim **Zusammenschlussvorhaben Fastweb / Vodafone Italia** erteilte die WEKO die Freigabe für die Übernahme des gesamten Aktienkapitals von Vodafone Italia S.p.A. durch die Swisscom AG. Die *vorläufige Prüfung* des Zusammenschlussvorhabens ergab Anhaltspunkte dafür, dass Swisscom auf dem Schweizerischen Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen und dem Schweizerischen Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich jeweils bereits über eine sehr starke Marktstellung verfügt. Aufgrund des Zusammenschlusses kommt es zwar zu Marktanteilsadditionen in diesen Märkten. Diese sind aber so gering, dass sie nicht geeignet sind, eine für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben relevante Wettbewerbsveränderung herbeizuführen. Die Beurteilung der Auswirkungen in Bezug auf die italienischen Wettbewerbsverhältnisse oblag der italienischen Wettbewerbsbehörde AGCM, welche im Dezember 2024 dem Zusammenschlussvorhaben ebenfalls zugestimmt hat.

4.1.13 Umwelt

RecyPac baut als Verein in Form einer freiwilligen, privatwirtschaftlichen Branchenlösung ein flächendeckendes und schweizweit einheitliches **Recyclingsystem für Kunststoff- und Getränkekartonverpackungen** auf. Im Rahmen eines so genannten *Widerspruchsverfahrens* prüfte die WEKO den Aufbau und Betrieb des Recyclingsystems als solches sowie zentrale Punkte des Recyclingsystems wie etwa die Festlegung eines Maximalpreises für die Abgabe des Sammelsacks an die Konsumenten und Konsumentinnen oder beispielsweise das Vorkaufsrecht für Rezyklat zu Marktpreisen für RecyPac-Mitglieder. Die WEKO verzichtete auf die Eröffnung eines Verfahrens, womit Recypac das Recyclingsystem aufbauen und betreiben kann.

Anfang 2024 bejahte die WEKO in einer *Beratung* die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die Tätigkeiten der Swiss Zinc AG. In der Folge scheint Letztere den politischen Weg beschritten zu haben. So verlangt die Motion der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 14. Mai 2024 (24.3475; Regulatorische Blockade beim **Zink-Recycling** beheben) eine Änderung der Abfallverordnung. Die WEKO beantragte die Motion abzulehnen. Denn der Markt beim Zinkrecycling funktioniert und das Projekt SwissZinc hätte unter Berücksichtigung der Empfehlungen und Anregungen der WEKO gemäss der *Vorabklärung* SwissZinc wettbewerbskonform umgesetzt werden können. Überdies kann die Änderung der Abfallverordnung zu einer stärkeren Marktkonzentration bis hin zu einer Monopolisierung beim Recycling von Rückständen aus Siedlungsabfällen (d.h. nicht nur beim Zinkrecycling) führen. Mit einer Monopolisierung würden Risiken wie höhere Preise, Verdrängung von anderen Anbietern und fehlende Innovationsanreize einher gehen. Dennoch nahmen der Bundesrat und das Parlament die Motion in diesem Jahr an. Die WEKO wird sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten dafür einsetzen, dass der Wettbewerb im Bereich des Recyclings von Rückständen aus der Abfallverbrennung bestmöglich spielt.

4.1.14 Verkehr

Das Sekretariat eröffnete aufgrund eines entsprechenden Widerspruchsverfahrens im Frühling eine *Vorabklärung* im Bereich des **öffentlichen Verkehrs**. Hintergrund dazu bildete die Revision des Personenbeförderungsgesetzes, welche unter anderem vorsieht, dass die konzessionierten Transportunternehmen eine gemeinsame Infrastruktur für den Vertrieb ihrer Angebote (Vertriebsinfrastruktur) betreiben müssen.

4.1.15 Weitere Tätigkeiten

a. Relative Marktmacht

Auf den 1. Januar 2022 traten die neuen Bestimmungen zur relativen Marktmacht in Kraft. Sie gehen auf die Fair-Preis-Initiative zurück und sollen der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz dienen. Im Jahr 2024 schloss die WEKO die ersten beiden Untersuchungen ab (vgl. Abschnitt 3.1) und eröffnete ein weiteres Verfahren zu einer bereits im Jahr 2023 eingegangen Anzeige (vgl. Abschnitt 4.1.1). Die WEKO beabsichtigt mit diesen Entscheiden Leitlinien für die Anwendung der neuen Gesetzesbestimmung zu schaffen. Darüber hinaus beabsichtigt das Sekretariat der WEKO das Merkblatt und Meldeformular «relative Marktmacht» auf der Grundlage dieser ersten Verfügungen zu aktualisieren.

Die Anzahl der Anzeigen blieb weiterhin gering. Die WEKO erhielt im Jahr 2024 drei (Vorjahr: sieben) ausgefüllte Meldeformulare zum möglichen Missbrauch relativer Marktmacht sowie fünf (Vorjahr: zehn) weitere Anzeigen und Bürgeranfragen mit Bezug zur relativen Marktmacht. Diese betrafen die unterschiedlichsten Branchen. Geprüft wurde zum Beispiel die Abhängigkeit einer Händlerin von der Herstellerin eines bestimmten Produkts, einer Verarbeiterin von landwirtschaftlichen Produkten von einem Unternehmen der Lebensmittelproduzentin (vgl. Abschnitt 4.1.8), einer Franchisenehmerin von ihrer Franchisegeberin und von Unternehmen von bestimmten Softwareprodukten.

Aus den im Jahr 2024 eingegangenen Meldungen resultierten im Jahr 2024 keine Eröffnungen von Untersuchungen oder Vorabklärungen. So enthielten die meisten Meldungen nicht genügend Hinweise auf einen kartellrechtswidrigen Missbrauch relativer Marktmacht. Es kam auch vor, dass Unternehmen ihr Anliegen nach einer ersten Kontaktaufnahme mit dem Sekretariat nicht weiterverfolgten oder das Sekretariat Unternehmen auf den Zivilrechtsweg verwies, da es vor allem um die Auslegung von konkreten Verpflichtungen aus einem Vertrag ging.

In der laufenden Untersuchung zu BMW und einer Garage (vgl. Abschnitt 4.1.1) entschieden die Wettbewerbsbehörden, dass sich Dritte grundsätzlich nicht an Untersuchungen über den Missbrauch relativer Marktmacht beteiligen können. Denn solche Verfahren konzentrieren sich auf das bilaterale Verhältnis zweier Unternehmen. Dritte sind in diesem Verhältnis durch einen möglichen Missbrauch nicht in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert.

b. Vertikalabreden

Am 22. Oktober 2024 schloss das Sekretariat die *Vorabklärung* **Brandschutzprodukte** mit Anregungen ab. Das Sekretariat analysierte das Vertriebssystem einer Anbieterin von Brandschutzprodukten (inkl. Feuerlöscher) und damit zusammenhängende Dienstleistungen. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Gebietsschutz- und Preisabreden. Dies vor allem deshalb, da das Vertriebsmodell aus Elementen verschiedener Vertriebssysteme bestand und kein echtes Agenturmodell vorlag, in welchem sämtliche Kosten und Risiken von der Anbieterin der Brandschutzprodukte getragen werden. Das Sekretariat regte Änderungen an, um die kartellrechtlichen Bedenken auszuräumen.

Das Sekretariat führte 14 *Marktbeobachtungen* durch, die zu Verhaltensanpassungen führten. 8 Marktbeobachtungen betrafen mutmassliche **Behinderungen von Parallelimporten** in die Schweiz. Betroffen waren unter anderem **Hörgeräte, Teleskoplader, Fahrradteile, Motorräder, Photovoltaikprodukte** und **Sicherheitsbeleuchtungen**. Auf Empfehlung des Sekretariats hin passten die betroffenen Herstellerinnen missverständliche Vertriebsklauseln, eine missverständliche Bonusregelung und Garantieregelungen an und informierten ihre Vertriebspartnerinnen im Ausland per Rundschreiben,

dass unaufgeforderte Bestellungen aus der Schweiz uneingeschränkt bedient werden dürfen. Darüber hinaus empfahl das Sekretariat kartellrechtliche Mitarbeiterschulungen. In einem Fall ergaben die Abklärungen, dass die Verweigerung von Lieferungen in die Schweiz tatsächlich auf einem autonomen Entscheid der ausländischen Händlerin beruhte, gegenüber dem Kunden aus der Schweiz jedoch mit einer gebietsabschottenden Abrede mit Herstellerinnen begründet wurde. Auch hier empfahl das Sekretariat, die Mitarbeitenden zu schulen, um kommunikative Missverständnisse zu vermeiden.

Eine *Marktbeobachtung* behandelte Meldungen mehrerer Zahnärztinnen und Zahnärzte, wonach sie **Medizinprodukte** nicht mehr günstiger über ausländische Online-Shops beziehen konnten. Die ausländischen Online-Shops würden die Bestellungen aus der Schweiz mit der Begründung ablehnen, dass ihnen die Lieferung in die Schweiz von verschiedenen Herstellerinnen untersagt worden sei. Die Abklärungen des Sekretariats zeigten, dass die Verweigerung von Lieferungen in die Schweiz auf einer fehlerhaften Interpretation von gesetzlichen Bestimmungen fusste, unter anderem der Medizinprodukteverordnung. Nach Rücksprache mit dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) teilte das Sekretariat den Marktteilnehmenden mit, dass die Zahnärztinnen und Zahnärzte – und nicht die Herstellerinnen und Online-Händlerinnen – für die Produktekonformität verantwortlich sind, wenn sie die Medizinprodukte zwecks Verwendung bei ihren Behandlungen direkt bei ausländischen Händlerinnen beziehen und nicht weiterverkaufen.

Eine weitere *Marktbeobachtung* betraf mögliche Gebietsschutzabreden mittels **Geoblocking** beim **Onlineverkauf von Kreuzfahrttickets** aus dem Ausland in die Schweiz. Ausgangspunkt waren Hinweise von der Stiftung für Konsumentenschutz. Tatsächlich waren Websites, welche Kreuzfahrttickets in bestimmten Ländern anboten, von der Schweiz aus nicht abrufbar bzw. erfolgte beim Abrufversuch eine automatische Umleitung auf eine Schweizer Website. Im Laufe der Marktbeobachtung wurden die Beschränkungen des Abrufs der ausländischen Websites behoben.

Sechs *Marktbeobachtungen* behandelten Hinweise auf vertikale Preisabreden. Betroffen waren unter anderem **Gartenmöbel, Fahrräder** und **Haarstyler**. In diesen drei Fällen liessen sich die Hinweise auf Preisabreden durch fehlerhafte Auskünfte von Mitarbeitenden erklären. Das Sekretariat empfahl den betroffenen Unternehmen, ihre Mitarbeitenden kartellrechtlich zu schulen. Im Rahmen von drei weiteren Marktbeobachtungen bestanden Hinweise, dass gewisse Mitarbeitende zweier Grosshändlerinnen und einer Herstellerin im **IT-Bereich** Druck auf eine Händlerin ausgeübt hatten, um sie dazu anzuhalten, höhere Verkaufspreise für ihre Produkte zu verlangen. Das Sekretariat wies die Unternehmen auf die kartellrechtliche Problematik ihres Verhaltens hin und empfahl den drei Unternehmen Mitarbeiterschulungen.

c. Nachhaltigkeit

Die Wettbewerbsbehörden sind immer wieder mit der Frage konfrontiert, ob eine Kooperation zwischen Unternehmen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen kartellrechtskonform ist. Im Jahr 2024 war dies im Rahmen der *Beratung* zur Koordination von langfristig geplanten Werbeaktionen für Lebensmittel (4.1.3) sowie bei Aktivitäten im Bereich Umwelt (4.1.13) der Fall.

Mit dem Ziel eines offenen Austauschs zwischen der Behörde und der Privatwirtschaft zu dieser Frage, veranstaltete das Sekretariat am 13. März 2024 einen **Workshop zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen und Kartellrecht**. Gemeinsam mit Akteuren der Privatwirtschaft und internationalen Behördenvertretern diskutierte das Sekretariat über kartellrechtliche Fragen bei der Gestaltung und Umsetzung von Kooperationen, welche auf eine nachhaltigere Wirtschaft abzielen. Die Diskussion zeigte, dass das Kartellgesetz Spielräume für Nachhaltigkeitsvereinbarungen bietet, die es zu nutzen gilt. Eine offene und transparente Kommunikation zwischen den Wettbewerbsbehörden und den Unternehmen behebt Unklarheiten.

d. Ermittlungen

Am 8. Mai 2024 äusserte sich die WEKO in einer **Vernehmlassung zur Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts**. Dieses wendet die WEKO bei Hausdurchsuchungen an. Die WEKO äusserte Vorbehalte bezüglich zwei Anpassungen: Die strikte Frist von 20 Tagen zur Einreichung eines Entsiegelungsgesuchs beim Entsiegelungsgericht gefährdet die bewährte Praxis der informellen Entsiegelungen, bei denen die betroffenen Unternehmen und das Sekretariat eine einvernehmliche Datentriage durchführen. Zudem kann die geplante Übertragung der Zuständigkeit von der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (BStGer) auf die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte zu widersprüchlichen Urteilen innerhalb derselben Untersuchung führen. Darüber hinaus würde damit kein Gericht das spezifische Know-how zur Beurteilung kartellrechtlicher Fälle aufbauen. Die WEKO brachte bezüglich beider Probleme Lösungsvorschläge ein und verfolgt die weiteren Revisionsarbeiten.

4.2 Binnenmarkt

Die WEKO erstellte am 16. Dezember 2024 ein *Gutachten* an ein kantonales Verwaltungsgericht. Ein in seinem kantonalen Zweitbüro tätiger Rechtsanwalt sollte im dortigen Anwaltsregister eingetragen sein, damit er einen Praktikanten einstellen konnte, dessen **Anwaltspraktikum** dort in der Rechtspflege anrechenbar war. Aus Sicht des Binnenmarktgesetzes stellte der geforderte Eintrag im dortigen kantonalen Anwaltsregister eine Einschränkung des Rechts auf freien Marktzugang, eine ortsbezogene Ungleichbehandlung und auch ein Freizügigkeitshindernis dar. Eine Rechtfertigung der Beschränkung des Marktzugangs war unter anderem nicht möglich, da der Registereintrag kein geeignetes und erforderliches Kriterium für eine Tätigkeit in der dortigen Rechtspflege darstellt.

Das kantonale Gesundheitsdepartement verweigerte zwei ausserkantonalen **Spitex**-Organisationen die Zulassung für ein Tätigwerden im Kanton Waadt. Die beiden Spitex-Organisationen erhoben Beschwerde ans waadtländische Kantonsgericht, unter anderem wegen Verletzungen des Binnenmarktgesetzes. Die WEKO erstellte dazu auf Anfrage des Kantonsgerichts am 15. Januar 2024 ein *Gutachten*. Das Kantonsgericht hiess mit zwei Urteilen vom 26. Juli 2024 die Beschwer-

den gut und stellte auch auf das Gutachten der WEKO ab. Das Gesundheitsdepartement des Kantons Waadt erhob gegen die beiden Urteile Beschwerde ans BGer.

Das Binnenmarktgesetz sieht zudem ein **kostenloses Verfahren** vor, wenn ein Anspruch auf einen freien Marktzugang nach dem Herkunftsprinzip besteht. Die WEKO erhob entsprechend Ende 2022 eine *Beschwerde* gegen eine Kostenauferlegung für eine Berufsausübungsbewilligung einer **Hebamme**. Das Kantonsgericht Luzern wies die Beschwerde der WEKO am 16. Mai 2024 ab, unter anderem da es die Berufsausübungsbewilligung als altrechtlich und damit als nicht binnenmarktrechtsrelevant einstufte. Die WEKO erhob gegen dieses kantonale Urteil Beschwerde ans BGer mit der Begründung, dass ein interkantonaler Sachverhalt vorlag, auf welchen das BGBM anzuwenden ist.

Das Binnenmarktgesetz enthält die Vorgabe, dass bei der Übertragung der Nutzung von kantonalen oder kommunalen **Monopolen** eine diskriminierungsfreie Ausschreibung durchzuführen ist. In der Stadt Zürich stellte sich im Rahmen einer *Marktbeobachtung* die Frage, in welcher Weise die Vermietung von **Gastronomiebetrieben** binnenmarktrechtskonform erfolgen soll. Das Sekretariat erarbeitete im Austausch mit der Zürcher Stadtverwaltung Leitlinien für eine diskriminierungsfreie, allen interessierten Personen offenstehende Vergabe solcher Betriebe.

Die WEKO erhob am 17. Juni 2024 auf Anzeige hin eine *Beschwerde* in einer **öffentlichen Beschaffung** zur Sanierung von **Wald- und Feldwegen**. Die kommunale Vergabestelle führte ein Einladungsverfahren durch, wobei nach den geschätzten Auftragswerten ein offenes Verfahren durchzuführen gewesen wäre. Die WEKO erachtete zudem das Vorliegen einer von der Vergabestelle zugelassenen Unternehmervariante als nicht gegeben, da das den Zuschlag erhaltende Unternehmen hauptsächlich mit deutlich niedrigeren Materialmengen gerechnet hatte als in der Ausschreibung vorgesehen war. Nach Einschätzung der WEKO verstiess dieses Verhalten sowohl gegen das kantonale Beschaffungsrecht als auch gegen das BGBM.

Das Binnenmarktgesetz enthält ein **Diskriminierungsverbot** für kantonale und kommunale Beschaffungen. Die WEKO reichte am 9. September 2023 ihre erste materielle *Stellungnahme* unter dem revidierten Beschaffungsrecht beim BGer ein. Die WEKO äusserte sich insbesondere zur Frage, ob in Bezug auf den Zeitpunkt der Erfüllung eines **Eignungskriteriums** eine Diskriminierung vorlag.

5 Internationales

Im Berichtsjahr empfing das WEKO-Sekretariat in Bern eine Delegation der Wettbewerbsbehörden der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA), eine Delegation der chinesischen State Administration for Market Regulation (SAMR) sowie eine Delegation der südkoreanischen Fair Trade Commission (KFTC) je zu einem **bilateralen Arbeitstreffen**. Am Treffen mit der KFTC war auch ein Vertreter der UN Trade and Development (UNCTAD) anwesend. Der Austausch betraf jeweils die neuesten Entwicklungen im Wettbewerbsrecht und dessen Durchsetzung. Zudem waren die ausländischen Wettbewerbsbehörden an einer Kooperation mit der WEKO interessiert. Das Sekretariat zeigte den Behörden die Möglichkeiten der Kooperation auf.

Das WEKO-Sekretariat beantwortete diverse Anfragen von Unternehmen in der Schweiz, die **Auskunftsbegehren ausländischer Wettbewerbsbehörden** erhielten. Bei den Unternehmen bestand jeweils Unsicherheit darüber, ob das Auskunftsbegehren korrekt zugestellt worden war und dessen Beantwortung einer Bewilligung durch das Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) bedurfte.

Das WEKO-Sekretariat nahm am 5. März 2024 an einem Workshop der **OECD** zu den Entwicklungen im Bereich der Bekämpfung von Submissionsabreden bei öffentlichen Beschaffungen teil. Es brachte seine Erfahrungen in einer Paneldiskussion zum Thema «*Digital Cartel Screens to Discover Bid Rigging*» ein. Weiter beteiligte sich das WEKO-Sekretariat vom 14.-16. Mai 2024 an einem Seminar zum Thema «*Tackling Bid Rigging in Public Procurement*» teil, das durch das Regional Center for Competition in Budapest organisiert wurde. Dieses wird von der OECD und der ungarischen Wettbewerbsbehörde betrieben (OECD-GVH RCC). Auf Anfrage des OECD-GVH RCC brachte das Sekretariat seine Erfahrungen in diesem Bereich ein. Am Seminar nahmen Mitarbeitende von Wettbewerbsbehörden aus Südost-, Zentral- und Osteuropa teil.

Das WEKO-Sekretariat nahm am 17. und 18. März 2024 an der Gründungssitzung des **International Competition Network** (ICN) Technologist Forum in Washington, DC, teil und stärkte damit die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Digitalisierung. Ebenso war das Sekretariat an der darauffolgenden 23. ICN-Jahreskonferenz in Salvador de Bahia anwesend. Das WEKO-Sekretariat beantwortete verschiedene ICN-Umfragen und wirkte an verschiedenen Berichten mit. Es beteiligte sich zudem mit Vorträgen an ICN-Workshops und förderte so den Wissensaustausch mit anderen Behörden.

Das WEKO-Sekretariat besuchte im Juli 2024 die **UNCTAD** Jahreskonferenz in Genf. Gleichzeitig wurde die Mitarbeit in der Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels; CBC) in enger Zusammenarbeit mit dem SECO fortgesetzt. Das Mandat dieser Arbeitsgruppe wurde um ein weiteres Jahr verlängert. Das WEKO-Sekretariat gibt seine erworbene Expertise in den Bereichen Kartelle und Submissionsabreden im Rahmen der Arbeitsgruppe an ausländische Wettbewerbsbehörden weiter. Am 25. April 2024 gab das WEKO-Sekretariat im Rahmen der Arbeitsgruppe CBC ein Referat zu seinen Erfahrungen bei der Bekämpfung von Submissionsabreden.

6 Gesetzgebung

Am 24. Mai 2023 verabschiedete der Bundesrat einen Gesetzesentwurf und die Botschaft zur **Teilrevision des Kartellgesetzes** (23.047). Mit der Vorlage sollen die Wirksamkeit des Kartellgesetzes verbessert (v.a. Zusammenschlusskontrolle, Kartellzivilrecht und Widerspruchsverfahren) und die Forderungen von drei überwiesenen Motionen umgesetzt werden. Der Ständerat stimmte am 11. Juni 2024 der Revision mit gewissen

Änderungen und Ergänzungen zu. Im Herbst 2024 begann die zuständige Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats mit der Beratung. Die Federführung für die Revision liegt seitens der Verwaltung beim Generalsekretariat des WBF und beim SECO. Das Sekretariat der WEKO wirkt bei den Arbeiten mit.

Die **Reform der Wettbewerbsbehörden** (Institutionenreform) wird parallel zur KG-Teilrevision angegangen. Aufgrund des Schlussberichts der unabhängigen «Expertenkommission Reform Wettbewerbsbehörden» vom 1. Dezember 2023 will der Bundesrat die Wettbewerbsbehörden reformieren. Er hat am 15. März 2024 das WBF beauftragt, ihm bis Mitte 2025 eine Vernehmlassungsvorlage für eine Reform vorzulegen.

Der aktuelle Stand der weiteren **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezügen zum Kartellgesetz und zum Binnenmarktgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Motionen** 16.4094 **Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren», 18.4282 **Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» und 21.4189 **Wicki** vom 30. September 2021 «Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» sollen in der KG-Teilrevision durch entsprechende Vorschriften im KG umgesetzt werden.
- Aufgrund der **Motion** 18.3898 **Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» arbeitete der Bundesrat die KFZ-Verordnung, KFZV (SR 251.6) aus. Diese trat am 1. Januar 2024 in Kraft.
- Die Anliegen der überwiesenen **Motionen** 20.3531 **Caroni /** 20.3532 **Rieder** vom 8. Juni 2020 «Fairerer Wettbewerb gegenüber Staatsunternehmen» wurden vom Bundesrat berücksichtigt, indem er am 13. September 2024 einen neuen Passus in die Corporate-Governance-Leitsätze des Bundes aufnahm, mit welchem er Wettbewerbsverzerrungen zwischen staatlichen und privaten Unternehmen vermeiden will.
- Die **Motion** 22.3838 **Gugger** vom 17. Juni 2022 «Schutz vor der einseitigen Einführung des Agenturmodells im KFZ-Markt» wurde vom Nationalrat angenommen.
- Die **Motionen** 22.3976 **Maitre** und 22.3977 **de Quattro** vom 22. September 2022 «Interchange Fees für Zahlungen mit Debitkarten verbieten» wurden vom Nationalrat angenommen.
- Die **Motion** 22.4404 **Rechsteiner** vom 14. Dezember 2022 «Verfahren beschleunigen – Rechtssicherheit erhöhen» fordert, dass die Untersuchungsphase des Sekretariats der WEKO (d. h. von der Eröffnung des Verfahrens bis zum Antrag des Sekretariats an die WEKO) maximal ein Jahr dauern dürfe mit der Möglichkeit einer einjährigen Verlängerung. Der Vorstoss wurde vom Nationalrat angenommen.
- Die **Motion** 22.4563 **Grossen** vom 16. Dezember 2022 «Eindämmung unfairer Konkurrenz durch Bundesbetriebe», die ein Verbot der Quersubventionierung, erhöhte Transparenz und verstärkte Compliance verlangt, wurde vom Ständerat angenommen.
- Die **Motion** 23.3069 **Sozialdemokratische Fraktion** vom 8. März 2023 «Digital Markets Act für die Schweiz» wurde zurückgezogen.
- Die **Motion** 23.3224 **Français** vom 16. März 2023 «Institutionelle Reform der Wettbewerbskommission» fordert eine Überprüfung der Struktur der WEKO, ihrer Vorrechte und Mittel; eine funktionale Trennung ihrer Rollen als Anklägerin und als Richterin sei sicherzustellen. Der Vorstoss wird vom Ständerat als Erstrat behandelt.
- Die **Motion** 23.3487 **Romano** vom 12. April 2023 «Fall Credit Suisse. Alle möglichen Massnahmen zur Sicherung der Arbeitsplätze in der Schweiz prüfen» wurde abgeschrieben.
- Die **Motion** 24.3262 **Kamerzin** vom 14. März 2024 «Öffentliches Beschaffungsrecht. Ungleichheiten zwischen dem Bund sowie den Kantonen und Gemeinden bezüglich Arbeitnehmerschutz beseitigen» wurde zurückgezogen.
- Die **Motion** 24.3627 **Pfister** vom 13. Juni 2024 «Wiederherstellung des Wettbewerbs- und Konsumentenschutzes im Autohandel. Beseitigung eines Handelshemmnisses bei Elektrofahrzeugen» verlangt, dass bei Parallel- oder Direktimporten von Kraftfahrzeugen die Herstellergarantie unabhängig vom Vertriebskanal gewährleistet bleibt. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion** 24.4590 **Rüegsegger** vom 20. Dezember 2024 «Sektoruntersuchung einführen – strukturelle Wettbewerbsprobleme lösen» fordert die Ergänzung des Kartellgesetzes um ein Instrument, welches die Analyse struktureller Wettbewerbsprobleme in bestimmten Branchen ermöglicht, ohne dass ein konkreter Verdacht auf einen Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht vorliegen muss. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Noch nicht erledigt sind die folgenden **Interpellationen**: 22.3707 **Estermann** vom 16. Juni 2022 «Nötige Korrekturen im Gesundheitswesen? (4)», 23.3469 **Gigon** vom 11. April 2023 «Neue Megabank Credit Suisse/UBS. Wie müssen wir unsere Gesetzgebung anpassen, um den Wettbewerb zu gewährleisten?», 23.4299 **Addor** vom 29. September 2023 «Zusammenschluss UBS–CS: Und die Wettbewerbskommission?», 23.4513 **Gugger** vom 22. Dezember 2023 «Big Tech: Missbrauch von Marktmacht gegenüber KMUs und Spitälern» und 23.4416 **Maitre** vom 20. Dezember 2023 «Debitkarten. Überhöhte Gebühren für den Kleinhandel. Verfahren vor der Weko», 24.3311 **Pfister** vom 15. März 2024 «Motion 18.3898, 'Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel'. Wie und wann setzt der Bundesrat die fehlenden Punkte der Motion um?», 24.3292 **Amoos** vom 15. März 2024 «Mehr Transparenz bei Gebühren und Kommissionen für Kartenzahlungen», 24.3794 **Amoos** vom 14. Juni 2024 «Transparenz bei den Transaktionsgebühren und -kom-

missionen für bargeldlose Zahlungsmittel» und 24.4049 **Regazzi** vom 26. September 2024 «Übernahmen der Post. Missachtet der Bundesrat die Beschlüsse des Parlaments?», sowie das Postulat 23.3444 **WAK-N** vom 4. April 2023 «Zusammenschluss von UBS und CS. Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung».

7 Statistik

Die nachfolgende Statistik gibt einen Überblick über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates im Jahr 2024:

	2024	2023	2022
Untersuchungen			
Während des Jahres geführt	24	25	19
davon Übernahmen vom Vorjahr	21	18	16
davon Eröffnungen	1	7	3
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	0	0
Endentscheide	7	2	1
davon einvernehmliche Regelungen	3	0	1
davon behördliche Anordnungen	3	1	1
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	2	1
davon Teilverfügungen	0	0	0
Verfahrensleitende Verfügungen	5	2	1
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	1	3	1
Vorsorgliche Massnahmen	0	0	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG			1
Vorabklärungen			
Während des Jahres geführt	11	17	14
davon Übernahmen vom Vorjahr	10	10	8
davon Eröffnungen	1	7	6
Abschlüsse	5	8	5
davon mit Untersuchungseröffnung	0	3	0
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	3	4
davon ohne Folgen	1	2	1
Andere Tätigkeiten			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	2	5
Erfolgte Beratungen	24	29	14
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	50	48	52
BGÖ-Gesuche	16	18	22
Sonstige erledigte Anfragen	513	500	511
Zusammenschlüsse			
Meldungen	43	33	49
Kein Einwand nach Vorprüfung	43	32	49
Prüfungen	1	2	0
Entscheide der WEKO nach Prüfung	1	0	0
Untersagung	1	0	0
Zulassung mit Bedingungen / Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	0	0	0
Vorzeitiger Vollzug	0	0	0
Beschwerdeverfahren			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	27 (59)	31 (67)	35 (88)
Urteile BVGer	5 (7)	11 (16)	6 (31)
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	5 (7)	9 (14)	4 (10)
davon teilweiser Erfolg	0 (0)	2 (2)	2 (6)
davon kein Erfolg	0 (0)	0 (0)	0 (3)

Urteile BGer	6 (6)	1 (1)	5 (7)
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	5 (5)	1 (1)	4 (4)
davon teilweiser Erfolg	0 (0)	0	1 (2)
davon kein Erfolg	1 (1)	0	0 (1)
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	21 (53)	24 (56)	29 (69)
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			
Gutachten (Art. 15 KG)	1	0	1
Empfehlungen (Art. 45 KG)	1	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	0	0
Nachkontrollen	0	0	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	0	1
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	338	318	327
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	16	13	14
Beihilfeprüfungen	0	0	0
BGBM			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0	0
Gutachten (Art. 10 BGBM)	3	2	1
Marktbeobachtungen / Beratungen / sonstige erledigte Anfragen	48	52	62
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2bis BGBM)	2	0	3

Aus der Statistik für das Jahr 2024 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2023 und 2022 ergeben sich die folgenden wesentlichen Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die WEKO eröffnete dieses Jahr 1 Untersuchung und schloss deren 7 ab.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Die Zahl der Vorabklärungen und Marktbeobachtungen bewegt sich in ähnlicher Grössenordnung wie in vergangenen Jahren. Wobei über die letzten rund 10 Jahre weiterhin eher weniger Vorabklärungen geführt werden.
- Zusammenschlüsse: Weiterhin hoch ist die Anzahl gemeldeter Zusammenschlüsse. So beurteilte die WEKO deren 43.
- Beschwerdeverfahren[2]: Die Gerichte, v.a. das BVGer fällten dieses Jahr ebenfalls viele Urteile. Die Gerichte bestätigten die WEKO-Entscheide weitgehend.
- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Gutachten (abgesehen des BGBM-Bereiches), und Empfehlungen sind weiterhin eher selten. Jedoch leisteten die Wettbewerbsbehörden wie in den vergangenen Jahren viel Regulierungsarbeit. So investieren die Wettbewerbsbehörden viele Ressourcen in Stellungnahmen zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen.
- BGBM: Die behandelte Anzahl an Beratungen und Marktbeobachtungen verblieb auch im Jahr 2024 auf hohem Niveau.

8 Spezialthema 2024:Gemeinden und Kantone als Garanten des Wettbewerbs

Die Produktivität und das Wachstum einer Volkswirtschaft hängen von mehreren wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen ab. Einer der wichtigsten Faktoren ist der Wettbewerb. Wenn die Märkte gut funktionieren, verläuft insbesondere die Allokation der Ressourcen effizient und die Wohlfahrt wird maximiert. Wenn dies nicht der Fall ist, kann ein staatliches Eingreifen gerechtfertigt sein. Der Staat kann entweder indirekt eingreifen, indem er reguliert oder versucht, das Verhalten der Verbraucher und Verbraucherinnen zu beeinflussen, oder direkt, indem er als Marktteilnehmer auftritt.

In all diesen Fällen soll das staatliche Handeln den Wettbewerb nicht verzerren, es sei denn, die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen erfordert dies. Um dies zu erreichen, beachtet der Staat bei seinen Handlungen insbesondere den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Dieser besagt, dass staatliches Handeln den auf dem Markt tätigen Einheiten keine ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteile oder -nachteile verschaffen darf. Die OECD erläuterte dies in ihren Empfehlungen von 2021 und in ihrem am 25. September 2024 veröffentlichten Handbuch.

In der Schweiz gilt dieser Grundsatz der Wettbewerbsneutralität für den Bund, die Kantone und die Gemeinden. Da der Bund über Leitprinzipien in diesem Bereich verfügt, konzentriert sich dieser Beitrag auf die wichtige Rolle und den entscheidenden Beitrag der Kantone und

[2] WEKO-Entscheide (Verfügungen) richten sich meist gegen mehrere Parteien. Diese reichen vor den Gerichten einzeln eine Beschwerde ein. Die Gerichte behandeln in der Regel jede Beschwerde einzeln und fällen entsprechend mehrere Urteile zu einem einzelnen WEKO-Entscheid. Diese Gerichtsurteile sind in der Sache teilweise sehr ähnlich, können aber auch Einzelfragen behandeln. Ab dem Jahr 2021 werden neu nicht nur die parallelen Beschwerdeverfahren vor den Gerichten gemeinsam als ein Fall pro WEKO-Entscheid gezählt, sondern wird zusätzlich in Klammern die Gesamtsumme aller separaten, auch parallelen Beschwerden insgesamt aufgeführt. Gleiches gilt für die Statistik auf Stufe Gerichte: Die Urteile werden zum einen unabhängig von der Anzahl Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid als ein Urteil gezählt sowie zum anderen sind zusätzlich in Klammern die Urteile zu den einzelnen Beschwerden aufgeführt.

Gemeinden (im Folgenden der Staat) bei der Verbesserung des Wettbewerbsumfelds, sei es durch Regulierungen (8.1), öffentliche Unterstützungsmassnahmen (8.2), die Übertragung öffentlicher Aufgaben (8.3), Genehmigungen oder die Erteilung von Konzessionen (8.4) und bei öffentlichen Ausschreibungen (8.5 und 8.6).

8.1 Neutrale Regulierung

Das vom Staat erlassene regulatorische Umfeld sollte **wettbewerbsneutral** sein. Es sollte grundsätzlich mit der gleichen Strenge und Transparenz gegenüber allen Marktteilnehmenden angewandt werden. Tatsächlich sollten alle aktuellen und potenziellen Marktteilnehmenden gleichbehandelt werden, nicht nur in Bezug auf den Rechtsrahmen, sondern auch in Bezug auf dessen Anwendung.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann in bestimmten Fällen notwendig sein, um politische Ziele zu erreichen, die mit anderen Mitteln nicht erreicht werden können. Dasselbe gilt, wenn der Staat einem staatlichen Unternehmen erlaubt, seine Dienstleistungen über das ihm gewährte Monopol hinaus anzubieten. In diesen Fällen muss jede **Ausnahme** vom Grundsatz der neutralen Regulierung transparent sein, durch klare politische Ziele gerechtfertigt, verhältnismässig und restriktiv angewandt werden. Wenn Ausnahmen auf transparente Weise beschlossen werden und der Öffentlichkeit bekannt sind, eröffnet dies eine Diskussion über die Vorzüge dieser Ausnahmen, über mögliche Einwände und alternative Vorschläge.

Als **Beispiel** sei hier eine kantonale Verordnung genannt, die festlegt, welche Software zur geschlechtsspezifischen Lohnanalyse verwendet werden muss, wenn Unternehmen an einer Ausschreibung im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung teilnehmen. Durch dieses Vorgehen begünstigt der Kanton den Hersteller dieser speziellen Software auf Kosten seiner Konkurrenten und schafft damit eine potenzielle Wettbewerbsverzerrung. Ein weiterer Fall besteht in kantonalen oder kommunalen Gesetzgebungen, die die Zulassung zu einem bestimmten Beruf an die Bedingung knüpft, seinen Wohnsitz im betreffenden Kanton zu haben.

8.2 Ausgewogene Unterstützungsmassnahmen

Der Staat greift teilweise mit staatlichen Beihilfen in Märkte ein. Sie nehmen verschiedene Formen an, wie z. B. Direktzahlungen, Darlehen, Garantien und Kapitalspritzen / Investitionen. Um den Wettbewerb so wenig wie möglich zu verfälschen, sind das mit den staatlichen Unterstützungsmassnahmen angestrebte, konkrete politische Ziel und die Mittel, mit denen die geplanten Massnahmen dieses Ziel erreichen sollen, aufzuzeigen und offenzulegen. Die Behörden haben zu erklären, wie die staatlichen Unterstützungsmassnahmen zur Erreichung des politischen Ziels beitragen und inwiefern sie diesem Ziel gerecht werden.

Es ist zu prüfen, ob staatliche Unterstützungsmassnahmen gemäss marktwirtschaftlichen Prinzipien gewährt werden. Dabei gilt es festzustellen, ob ein Unternehmen einen Vorteil erhält, d. h. bessere Bedingungen, als es in einer reinen Marktsituation vorfände (ungleiche Behandlung). Ist dies der Fall, gilt es im nächsten Schritt zu analysieren, ob es sich um einen selektiven Vorteil handelt, und die Wettbewerbsverzerrungen zu untersuchen, welche durch die Massnahme entstehen.

Beispiele hierfür sind die Staatsgarantien, die einige Kantone ihrer Kantonalbank gewähren, die kantonalen Subventionen für die Organisation von Skilagern für Schulen, die Skilehrerinnen und Skilehrern mit einem bestimmten Diplom einsetzen, oder die Verteilung der Mittel aus den Unterstützungsfonds von Swisslos und der Loterie Romande durch die kantonalen Organe.

8.3 Delegation von Aufgaben des öffentlichen Dienstes

Delegiert der Staat öffentliche Aufgaben an ein Unternehmen, muss er jeden einzelnen Auftrag **transparent und spezifisch identifizieren**. Eine klare Definition der Dienstleistungen, die von diesem Auftrag zur Übertragung öffentlicher Aufgaben betroffen sind, hilft potenziellen konkurrierenden Anbietern, die Wirtschaftlichkeitsanalyse zu bewerten und gegebenenfalls auch ein Angebot für die Erbringung dieser Dienstleistungen abzugeben. Valide Angebote wiederum tragen dazu bei, den bestgeeigneten öffentlichen Dienstleister auszuwählen und den erforderlichen Ausgleich auf einem Mindestniveau zu halten. Entscheidungen über Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind ebenfalls ein entscheidender Aspekt, der bei der Aufrechterhaltung fairer Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen ist. Wenn einem Unternehmen eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auferlegt wird, müssen Massnahmen ergriffen werden, um sowohl eine Über- als auch eine Unterkompensation zu vermeiden, damit ein Wettbewerber nicht ungerechtfertigt begünstigt oder gar geschädigt wird.

Beispiele hierfür sind die Schaffung von Unternehmen, die mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben betraut werden, während sie gleichzeitig damit verbundene Tätigkeiten auf dem privaten Markt im Wettbewerb mit anderen Unternehmen ausüben dürfen. Dies ist etwa in einigen Kantonen bei den Gebäudeversicherungen oder beim Interkantonalen Konkordat für Seilbahnen und Skilifte IKSS im Bereich der Skilifte der Fall. Erwähnenswert sind auch die Fremdenverkehrsbüros in den grossen Ferienorten, die eine wichtige Rolle als Anlaufstelle für viele spezifische Anfragen von Touristinnen und Touristen spielen, sei es etwa bei der Suche nach Hotels oder über Leistungen im Zusammenhang mit dem Wintersport. Da die Fremdenverkehrsbüros oft eng mit den Skiliften der jeweiligen Gemeinde und einigen speziellen Skischulen zusammenarbeiten, ist es wichtig, dass alle Partner fair und diskriminierungsfrei behandelt werden, z. B. bei der Vermietung von Grundstücken oder Räumlichkeiten oder bei der Werbung der Fremdenverkehrsbüros für Anbieter von Dienstleistungen aus der Region.

8.4 Freier Marktzugang

Behörden spielen eine wichtige Rolle bei der Gewährung des Marktzugangs. Diesen und damit die Anzahl Unternehmen auf einem Markt zu begrenzen, führt zu weniger Wettbewerb. Mit dem Binnenmarktgesetz soll deshalb der Wettbewerb innerhalb der Schweiz gestärkt werden. Es sieht dazu die Gewährung des interkantonalen Marktzugangs nach dem **Herkunftsprinzip** vor (sog.

Cassis-de-Dijon Prinzip). Personen, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig in einem Kanton ausüben, dürfen diese grundsätzlich auch in einem anderen Kanton ausüben. Soweit kantonale Zulassungen erforderlich sind, respektieren gemäss der Erfahrung der WEKO viele kantonale Behörden die binnenmarktrechtlichen Vorgaben. Entscheidend ist dabei auch, dass die Zulassungen in einem anderen Kanton rasch und kostenlos zu erfolgen haben.

Beispielhaft können Konstellationen aus dem Gesundheitsbereich genannt werden. So etwa kantonsübergreifende Tätigkeiten von Spitex-Organisationen oder von Hebammen (vgl. Abschnitt 4.2). Eine Hebamme, die eine Berufsausübungsbewilligung im Kanton Schaffhausen erlangte, hat grundsätzlich das Recht, in der gesamten Schweiz als Hebamme tätig zu sein. Gleiches gilt für eine Spitex-Organisation, die beispielsweise im Kanton Waadt zugelassen ist.

8.5 Diskriminierungsfreie Ausschreibungen

Die öffentliche Hand (Bund, Kantone, Gemeinden) kauft jedes Jahr für über 40 Mrd. Franken Bauten, Güter und Dienstleistungen ein. Beschafft sie diese, indem sich Unternehmen um die Aufträge konkurrenzieren, entsteht Wettbewerb und die öffentliche Hand kauft vorteilhaft ein. Öffentliche Ausschreibungen stellen auch sicher, dass alle interessierten Anbieterinnen Zugang zu Beschaffungsmärkten haben. Auch deshalb sehen die vergaberechtlichen Vorgaben sowie das Binnenmarktgesetz für kantonale öffentliche Beschaffungen ein **Diskriminierungsverbot** der Anbieterinnen vor. Beispielsweise sind Vorgaben, dass eine Anbieterin den Sitz in einem bestimmten Kanton haben muss, nicht rechtfertigbar und binnenmarktrechtlich verboten.

Die kantonalen Beschaffungsstellen berücksichtigen diese Vorgaben gemäss der Erfahrung der WEKO weitgehend. In manchen Fällen lässt sich feststellen, dass Vergabestellen versuchen, eine Beschaffung auf eine bestimmte Anbieterin oder ein gewisses Produkt auszurichten. Solche Vorkehren sind schädlich für den Wettbewerb im Vergabeverfahren und können zu einem Ausschluss von weiteren Anbieterinnen führen, was rechtlich als Diskriminierung anzusehen ist. Erfreulich ist, dass bei Beschaffungen durch die Kantone herkunftsbezogene Diskriminierungen von ausserkantonalen Anbieterinnen selten auftreten.

Weiter ist bei der Übertragung von **Monopolen** oder beschränkt verfügbaren Nutzungsrechten auf Private, zum Beispiel bei manchen Konzessionen, gestützt auf das Binnenmarktgesetz eine diskriminierungsfreie Ausschreibung durchzuführen. Dies erlaubt eine faire Zuteilung solcher Nutzungsrechte an alle möglichen Interessierten (dazu in Abschnitt 4.2 die Vermietung von **Gastronomiebetrieben**). Althergekommene Privilegien – zeitlich unbegrenzt und ohne Zuteilungsverfahren – wie sie manchmal im Kaminfegerwesen, bei Taxis oder bei Abschlepp- und Rettungsdiensten bestanden, existieren auch Dank der Praxisänderungen der Kantone immer seltener.

8.6 Verhinderung von Submissionsabreden

Sprechen sich Anbieterinnen untereinander ab, zu welchem Preis sie offerieren und wem sie einen Beschaffungsauftrag zuteilen wollen, treffen sie kartell- und beschaffungsrechtlich unzulässige Submissionsabreden. Diese erhöhen die Preise um durchschnittlich 45 %, begünstigen die Aufrechterhaltung ineffizienter Marktstrukturen und wirken innovationshemmend. Vor dem Hintergrund des oben genannten hohen Beschaffungsvolumens wird das Schädigungspotential von Submissionsabreden umso deutlicher. Submissionsabreden belasten damit die Wirtschaft und die öffentliche Hand und wirken sich negativ auf die Steuerlast der Bevölkerung aus.

Die WEKO deckte über die letzten Jahre rund 2 000 abgesprochene Bauprojekte der öffentlichen und privaten Hand auf. Neben der Verfolgung von Abreden im Rahmen von kartellrechtlichen Verfahren entwickelte die WEKO ein statistisches Aufdeckungsinstrument und sensibilisierte Beschaffungsstellen. Sensibilisierungen dienen dazu, Submissionsabreden zu erkennen und zu verhindern. Denn Prävention ist zielführender und weniger ressourcenintensiv als kartellrechtlich zu intervenieren. Informierte und ausgebildete Beschaffungsstellen tragen stark zur Bekämpfung von Submissionsabreden bei.

Da die durch die WEKO aufgedeckten Submissionsabreden **meist kantonale und kommunale Beschaffungen betroffen** haben, kommt den Kantonen und Gemeinden eine matchentscheidende Rolle zu. Submissionsabreden lassen sich nicht nur erkennen, sondern durch gute Vorbereitung der Ausschreibungen abwenden:

- **Kenntnisse** über zu beschaffende Güter, Dienstleistungen und Bauten, die aktuellen Anbieterinnen sowie über Markteigenschaften helfen nicht nur das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu erhalten, sondern auch Submissionsabreden zu vermeiden. Diese Kenntnisse erlauben es den Beschaffungsstellen, das Risiko von Submissionsabreden einzuschätzen und ihre Beschaffungen den Märkten und dem Abspracherisiko entsprechend auszugestalten.
- Wichtig ist dabei ebenfalls die **Sensibilisierung** von Einkäuferinnen und Einkäufern, sowie der Austausch von Erfahrungen und Anhaltspunkten innerhalb von und mit anderen Beschaffungsstellen.
- Auch die beste Vorbereitung und Sensibilisierung schützt nicht gänzlich vor Submissionsabreden. Deshalb ist es zentral, die Zeichen von Submissionsabreden zu **erkennen**, Hinweisen auf Abreden nachzugehen und Letztere der WEKO im Rahmen der Anzeigepflicht gemäss Beschaffungsrecht zu **melden**. Die WEKO stellt dazu eine Checkliste zur Verfügung und ist Anlaufstelle für Fragen.

Informierte Kantone und Gemeinden sind für die Bekämpfung von Submissionsabreden das A und O. Ihr Einsatz wirkt präventiv und ist wegweisend für die Schaffung und Erhaltung des wirksamen Wettbewerbs im Beschaffungswesen.

8.7 Fazit

Der Staat ist ein wichtiger Wirtschaftsgarant. Er nimmt eine Schlüsselfunktion ein, damit Märkte wettbewerbsfähig sind. Dazu hat er die regulatorischen Rahmenbedin-

gungen so zu gestalten, dass die Unternehmen allein aufgrund ihrer Leistungen miteinander konkurrenzieren. Auf diese Weise ermöglicht der Staat den Konsumentinnen und Konsumenten sowie der Wirtschaft, von den Vorteilen des Wettbewerbs zu profitieren, d.h. von der Steigerung von Wohlstand, Produktivität und Wirtschaftswachstum sowie der Erhöhung von Geschäftsfeldern und Beschäftigung.

Indem der Staat sicherstellt, dass Unternehmen unter gleichen Bedingungen handeln, wettbewerbsneutrale Regulierungen erlässt und die Wettbewerbsneutralität bei der Ergreifung von Fördermassnahmen, der Übertragung öffentlicher Aufgaben, der Erteilung von Genehmigungen und Konzessionen sowie bei öffentlichen Ausschreibungen beachtet, trägt er zu wettbewerbsfähigen Preisen, einer grösseren Auswahl und einer besseren Qualität der für die Schweizer Bevölkerung angebotenen Güter und Dienstleistungen bei.

9 Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates

Kommission:

- Baudenbacher Laura Melusine, Präsidentin, Anwältin (Partnerin) in Schweizer Anwaltskanzlei mit Niederlassung in Zürich, Brüssel, Oslo
- Wüthrich-Meyer Danièle, Vizepräsidentin, ehemalige Richterin am Obergericht des Kantons Bern
- Letina Igor, Vizepräsident, ausserordentlicher Professor für Mikroökonomie an der Universität Bern
- Bettschart-Narbel Florence, Mitglied, Anwältin, ehemals Verantwortliche für Politik und Recht im Zentralsekretariat der Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, Mitglied, Professor für öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern
- Huber Mikael, Mitglied, Ressortleiter für Finanz- und Steuerpolitik, Digitalisierung und Handel beim Schweizerischen Gewerbeverband (SGV)
- Këllezi Pranvera, Mitglied, selbständige Anwältin im Kanton Genf
- Martinez Isabel, Mitglied, Ökonomin (Dozentin) an der KOF Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich, ehemals Zentralsekretärin des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes SGB
- Minsch Rudolf, Mitglied, stv. Vorsitzender der Geschäftsleitung economiesuisse
- Mühlheußer Gerd, Mitglied, Professor für Volkswirtschaftslehre, insb. Mikroökonomie mit Schwerpunkt Industrieökonomie, an der Universität Hamburg
- Nicoli Mauro, Mitglied, Anwalt (Partner) in Schweizer Anwaltskanzlei
- Rufer Martin, Mitglied, Direktor Schweizer Bauernverband SBV

Interessenbindungen: www.weko.admin.ch → Die WEKO → Kommission → Mitglieder.

Sekretariat der WEKO:

- Ducrey Patrik, Direktor
- Stüssi Frank, Stv. Direktor, Bau
- Graber Cardinaux Andrea, Vizedirektorin, Produktemärkte
- Schaller Olivier, Vizedirektor, Dienstleistungen
- Söhner-Bührer Carole, Vizedirektorin, Infrastruktur

A 1.	**2. Rapport annuel 2024 de la Commission de la concurrence (COMCO)**

Table des matières

1 L'année 2024 en bref 20

2 La COMCO et le Secrétariat 20

3 Décisions les plus importantes en 2024 21

3.1 Décisions de la COMCO 21

3.2 Jugement des tribunaux 22

4 Activités 24

4.1 Activités sur divers marchés 24

4.1.1 Secteur automobile 24

4.1.2 Secteur de la construction 24

4.1.3 Commerce de détail et industrie des biens de consommation 25

4.1.4 Numérisation 25

4.1.5 Énergie 25

4.1.6 Marchés financiers 26

4.1.7 Santé 27

4.1.8 Agriculture 27

4.1.9 Médias 27

4.1.10 Poste 27

4.1.11 Sport 27

4.1.12 Télécommunications 28

4.1.13 Environnement 28

4.1.14 Transports 28

4.1.15 Autres activités 28

a. Pouvoir de marché relatif 28

b. Accords verticaux 29

c. Durabilité 29

d. Investigations 30

4.2 Marché intérieur 30

5 Relations internationales 30

6 Législation 31

7 Statistiques 32

8 Thème spécial pour 2024: les communes et les cantons sont garants de la concurrence 34

8.1 Réglementations neutres 34

8.2 Mesures de soutien équilibrées 34

8.3 Délégation de tâches de service public 35

8.4 Liberté d'accès au marché 35

8.5 Appels d'offres exempts de discrimination 35

8.6 Prévention des accords de soumission 36

8.7 Conclusion 36

9 Annexe : membres de la COMCO et de la Direction de son Secrétariat 36

1 L'année 2024 en bref

La Commission de la concurrence (COMCO) a rendu en 2024 ses premières décisions liées à la nouvelle disposition légale relative au **pouvoir de marché relatif**, qui remonte à l'initiative pour des prix équitables et vise à combattre l'îlot de cherté suisse. Certes, la vague de dénonciations annoncée au Parlement ne s'est pas produite, mais la COMCO a rendu les premières décisions de principe.

Au début de l'année, la COMCO a interdit la reprise du **groupe Quickmail** par **La Poste suisse**. Cette concentration aurait supprimé la concurrence efficace sur au moins un marché. En outre, il existait une alternative, propice à la concurrence, à une reprise par La Poste: peu de temps après la décision de la COMCO, Planzer a repris le groupe Quickmail.

Depuis bien des années, la COMCO s'intéresse aux commissions d'interchange pour les cartes de débit et de crédit. Cette année, elle s'est penchée sur la **commission d'interchange** des cartes de débit pour les affaires en présentiel sur le territoire suisse. L'émetteur de la carte (généralement une banque) perçoit cette commission lorsque sa carte est utilisée. La COMCO s'est entendue avec Mastercard sur un montant de commission inférieur. Elle poursuit son examen de la commission de Visa.

La COMCO a clôturé la dernière de trois enquêtes visant le domaine des matériaux de construction dans le canton de Berne. La plus grande **gravière et décharge** de la région bernoise ainsi que les sept sociétés qui en sont actionnaires se sont protégées pendant des années contre la concurrence en entravant leurs concurrents dans le secteur des gravières et des décharges. Par exemple, comparativement à leurs concurrentes, les sociétés actionnaires bénéficiaient de prix du gravier nettement plus bas et de coûts de transport subventionnés. Les quelque 700 pages de la décision témoignent de l'ampleur de ces agissements et de l'enquête complète menée par la COMCO.

Depuis une vingtaine d'années, la lutte contre les **accords de soumission** est l'une des priorités de la COMCO. Cette année également, la COMCO a rendu des décisions concernant des accords illicites dans le cadre de marchés publics. En outre, trois procédures concernant d'éventuels accords de soumission sont en cours. **Les cantons et les communes jouent un rôle très important** pour empêcher les accords de soumission et encourager la concurrence efficace dans divers domaines économiques. Le thème spécial du présent rapport est consacré à ce rôle.

La COMCO et son Secrétariat ont déployé une **importante activité**: ils ont mené 24 *enquêtes*, 11 *enquêtes préalables* et 50 *observations de marché*; ils ont traité 43 *concentrations* et ont *pris position* dans quelque 350 consultations des offices et procédures de consultation.

Le **Tribunal fédéral** (TF) et le **Tribunal administratif fédéral** (TAF) se sont prononcés en 2024 sur plusieurs recours formés contre des décisions de la COMCO. Les tribunaux ont largement confirmé les décisions de la COMCO et ont reconnu qu'elle conduit les procédures correctement, qu'elle respecte intégralement les droits des parties et fait preuve de mesure en fixant les amendes.

2 La COMCO et le Secrétariat

La COMCO et son Secrétariat luttent contre les accords sur les prix et les cloisonnements de marché, ils ouvrent les marchés et renforcent le marché intérieur. Ils s'expriment couramment sur les projets de loi et d'ordonnance et signalent, dans leurs prises de position, les problèmes relevant de l'économie et du droit en matière de concurrence. La **COMCO** (organe décisionnel) est une autorité de milice. Elle se compose de douze membres nommés par le Conseil fédéral. La majorité des membres de la Commission sont des experts indépendants (professeurs de droit et d'économie, avocats). Les sièges restants se répartissent entre les représentants de grandes associations économiques et d'organisations de consommateurs (la liste des membres de la Commission se trouve en annexe). La COMCO se réunit toutes les deux à quatre semaines. Elle prend les décisions importantes sur proposition du Secrétariat, notamment en ce qui concerne les sanctions. En 2024, elle a tenu treize séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée.

La COMCO dispose d'un **Secrétariat** permanent (organe d'enquête) qui exécute les procédures relevant du droit cartellaire, prépare les décisions de la COMCO et assure le contact avec les entreprises, les particuliers et les autorités s'agissant du droit de la concurrence. Le Secrétariat se compose de quatre services ou divisions, du domaine Marché intérieur et d'un service Ressources (la liste des membres de la Direction se trouve en annexe). Il occupait 71 personnes fin 2024 (73 personnes l'année précédente), sans compter les stagiaires. Le personnel se compose en majorité de juristes et d'économistes. La part des femmes était de 40,8 % (38,3 % l'année précédente). Engagés à plein temps ou à temps partiel, les 71 collaborateurs représentent au total 61,1 équivalents plein temps (62,6 EPT l'année précédente). L'effectif chargé d'appliquer la législation sur les cartels et le marché intérieur, Direction comprise, est de 53 collaborateurs (55 l'année précédente), correspondant à 46,9 EPT (48,4 EPT l'année précédente). Les 18 collaborateurs du service Ressources (18 l'année précédente), soit 14,2 EPT (14,2 EPT l'année précédente), soutiennent tous les travaux de l'autorité. Ces collaborateurs assument aussi des tâches transversales pour l'Office fédéral du logement (OFL) et l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE). Le Secrétariat propose en outre 4 places de stage à plein temps (4 places l'année précédente).

Clémence Grisel Rapin (professeure à l'Université de Fribourg) a quitté ses fonctions de membre à la fin de 2024. Le Conseil fédéral ne l'a pas remplacée, car à la mi-décembre 2023, en nommant Mauro Nicoli comme représentant de la Suisse italienne, il avait temporairement relevé l'effectif de la COMCO à 13 membres.

3 Décisions les plus importantes en 2024

3.1 Décisions de la COMCO

Le **groupe éditorial français Madrigall** refuse au **libraire suisse Payot** de lui fournir ses livres aux conditions habituelles en France. Madrigall, qui compte une quinzaine de maisons d'édition, est l'un des principaux groupes éditoriaux français. Les auteurs primés et les succès de librairie qu'il édite sont nombreux. Les libraires suisses achètent les livres de Madrigall via les canaux officiels. Payot, une des principales librairies de Romandie, voulait s'approvisionner directement en France. Pour ce faire, Madrigall exige de Payot des prix bien plus élevés que ceux habituels en France. Payot ne dispose pas de sources d'approvisionnement alternatives suffisantes et raisonnables. Renoncer à la vente de livres Madrigall ne constitue pas non plus une option réaliste. Payot est ainsi dépendante de Madrigall. Dans ce contexte, la COMCO juge que les prix d'achat proposés par Madrigall à Payot sont abusifs. Par sa décision du *23 septembre 2024* prise en vertu des nouvelles dispositions sur le pouvoir de marché relatif (cf. 4.1.15 a), la COMCO impose à Madrigall de permettre à Payot l'importation directe aux conditions usuelles en France. Madrigall a formé recours auprès du TAF à l'encontre de cette décision.

La COMCO a examiné si **Novartis**, en relation avec différentes actions en justice fondées sur un de ses brevets, avait pour objectif de protéger illégalement un de ses médicaments dermatologiques. Il s'agissait d'examiner si un tel comportement constituait un cas de brevet de blocage (« Blocking Patent ») limitant de façon contraire au droit de la concurrence la production, les débouchés ou le développement technique sur le marché. Les investigations ont démontré que Novartis a exercé le droit des brevets dans le cadre usuel et qu'elle s'est comportée conformément au droit des cartels. C'est pourquoi la COMCO a clôturé l'enquête sans suite en date du *7 octobre 2024*. Dans le cadre de cette enquête, la COMCO a coopéré avec la Commission européenne en se fondant sur l'accord bilatéral qui existe depuis 2014 entre l'Union européenne et la Suisse dans le domaine du droit de la concurrence. Au terme de sa procédure, la Commission européenne est parvenue aux mêmes conclusions. La décision est exécutoire.

Pendant des décennies, la société **Swisscom Directories** a été, en Suisse, l'éditrice de l'annuaire téléphonique imprimé. En outre, elle gère les annuaires téléphoniques en ligne local.ch et search.ch. En 2019, elle a lancé le produit « Swiss List » et a fondamentalement changé les possibilités d'inscription des entreprises sur local.ch et search.ch, de sorte que les produits n'étaient plus proposés que groupés et que les prix ont été augmentés. De nombreuses entreprises et une concurrente de Swisscom Directories se sont plaintes auprès de la COMCO. L'enquête de la COMCO a montré que des clients concernés se sont tournés vers les services d'annuaires comparables de google et bing et que les inscriptions sur local.ch et search.ch ont fortement perdu de leur importance. La concurrence a donc fonctionné avec un certain délai. Swisscom Directories n'occupe plus une position dominante dans ce domaine. En conséquence, la condition de son intervention n'étant plus remplie, la COMCO a clos l'enquête en date du *24 juin 2024*. Cette décision n'est pas exécutoire en raison d'un recours.

Galexis achète des produits pharmaceutiques et de santé auprès d'entreprises suisses et étrangères pour les distribuer en Suisse. Elle achète des produits nutritifs oraux et par sonde notamment auprès de **Fresenius Kabi**. Cette entreprise lui a refusé l'achat de ces produits à l'étranger. La COMCO a examiné si Fresenius Kabi détient un pouvoir de marché relatif envers Galexis. Elle est parvenue à la conclusion que tel n'est pas le /cas. Même si cette condition était remplie, Fresenius Kabi n'aurait pas abusé de ce pouvoir, car les conditions qui prévalent à l'étranger ne sont tout au plus que légèrement meilleures. La COMCO a clos l'enquête le *24 juin 2024*, mettant ainsi un terme à la première enquête menée dans le cadre de la nouvelle disposition légale. La décision est exécutoire.

La COMCO a examiné plusieurs **procédures d'adjudication menées par des communes valaisannes dans le domaine de l'élimination des déchets**. Dans sa décision du *10 juin 2024*, elle a constaté que deux adjudications avaient fait l'objet d'ententes. Elle a en outre examiné une forme de coopération entre trois sociétés actives dans le domaine de l'élimination des déchets. Ces trois entreprises planifiaient une plateforme d'optimisation du transport des déchets. De telles coopérations revêtent souvent des avantages économiques. Dans le cas concret, les entreprises ont toutefois échangé des informations confidentielles au-delà de leur coopération proprement dite, ce qui est délicat sous l'angle du droit de la concurrence. La COMCO et toutes les entreprises visées ont convenu que celles-ci s'abstiendraient à l'avenir de tout comportement problématique. De ce fait et compte tenu de la bonne coopération avec l'autorité ainsi que du caractère mineur des infractions, trois des quatre entreprises concernées n'ont pas reçu d'amende. La seule sanction infligée a été une amende d'environ 100 000 francs. La décision est exécutoire.

Par sa décision du *21 mai 2024*, la COMCO a infligé une amende totalisant 5,3 millions de francs à **Kies AG Aaretal (KAGA)** et à ses actionnaires. KAGA est la plus grande gravière et décharge de la région bernoise. Ses sept actionnaires sont également actifs dans le secteur du gravier et, pour la plupart, dans celui des décharges. L'entreprise et ses entreprises actionnaires se sont protégées de la concurrence sur le territoire couvert par KAGA et ont entravé la concurrence dans le secteur des gravières et des décharges. Les actionnaires et KAGA se sont principalement coordonnées au sein du conseil d'administration de KAGA, où chaque actionnaire est représentée par une personne clé. Les entreprises actionnaires ont bénéficié de prix du gravier nettement inférieurs à ceux de leurs concurrentes et de frais de transport subventionnés. Elles se sont également engagées à respecter une clause de non-concurrence, c'est-à-dire à ne pas acquérir de droits d'extraction et à ne pas extraire de gravier sur le territoire couvert par KAGA. En outre, KAGA a temporairement, au détriment des non-actionnaires, lié la mise en décharge de déblais à l'achat de gravier. Ces comportements, parmi d'autres, ont entravé la concurrence dans le secteur des graviers et des décharges, notamment au détriment des PME et

des pouvoirs publics. Ces domaines sont fortement réglementés, les barrières à l'entrée sur le marché sont très élevées et la concurrence est limitée. Le comportement illicite de KAGA et de ses actionnaires a encore compliqué la concurrence. Plusieurs entreprises en formé recours auprès du TAF.

En juin 2023, la COMCO a ouvert deux enquêtes en vue d'obtenir des solutions à long terme concernant les **commissions d'interchange** sur les transactions effectuées en Suisse **pour les cartes de débit** de Visa et Mastercard. Ces commissions sont versées par l'entreprise qui accepte la carte de débit comme moyen de paiement (typiquement un commerçant) à la société suisse émettrice de la carte bancaire (normalement une banque) lors de l'utilisation de ses cartes de débit. La commission d'interchange représente donc l'une des composantes de la commission facturée au commerçant par le fournisseur de services de paiement (acquéreur) pour chaque transaction effectuée au moyen de sa carte. Ensuite, l'acquéreur reverse la commission d'interchange reçue à la société émettrice de la carte. Avec Mastercard, la COMCO a rapidement trouvé une solution amiable qu'elle a adoptée le *6 mai 2024*. Cette solution prévoit, pour les transactions en présentiel sur le territoire suisse, un taux de 0,12 % associé à un plafond de 30 centimes à partir des montants de transaction de 300 francs. Il en résulte un taux moyen d'environ 0,1 %, nettement inférieur au taux de 0,2 % prévu par la réglementation européenne. En outre, le taux actuel de 0,31 % pour les paiements nationaux par Internet et les paiements effectués au moyen d'appareils mobiles (e-commerce et m-commerce) sera réduit à 0,28 % à partir du 1er novembre 2025. Cette solution s'applique à toutes les cartes de débit de Mastercard mais seulement à elles. L'enquête ouverte simultanément au sujet des commissions d'interchange pour les transactions effectuées sur le territoire suisse avec les cartes de débit Visa se poursuit.

Après un *examen de concentration approfondi*, la COMCO a interdit en date du *15 janvier 2024* la reprise du groupe **Quickmail** par **La Poste suisse**. Le groupe Quickmail, avec ses deux filiales Quickmail et Quickpac, distribue dans toute la Suisse des lettres, des envois non adressés (par ex. des prospectus publicitaires), des journaux, des revues et des paquets. La Poste suisse est également active dans ces domaines. Le projet de concentration aurait supprimé la concurrence efficace sur au moins un marché. La Poste et le groupe Quickmail ont fait valoir qu'il s'agissait d'une reprise aux fins d'assainissement. La COMCO peut autoriser un tel rachat même s'il porte atteinte à la concurrence lorsque les effets négatifs sur la concurrence surviendraient aussi en l'absence d'une concentration (« Failing Company Defence »). Tel aurait été le cas si, sans soutien financier supplémentaire à court terme, le groupe Quickmail serait disparu du marché et qu'une large part de sa clientèle serait donc de toute manière passée à La Poste. En outre, aucune alternative à la concentration, plus propice à la concurrence, n'aurait dû se présenter. Cette dernière condition n'était pas remplie, puisque la COMCO avait identifié une autre société intéressée au rachat. Peu de temps après la décision de la COMCO, le groupe Quickmail n'a pas été repris par cette société, mais par Planzer.

3.2 Jugement des tribunaux

Le 16 novembre 2022, le TAF s'est prononcé au sujet de neuf recours déposés contre la décision « **Fret aérien** » rendue par la COMCO le 2 décembre 2013. Cette décision de la COMCO visait 14 parties et concernait des liaisons entre la Suisse et cinq États hors de l'UE. Dans cinq cas, le TAF a fondamentalement confirmé l'existence d'ententes illicites sur les prix: aux yeux du tribunal, il est prouvé que plusieurs compagnies aériennes actives dans le fret aérien ont entretenu sur la durée des échanges néfastes à la concurrence concernant les surtaxes sur le carburant et la perception de surtaxes. Il a toutefois réduit les amendes. Le TAF a admis le recours entièrement dans trois cas et partiellement dans un cas. Par son arrêt du *24 juillet 2024*, le TF a complètement débouté Lufthansa de son recours. Par son arrêt du *26 novembre 2024*, il a rejeté le recours du groupe United en réduisant toutefois la sanction parce qu'il a estimé que les huit ans de procédure devant le TAF étaient contraires au principe de célérité.

Les **commissions d'interchange** sont des frais qui, lors de transactions au moyen de cartes de crédit ou de débit, sont versés aux sociétés émettrices de cartes (généralement des banques) et financés par les entreprises qui acceptent ces cartes comme moyens de paiement. À la fin juin 2023, la COMCO a ouvert deux enquêtes sur des commissions d'interchange concernant des transactions effectuées sur le territoire suisse au moyen de cartes de débit (cf. point 3.1). Visa a immédiatement demandé qu'il soit décidé à titre provisionnel que sa réglementation unilatérale relative aux commissions d'interchange pour les cartes de débit, instaurée à partir du 1er juillet 2023 et qui prévoit des taux plus élevés que ceux du Secrétariat de la COMCO, soit déclarée « admissible » pour la durée de l'enquête. Le 25 septembre 2023, la COMCO a rejeté la requête de mesures provisionnelles, ce qui a entraîné un recours de Visa auprès du TAF. Celui-ci ayant rejeté le recours en date du 28 février 2024, Visa a saisi le TF, qui a décidé par son arrêt du *4 décembre 2024* de ne pas entrer en matière sur ce recours.

La COMCO a clos l'enquête **Concessionari VW** le 23 mai 2022. Elle a constaté que sept revendeurs de véhicules des marques du groupe VW ont contrevenu à la loi sur les cartels dans le canton du Tessin entre 2006 et 2018. Les revendeurs concernés ont formé un cartel illicite pour la vente de véhicules neufs aux clients privés et publics. La COMCO leur a infligé à ce titre une amende totale d'environ 44 millions de francs. Deux revendeurs ont alors formé recours auprès du TAF, qui a traité l'un des recours par son arrêt du *25 novembre2024*: le revendeur demandait que la sanction et les coûts de procédure soient supprimés ou du moins réduits au motif qu'ils n'étaient pas tolérables. Le TAF est parvenu à la conclusion que les conditions d'une amende étaient remplies, que la COMCO avait adéquatement fixé l'amende et les coûts de procédure tout en estimant correctement la solvabilité du revendeur. Il a de ce fait rejeté le recours. Ce jugement est entré en force.

Le *23 avril 2024*, le TF a rejeté le recours formé par Swisscom et Blue Entertainment, confirmant ainsi l'arrêt rendu par le TAF en date du 10 mai 2022 et la décision rendue par la COMCO en 2016 (à l'époque à l'encontre de Swisscom, Cinetrade et Teleclub) en raison de comportements anticoncurrentiels liés à la retransmission de matchs de football et de hockey sur glace. CT Cinetrade SA (aujourd'hui Blue Entertainment SA) disposait, durant la période d'enquête (de 2006 à 2013), de nombreux droits exclusifs de retransmission en direct pour les **matchs de football et de hockey sur glace via Pay-TV**, qu'elle cédait à Teleclub. Alors que Swisscom recevait de Teleclub une offre de football et de hockey sur glace complète pour Swisscom TV, les autres plateformes télévisuelles devaient se satisfaire d'une offre quantitativement réduite à des conditions moins favorables. Certaines plateformes de télévision ont été privées de l'offre complète. Comme la diffusion de matchs de football et de hockey sur glace en Suisse fait partie de l'offre essentielle d'une plateforme de télévision, priver d'une telle offre et discriminer des plateformes télévisuelles en restreignant l'offre de sport de Teleclub constituent des comportements illicites.

Le 19 octobre 2015, la COMCO a infligé à quatre revendeurs de voitures des sanctions forfaitaires comprises entre 10 000 et 320 000 francs en raison d'ententes illicites sur les prix. AMAG et ces quatre concessionnaires des marques du groupe VW avaient convenu au début de 2013 une liste commune de conditions concernant des remises de prix et des forfaits de livraison à la soumission de la première offre pour des véhicules neufs des marques du groupe VW. La COMCO a constaté que les concessionnaires avaient communiqué leur politique de rabais coordonnée en mars 2013 dans le cadre de rencontres régionales de l'association des partenaires du groupe Volkswagen (Verband der Partner des Volkswagenkonzerns, **VPVW**). La COMCO a clôturé la procédure menée contre AMAG par un règlement amiable. Trois des quatre concessionnaires ont recouru auprès du TAF, qui a largement confirmé la décision de la COMCO en date du 16 août 2022. L'un de ces concessionnaires a porté l'affaire devant le TF, qui l'a complètement débouté de son recours par son arrêt du *16 avril 2024*.

La COMCO a mené au total dix enquêtes sur des accords de soumission dans le canton des Grisons. Trois de ces procédures avaient pour objet un grand nombre d'accords sur des projets de construction, tandis que sept d'entre elles portaient sur dix accords au maximum. Ces enquêtes comprennent les décisions de la COMCO du *2 octobre 2017* sur des accords illicites en matière de concurrence concernant trois projets de construction entre deux entreprises (**Engadin III**) et un projet de construction entre trois entreprises (**Engadin VIII**):

- **Engadin III:** les deux entreprises ont fait appel auprès du TAF, qui a rejeté les recours en date du *18 avril 2024* et juge illicites les accords visés. Le tribunal a fondamentalement confirmé la décision de la COMCO. Il considère toutefois que les trois accords n'ont pas supprimé la concurrence mais qu'ils l'ont considérablement entravée. C'est pourquoi il a légèrement diminué l'amende infligée. Les jugements sont entrés en force.
- Lazzarini SA a interjeté recours devant le TAF à l'encontre de la décision **Engadin VIII**. Pour rendre son arrêt du *25 avril 2024*, le TAF a surtout dû examiner des aspects liés aux sanctions. Il a rejeté le recours et a confirmé sa récente pratique en matière d'accords de soumission. Le jugement est entré en force.
- Ainsi, seuls des recours concernant la procédure sur les prestations de construction aux Grisons (« Bauleistungen Graubünden ») sont encore pendants devant le TAF. Au total, le TF doit encore se prononcer sur cinq recours formés à l'encontre de trois arrêts du TAF (procédures Engadin I, VI et VIII).

En 2008, la Poste a lancé un appel d'offre en vue de créer et d'exploiter un réseau longue distance (« wide area network », **WAN**) pour ses sites postaux. Swisscom a obtenu le marché. Sunrise a fait valoir qu'elle dépendait de prestations préalables de Swisscom pour assurer la connexion des sites postaux et qu'en raison des prix élevés pratiqués par Swisscom pour ces prestations, elle n'aurait pas été en mesure de présenter une offre concurrentielle. En 2015, la COMCO est arrivée à la conclusion qu'en abusant de sa position dominante sur le marché, Swisscom avait violé le droit des cartels. Concrètement, les infractions reprochées à Swisscom étaient d'avoir imposé des prix inéquitables à Sunrise et à la Poste et d'avoir recouru à une pratique de « ciseau tarifaire » à l'encontre de Sunrise. À ce titre, la COMCO a infligé une amende de 7,9 millions de francs. Le TAF a rejeté en 2021, sur les points essentiels, le recours déposé par Swisscom contre cette décision. Il a toutefois réduit la sanction à 7,5 millions de francs. Le TF a admis le recours de Swisscom. Dans son arrêt du *5 mars 2024*, il a confirmé que Swisscom occupait une position dominante sur le marché déterminant mais a considéré qu'elle n'a imposé des prix inéquitables ni à Sunrise ni à la Poste. Selon le TF, le critère de l'« imposition » fait justement défaut dans les deux cas et, de surcroît, il n'est pas établi que les prix requis par Swisscom pour ses prestations préalables aient été inéquitables ou excessivement élevés. Enfin, il n'y aurait pas eu non plus de comportement abusif de la part de Swisscom dans le sens d'une pratique de ciseau tarifaire au détriment de Sunrise.

Par son arrêt du *12 février 2024*, le TAF a confirmé la pratique de la COMCO en matière de publication. Le 4 septembre 2019, le Secrétariat de la COMCO a ouvert l'enquête préalable concernant l'utilisation **des données obtenues dans le domaine du monopole** par une entreprise électrique. Dans son rapport final du 18 août 2020, constatant qu'il n'y avait aucun indice de limitation illicite de la concurrence, le Secrétariat a décidé de mettre fin sans suite à l'enquête préalable et de publier le rapport final. L'entreprise électrique a alors demandé de renoncer complètement à une publication de ce rapport ou d'en publier une version largement caviardée. En conséquence, la COMCO a décidé de produire la publication qui a été attaquée par la suite. Le TAF a notamment retenu que la COMCO a respecté les droits de procédure et des parties, qu'elle a examiné les arguments de l'entreprise dans leur intégralité et qu'elle a correctement désigné les secrets d'affaires. Il appartient maintenant au TF de se prononcer.

La loi sur le marché intérieur prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres exempt de discrimination. Par son jugement du *5 juin 2024*, le TF a arrêté que la création d'un **port trimodal** à Bâle n'exigeait pas la conduite d'un appel d'offres au sens de la loi sur le marché intérieur, notamment parce qu'il s'agissait d'un projet compris dans la sphère étatique. Le TF a tenu compte de l'expertise que la COMCO avait remise dans le cadre de la procédure auprès de l'instance précédente. Il a en outre précisé sa jurisprudence en appliquant explicitement pour la première fois l'art. 2 al. 7 de la loi sur le marché intérieur aux droits d'exploitation exclusifs dont la disponibilité est limitée ou aux marchés fermés. La pratique juridique suivie ces dernières années par la COMCO a ainsi été confirmée.

4 Activités

4.1 Activités sur divers marchés

La loi sur les cartels et la loi fédérale sur le marché intérieur s'appliquent à tous les marchés de sorte que les activités de la COMCO et du Secrétariat s'étendent à diverses branches. Chaque année, le Secrétariat reçoit plusieurs centaines d'annonces et de dénonciations provenant des citoyens, des pouvoirs publics, des entreprises, des associations, etc. En moyenne, ces annonces et dénonciations débouchent sur 80 à 90 procédures par année, dont environ 75 % sont de petites observations de marché informelles, environ 18 % sont des procédures de moyenne importance (« enquêtes préalables ») et environ 7 % sont des procédures importantes (« enquêtes »).[1] Nous présentons **ci-après**, par marchés, les principaux enseignements tirés de ces procédures ou issus des conseils dispensés, des prises de position sur des actes étatiques et des aides apportées. Nous décrivons en outre les enquêtes préalables et les enquêtes nouvellement ouvertes.

4.1.1 Secteur automobile

En janvier 2024, la COMCO a ouvert une *enquête* à l'encontre de **BMW**. Elle examine si BMW a incité un garage à investir des millions de francs avant de mettre fin à la coopération sans solution transitoire appropriée. Au cas où BMW disposerait d'un pouvoir de marché relatif par rapport à ce garage, un tel comportement pourrait enfreindre la loi sur les cartels.

Plusieurs fournisseurs de véhicules automobiles en Europe envisagent d'introduire un **modèle d'agence**. En septembre 2024, par la clôture de son enquête préalable « Y.-Agenturverträge », le Secrétariat a créé une pratique d'évaluation de tels modèles d'agence selon le droit cartellaire. Le Secrétariat a examiné en particulier si le fournisseur de véhicules automobiles assume effectivement tous les coûts et risques importants des agents (« véritable modèle d'agence ») et si, de ce fait, il est autorisé à fixer lui-même les prix de revente. Si tel n'était pas le cas, il y aurait un risque d'entente illicite punissable sur les prix. Dans son examen, le Secrétariat s'est aligné sur les critères d'évaluation des véritables modèles d'agence prévus par les lignes directrices verticales de l'UE. Il a constaté que les conditions d'une véritable agence n'étaient pas complètement remplies et, face à ce constat, le fournisseur de véhicules automobiles a adapté son modèle d'agence.

Le Secrétariat a réalisé quatre *observations de marché* suscitées par un soupçon d'entente sur un cloisonnement du marché affectant la concurrence dans la distribution de véhicules automobiles. Les commandes non sollicitées de véhicules passées par des clients finaux établis en Suisse dans d'autres pays européens ont été rejetées par les revendeurs étrangers qui se référaient à leurs **contrats de distribution** avec certains constructeurs automobiles. Les clarifications entreprises par le Secrétariat ont révélé que ces contrats de distribution ne contenaient pas de clauses correspondantes et que les affirmations des revendeurs étrangers reposaient sur des malentendus. Sur la recommandation du Secrétariat, les constructeurs automobiles concernés ont adressé à leurs partenaires de distribution une circulaire précisant que les commandes non sollicitées provenant de clients suisses peuvent être satisfaites sans restriction. De plus, un constructeur a procédé à des audits internes et a adapté les processus informatiques. Les clarifications du Secrétariat dans le cadre d'une cinquième observation de marché concernant une éventuelle protection territoriale absolue dans la distribution de véhicules automobiles a permis d'établir que le fournisseur distribuait ses véhicules automobiles exclusivement par les sociétés du groupe. Dès lors, une entente affectant la concurrence n'était plus envisageable.

4.1.2 Secteur de la construction

La COMCO a examiné plusieurs **procédures d'adjudication menées par des communes valaisannes dans le domaine de l'élimination des déchets**. Elle a clôturé l'*enquête* (cf. point 3.1).

Par la décision prise au terme de l'*enquête* « **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA) »**, la COMCO a infligé une amende totalisant 5,3 millions de francs à **Kies AG Aaretal (KAGA)** et à ses actionnaires (cf. point 3.1). Elle a ainsi clôturé la dernière de trois enquêtes visant le domaine des matériaux de construction dans le canton de Berne.

[1] Explication: la procédure d'enquête relevant du droit administratif des cartels sert à évaluer formellement la licéité ou l'illicéité des restrictions à la concurrence visées par le droit cartellaire. Une telle procédure est complète et sa durée est d'environ deux à trois ans. Elle fait l'objet d'une décision de la COMCO. L'enquête préalable, de nature largement informelle, est une procédure préliminaire qui, régie par le droit administratif des cartels, permet d'examiner les cas qui le méritent. Elle dure environ un an. L'observation du marché correspond à une pratique administrative informelle relevant du droit des cartels. Selon les renseignements obtenus par les autorités, elle peut soit conduire à une enquête préalable ou à une enquête, soit être clôturée de manière informelle. Les enquêtes préalables et les observations de marché sont menées et clôturées au niveau du Secrétariat de la COMCO.

4.1.3 Commerce de détail et industrie des biens de consommation

La COMCO a analysé la reprise du distributeur de montres **Bucherer** par le fabricant de montres **Rolex** grâce à une vaste enquête de marché menée dans le cadre de l'*enquête préalable*. Cette analyse a certes livré des indices que la concentration sur les marchés nationaux et les marchés locaux genevois conduit, pour le service après-vente de montres Rolex et Tudor, à l'établissement ou au renforcement d'une position dominante sur le marché. Toutefois, se fondant sur les engagements de Rolex, la COMCO a renoncé en mai 2024 à approfondir l'examen du projet de concentration. Rolex s'est notamment engagée à ne modifier ni la distribution des montres Rolex et Tudor ni le réseau des points de service, à laisser inchangées les livraisons de pièces de rechange aux fournisseurs de services après-vente et de maintenir le multimarquisme de Bucherer.

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre d'un *conseil* concernant une **coordination**, planifiée entre détaillistes dans le but de réduire le gaspillage de denrées alimentaires, **d'activités publicitaires** prévues de longue date pour des denrées alimentaires. La coordination devrait empêcher que plusieurs détaillistes ne fassent simultanément la promotion du même produit dans le cadre d'une action publicitaire prévue à long terme. En effet, la simultanéité d'une promotion pourrait avoir pour effet que la totalité des denrées achetées ne puisse pas être vendue. Le Secrétariat a certes conclu que la coordination prévue pourrait en principe se justifier par une baisse de la charge sur l'environnement entraînée par une réduction du gaspillage des denrées alimentaires, mais il n'apparaissait pas clairement que la coordination prévue générerait effectivement une réduction sensible d'un tel gaspillage. C'est pourquoi la justification du projet n'a finalement pas suffi. La coordination d'actions publicitaires à long terme est donc présumée constituer une entente illicite sur les quantités et les prix.

4.1.4 Numérisation

Dans le domaine de la numérisation, le Secrétariat de la COMCO poursuit sa pratique consistant à demeurer à l'écoute des entreprises suisses qui se disent victimes de possibles abus de la part de grands acteurs étrangers et à chercher ensuite le contact avec ces derniers, voire à ouvrir des procédures à leur encontre si nécessaire. Le Secrétariat a ainsi été amené au cours de l'année à contacter des membres des **GAFAM** et à chercher avec ces derniers des solutions lorsque des entreprises suisses sont touchées par certains de leurs comportements. Le Secrétariat est notamment en contact avec Google concernant la problématique de l'écran multichoix. Il a ainsi obtenu de Google le maintien provisoire de cette option pour les utilisateurs suisses, favorisant ainsi la concurrence entre les moteurs de recherche. Dans certains cas particuliers, des procédures sont ouvertes.

Le Secrétariat intervient également dans des cas ne concernant pas les GAFAM. On peut mentionner à cet égard l'*enquête préalable* terminée cette année, qui analysait le domaine des **applications de stationnement pour mobile multifonction**. L'objectif de cette procédure consistait à analyser les relations commerciales entre l'entreprise Digitalparking, spécialisée dans le domaine du stationnement payant en Suisse, et le Touring Club Suisse (TCS). Le TCS a notamment développé une application pour mobile multifonction permettant à un utilisateur de trouver une place de parking dans la région où il se trouve et de s'acquitter du prix du stationnement. Il existe de nombreuses applications de stationnement sur le marché et le TCS se plaignait d'une différence de traitement vis-à-vis d'entreprises concurrentes. La procédure a pu démontrer que les conditions sur le marché variant d'une entreprise à l'autre, l'existence de contrats différents se justifiait.

Le Secrétariat a également été amené cette année à analyser la politique d'affichage des offres sur la plateforme **Galaxus**, laquelle est soupçonnée de privilégier l'affichage de ses propres produits. L'analyse est encore en cours.

En cours d'année, le Secrétariat de la COMCO a clôturé son *observation de marché* concernant les clauses de parité étroites pour les restaurateurs contenues dans les conditions générales de l'entreprise **Just Eat**. L'observation de marché n'a pas mis en évidence d'indices d'une distorsion de la concurrence. D'autres concurrents actifs dans le domaine de l'intermédiation des services de la livraison à domicile n'utilisant pas de telles clauses, l'impact sur les restaurateurs a été estimé faible.

Enfin, le Secrétariat constate que le domaine de la « numérisation » évolue rapidement ces dernières années et que de nombreuses questions ont été soulevées quant au rôle que l'**intelligence artificielle** est appelée à jouer dans notre société et à ses impacts possibles sur l'économie, notamment sur le jeu de la concurrence. Afin de pouvoir faire face aux nouveaux défis posés par ces technologies et, si nécessaire, d'ouvrir des procédures cartellaires, le Secrétariat continue d'observer attentivement l'évolution de la situation sur les marchés, il maintient également un contact étroit avec les autorités étrangères de la concurrence et participe à diverses conférences dans le domaine.

4.1.5 Énerg/ie

Durant l'année sous revue, de nombreuses modifications de lois et d'ordonnances ont marqué le secteur de l'énergie. Ces modifications ont fait l'objet de prises de position des autorités de la concurrence dans le cadre de *consultations* et de *consultations des offices*. Dans le domaine de l'électricité, il faut surtout mentionner diverses consultations relatives à la mise en œuvre de l'**acte modificateur unique** adopté à l'automne 2023 par le Parlement (révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité et de la loi sur l'énergie). Les autorités de la concurrence se sont engagées, par leurs prises de position, contre de nouvelles distorsions de la concurrence au niveau de l'ordonnance en faveur des producteurs d'énergies renouvelables indigènes, notamment s'agissant de la tarification dans l'approvisionnement de base. Sous l'angle de la concurrence, il y a lieu de refuser que les seuls clients finaux fournis dans le cadre de l'approvisionnement de base soient tenus de payer des coûts supplémentaires destinés à promouvoir les énergies renouvelables indigènes par

l'obligation qui leur est faite d'acheter davantage d'électricité provenant de ces sources énergétiques.

En ce qui concerne le capital investi, les gestionnaires de réseau électrique ont droit à une rémunération conforme au risque encouru. Depuis des années, les autorités de la concurrence s'engagent pour une réduction du taux d'intérêt calculé (coût moyen pondéré du capital ou **WACC**). Lors de la révision de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité, elles ont fait valoir que, compte tenu du niveau effectif des taux d'intérêt et des risques quasi inexistants dans la gestion du réseau, le WACC doit être réduit au-delà de la proposition du Département fédéral de l'environnement, de l'énergie, des transports et de la communication (DETEC). La régulation à prix coûtant majoré appliquée en Suisse (« régulation cost-plus ») garantit que les gestionnaires de réseau électrique peuvent répercuter tous les coûts nécessaires à la gestion du réseau.

Le Secrétariat s'est engagé pour que **la surveillance et le contrôle des installations et des appareils électriques** relevant de la compétence de l'ESTI soient retirés de l'association professionnelle Electrosuisse et transférés à une organisation non commerciale active dans le domaine des installations électriques et indépendante d'Electrosuisse.

Dans le **domaine du gaz**, le Secrétariat a pris position, dans le cadre d'une consultation des offices, sur un projet de loi sur l'approvisionnement en gaz (LApGaz). Comme lors des consultations précédentes, le Secrétariat s'est notamment prononcé pour une ouverture complète du marché dans le domaine de l'approvisionnement des clients finaux ainsi que pour des conditions détaillées et non discriminatoires pour les livraisons à des tiers par des fournisseurs indépendants. Du point de vue de la concurrence, il est essentiel que la loi spéciale prévoie des dispositions de protection réglementaires pour garantir un accès non discriminatoire au réseau ainsi qu'un système de tarification et d'établissement du bilan d'ajustement aussi neutre que possible en termes de concurrence. Cette précaution permet d'éviter que les fournisseurs historiques que sont les gestionnaires de réseau de gaz ne soient favorisés par leur position de monopole face à leurs concurrents sur les marchés de fourniture de gaz naturel. En outre, le Secrétariat a présenté diverses propositions visant à empêcher les gestionnaires de réseau de gaz de réaliser des rendements excessifs dans les domaines de monopole légaux. Ces rendements excessifs pourraient être utilisés par les gestionnaires de réseau de gaz pour pénétrer de nouveaux marchés ou pour améliorer leur position au détriment de leurs concurrents sur les marchés de services soumis à la libre concurrence.

Par ailleurs, les autorités de la concurrence ont rédigé, en 2024 également, de nombreuses prises de position sur des consultations concernant la **sécurité de l'approvisionnement**. Il s'agissait d'une part de divers projets d'ordonnance émanant de l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE), qui étaient censés être mis en œuvre en cas de pénurie d'électricité. D'autre part, les autorités de la concurrence se sont exprimées sur l'utilisation des centrales de réserve et des groupes électrogènes de secours. Leur demande essentielle en ce domaine est la garantie de la neutralité technologique. Tous les acteurs techniquement qualifiés devraient recevoir la possibilité de soumettre des offres pour participer à la réserve complémentaire.

Dans le cadre d'une *consultation* concernant le domaine de l'approvisionnement et de l'élimination, le Secrétariat a dû clarifier si, outre les revenus qu'une commune réalise grâce à diverses prestations (par ex. l'approvisionnement en eau, l'élimination des déchets, les entrées à la piscine, etc.) et, typiquement, sous forme de taxes et de contributions causales, il faut aussi qualifier les **recettes fiscales** (en particulier l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les bénéfices) de chiffre d'affaires au sens de la loi sur les cartels. Tel n'est pas le cas, selon le Secrétariat, car la perception fiscale s'inscrit dans l'activité souveraine et ne peut donc pas être considérée comme un chiffre d'affaires au sens du droit cartellaire. De ce fait, fondamentalement, il ne faut pas assimiler les recettes fiscales d'une commune au chiffre d'affaires en calculant les valeurs seuils dans le cadre d'une procédure de concentration.

4.1.6 Marchés financiers

La COMCO a trouvé avec Mastercard une solution amiable dans le cadre d'une *enquête* sur les **commissions d'interchange** pour les transactions effectuées sur le territoire suisse avec les cartes de débit de cette société. La COMCO a adopté cette solution (cf. point 3.1).

L'*enquête préalable* VUCA / Visa Central Travel Account (CTA), ouverte suite à une procédure d'opposition, concernait les **commissions sur l'utilisation des cartes de paiement**. Concrètement, il s'agissait de savoir si Visa était en droit de percevoir une commission d'interchange comprise entre 1,5 et 2 % sur les transactions effectuées au moyen d'un produit de paiement numérique et centralisé déterminé, le Visa CTA. Visa alléguait notamment que ce produit se distingue des cartes de crédit traditionnelles et qu'il n'est pas couvert par une réglementation amiable datant de 2014, qui prévoit notamment des commissions d'interchange inférieures. Or, le Secrétariat a constaté que des produits semblables (solutions dites logées) sont d'ores et déjà fructueusement établis sur le marché aux conditions prévues par cette réglementation amiable. C'est pourquoi, entre autres, il a considéré que l'exception demandée par Visa pour le CTA n'était pas justifiée. Par la suite, Visa a remanié le projet et assuré le Secrétariat que toutes les dispositions de la réglementation amiable seraient respectées pour le Visa CTA. En outre, Visa a abaissé la commission d'interchange initialement prévue à 0,95 %. En conséquence, le Secrétariat a clôturé l'enquête préalable.

Une *enquête préalable* sur des **ententes salariales** a permis au Secrétariat de constater des indices d'accords illicites affectant la concurrence sur le marché du travail. Le Secrétariat a commencé par examiner si la loi sur les cartels s'applique au marché du travail, ce qui est avéré selon lui. Toutefois, le Secrétariat a exclu du champ d'application de cette loi les accords entre partenaires sociaux, notamment les conventions collectives de travail et d'autres mesures collectives relevant du droit du

travail servant à améliorer les conditions d'emploi et de travail. En conséquence, les accords passés entre entreprises ou entre employeurs concernant les salaires et les composantes salariales ou les interdictions de débauchage, par exemple, sont problématiques selon le droit cartellaire. Malgré les indices d'accords illicites affectant la concurrence entre plus de 200 entreprises de diverses branches, les autorités de la concurrence ont renoncé à ouvrir une enquête formelle. En lieu et place, le Secrétariat a recherché le dialogue avec les partenaires sociaux, les autorités et les autres milieux intéressés afin d'élaborer avec eux des meilleures pratiques (« best practices ») visant le comportement conforme au droit cartellaire sur le marché du travail. Les autorités de la concurrence sont convaincues que cette voie permettra de créer plus rapidement et efficacement la sécurité juridique dont le marché du travail et ses acteurs ont besoin.

Le *21 mai 2024*, la FINMA a clôturé la *procédure cartellaire de contrôle de concentration visant la fusion* d'**UBS** et de **Credit Suisse** sans conditions, exigences ou examens complémentaires. Dans sa prise de position du 25 septembre 2023 destinée à la FINMA, la COMCO avait examiné de près les conséquences de cette fusion et constaté qu'après celle-ci, UBS détient désormais sur certains marchés un pouvoir de marché, voire une position dominante sur le marché. Dans sa prise de position, la COMCO avait en outre formulé à l'adresse du législateur et des autorités diverses recommandations concernant les mesures rendues nécessaires, sous l'angle de la concurrence, par la fusion d'UBS et de Credit Suisse. Les recommandations destinées aux autorités visent surtout la poursuite de l'observation des nouvelles conditions de marché sur la place financière suisse et la coopération, nécessaire à cet effet, entre les autorités compétentes en la matière. Après la publication simultanée de la décision de la FINMA et de la prise de position de la COMCO à la mi-juin 2024, le Surveillant des prix a placé UBS sous observation. Depuis lors, il entretient un dialogue constructif avec cette banque et les autorités compétentes. Il a toutefois été renoncé pour l'heure à conclure un protocole d'accord qui, selon la COMCO, aurait pu stimuler la coopération de même que les échanges techniques et relatifs aux données entre les autorités fédérales actives sur le marché financier, le Surveillant des prix et la COMCO. Cependant, la coopération étroite et régulière entre la COMCO et la Surveillance des prix se poursuit dans ce cas également.

4.1.7 Santé

La COMCO a clos l'*enquête* engagée à l'encontre de **Novartis** en raison de plaintes basées sur l'un des brevets de cette société et elle a classé la procédure sans suite (cf. point 3.1).

La COMCO a mis fin à l'*enquête* menée à l'encontre du **groupe Fresenius Kabi** au motif qu'il refuse de fournir **Galexis SA** en produits nutritifs oraux ou par sonde à l'étranger (cf. point 3.1).

4.1.8 Agriculture

Le Secrétariat a examiné, dans le cadre d'une *observation de marché*, si un **producteur de denrées alimentaires** détenait un pouvoir de marché relatif envers une entreprise de transformation de produits agricoles et si, le cas échéant, la cessation des livraisons par ce producteur pourrait constituer un abus de sa position. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion que si des indices de pouvoir de marché relatif existaient, tel n'était pas le cas concernant un abus de cette position. En effet, le producteur de denrées alimentaires a annoncé l'arrêt de l'approvisionnement plus de cinq ans à l'avance, ce qui donnait à l'entreprise transformatrice un délai suffisant pour adapter son modèle d'affaires aux nouvelles conditions. En outre, le producteur de denrées alimentaires a exposé de manière convaincante qu'une série de raisons objectives justifiait la cessation de ses livraisons (par ex. économies sur les coûts par la simplification des processus et de la logistique du producteur de denrées alimentaires, prix inférieurs et accroissement des économies d'échelle avec les autres fournisseurs) et que la concurrence continuera de jouer à l'avenir pour lui-même lorsqu'il aura mis fin à son approvisionnement de l'une des entreprises de transformation tout en augmentant ses achats auprès des autres fournisseurs.

4.1.9 Médias

L'enquête menée par la COMCO lui a permis de décider que le groupe d'édition français **Madrigall** a abusé de son pouvoir de marché relatif envers la librairie suisse Payot (cf. point 3.1).

Durant l'année sous revue, une plainte et de nombreuses réclamations émanant de la population ont été déposées à l'encontre de **Swiss Marketplace Group (SMG)** au motif d'un éventuel abus de position dominante sur le marché. SMG, qui dispose de diverses plateformes en ligne comme homegate.ch, ImmoScout24, AutoScout24, tutti.ch et Ricardo, est active sur divers marchés des annonces par rubriques. Bien que l'*observation de marché* correspondante ait fait apparaître certains indices que la position de SMG est forte, voire dominante sur certains marchés, le soupçon d'abus de cette position n'a pas été corroboré. Et comme les griefs concernaient exclusivement la tarification de SMG, ils ont été transmis à la Surveillance des prix, compétente en la matière. Cependant, les marchés de plateforme restent soumis à l'observation des autorités de la concurrence.

4.1.10 Poste

Au terme d'un *examen de concentration approfondi*, la COMCO a interdit en janvier 2024 la reprise du groupe **Quickmail** par **La Poste suisse** (cf. 3.1).

4.1.11 Sport

Au début de l'année, le Secrétariat a poursuivi son *enquête préalable* visant à analyser si le règlement « **FIFA Football Agent Regulations** », adopté par la Fédération internationale de football association (FIFA), était compatible avec le droit suisse de la concurrence. En raison de différentes procédures actuellement pendantes à l'étranger, la FIFA a cependant décidé au cours de l'année de suspendre provisoirement la mise en œuvre de certaines dispositions de ce règlement. Pour ce motif et pour des questions d'opportunité, le Secrétariat a également suspendu son enquête préalable, en attente des développements dans les procédures à l'étranger.

Le Secrétariat a en outre été saisi d'une dénonciation de la part de l'International Boxing Association (IBA) à l'encontre du **Comité International Olympique** (CIO). Selon l'IBA, le CIO aurait abusé de sa position dominante en lui retirant sa reconnaissance en tant que fédération internationale de boxe. Ce retrait aurait notamment pour conséquence que les fédérations nationales ayant adhéré à l'IBA ne pourraient pas envoyer de boxeurs participer aux Jeux Olympiques de Los Angeles en 2028. Le Secrétariat s'est saisi de l'affaire et a procédé à des premières mesures d'investigation.

4.1.12 Télécommunications

La COMCO a clos son *enquête* à l'encontre de **Swisscom Directories** concernant les possibilités d'enregistrement des entreprises sur local.ch et search.ch en *juin 2024* (cf. point 3.1).

Le Secrétariat a répondu, dans le cadre d'une *consultation*, aux questions relatives au **transfert d'un réseau de fibre optique**. Alors que Swisscom développait en Suisse un réseau de fibre optique en coopération avec divers partenaires, plusieurs de ceux-ci ont envisagé de se retirer de cette activité et de vendre leur réseau de fibre optique à Swisscom. Le Secrétariat a conclu qu'un tel achat par Swisscom devrait être qualifié de concentration d'entreprises. En outre, si toutes les relations clientèle venaient à être résiliées dans le cadre d'un accord tandis qu'il y aurait lieu de s'attendre à ce que les clients passent à Swisscom, il faudrait considérer ce processus comme une reprise de clients, c'est-à-dire également comme une concentration d'entreprises selon la pratique constante des autorités de la concurrence.

S'agissant du **projet de concentration Fastweb / Vodafone Italia**, la COMCO a validé la reprise de la totalité du capital-actions de Vodafone Italia S.p.A. par Swisscom SA. *L'examen préalable* du projet de concentration a mis en évidence des indices que Swisscom dispose d'ores et déjà d'une très forte position sur le marché suisse des services de téléphonie mobile pour les clients finaux et sur le marché suisse de l'accès à large bande pour les clients finaux dans le domaine commercial. Mais si la concentration conduit à des cumuls de parts de marché sur ces marchés, ils sont si faibles qu'ils ne sont pas à même d'induire des changements de la concurrence significatifs pour l'évaluation des projets de concentration. L'évaluation des effets sur les conditions de concurrence en Italie incombait à l'autorité italienne de la concurrence, l'AGCM, qui a également autorisé le projet de concentration en décembre 2024.

4.1.13 Environnement

L'association RecyPac développe un **système de recyclage des emballages synthétiques et des emballages de boissons en carton** sous forme d'une solution de branche de l'économie privée, librement consentie et uniforme dans l'ensemble de la Suisse. La COMCO a examiné, dans le cadre d'une *procédure d'opposition*, la mise sur pied et l'exploitation du système de recyclage en tant que tel ainsi que des éléments essentiels du système de recyclage comme la fixation d'un prix maximum pour la remise du sac de collecte aux consommateurs ou le droit de préemption sur le recyclat aux prix de marché pour les membres de RecyPac. La COMCO a renoncé à ouvrir une procédure. RecyPac peut donc développer et exploiter ce système de recyclage.

Au début de 2024, dans le cadre d'un *conseil*, la COMCO a approuvé l'applicabilité sans restriction de la loi sur les cartels aux activités de SwissZinc SA. Par la suite, cette société semble avoir emprunté la voie politique. En effet, la motion 24.3475 « Supprimer le blocage réglementaire dans le **recyclage du zinc** », déposée par la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national en date du 14 mai 2024, exige une modification de l'ordonnance sur les déchets. La COMCO a demandé que la motion soit rejetée, car le marché du recyclage du zinc fonctionne et le projet de SwissZinc aurait pu être mis en œuvre conformément aux règles de la concurrence en tenant compte des recommandations et propositions formulées par la COMCO dans le cadre de son *enquête préalable* SwissZinc. En outre, la modification de l'ordonnance sur les déchets est susceptible d'entraîner une concentration accrue du marché, qui peut aller jusqu'à une monopolisation du recyclage des reliquats de déchets urbains (le recyclage du zinc n'est donc pas seul concerné). Une monopolisation impliquerait des risques, par exemple des prix plus élevés, l'éviction des autres fournisseurs et un manque d'incitations à l'innovation. Pourtant, le Conseil fédéral et le Parlement ont accepté la motion cette année. La COMCO s'emploiera à ce que la concurrence joue au mieux dans le domaine de recyclage des résidus de l'incinération des déchets.

4.1.14 Transports

Au printemps, le Secrétariat a ouvert une *enquête préalable* dans le domaine des **transports publics** en se fondant sur une procédure d'opposition correspondante. Cette mesure s'inscrivait dans la révision de la loi sur le transport de voyageurs, qui prévoit notamment que les entreprises de transport concessionnaires doivent exploiter une plateforme numérique de distribution de leurs offres de prestations (plateforme).

4.1.15 Autres activités

a. Pouvoir de marché relatif

Les nouvelles dispositions concernant le pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022. Elles remontent à l'initiative pour des prix équitables et visent à combattre l'îlot de cherté suisse. En 2024, la COMCO a clôturé les deux premières enquêtes (cf. point 3.1) et elle a ouvert une procédure supplémentaire suite à une dénonciation reçue déjà en 2023 (cf. point 4.1.1). Par ces décisions, elle entend créer des lignes directrices utiles à l'application de la nouvelle disposition légale. En outre, le Secrétariat de la COMCO a l'intention d'actualiser sa « Note explicative et formulaire: pouvoir de marché relatif » en se basant sur ces premières décisions.

Le nombre de dénonciations est resté faible. La COMCO a reçu trois formulaires remplis concernant un éventuel abus de pouvoir de marché relatif en 2024 (sept l'année précédente) et cinq autres dénonciations et questions de citoyens en lien avec le pouvoir de marché relatif (dix l'année précédente). Ces cas concernaient les branches les plus diverses: les examens ont porté par exemple

sur les liens de dépendance entre une société de négoce et le fabricant d'un produit déterminé, entre une entreprise de transformation de produits agricoles et un producteur de denrées alimentaires (cf. point 4.1.8), entre une entreprise franchisée et son franchiseur ainsi qu'entre des entreprises et certains logiciels.

Les dénonciations reçues en 2024 n'ont débouché la même année sur aucune ouverture d'enquête ou d'enquête préalable. En effet, la plupart de ces dénonciations ne contenaient pas suffisamment d'indices d'un abus de pouvoir de marché relatif au sens du droit cartellaire. Il est aussi arrivé que des entreprises ne poursuivent pas leurs démarches après un premier contact avec le Secrétariat ou que celui-ci renvoie des entreprises à la procédure civile parce qu'il s'agissait en premier lieu d'interpréter des obligations concrètes découlant d'un contrat.

Dans le cadre de l'enquête en cours concernant BMW et un garage (cf. point 4.1.1), les autorités de la concurrence ont décidé que les tiers ne peuvent pas, en principe, participer à des enquêtes sur l'abus de pouvoir de marché relatif, car de telles procédures se concentrent sur les relations bilatérales entre deux entreprises. Dans le cadre de telles relations, un éventuel abus n'entrave pas les tiers dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci.

b. Accords verticaux

Le 22 octobre 2024, le Secrétariat a terminé l'*enquête préalable* **Produits de protection contre les incendies** par des recommandations. Il a analysé le système de distribution d'un fournisseur de produits anti-incendie (y compris les extincteurs) et les services connexes. L'enquête préalable a livré des indices d'accords verticaux illicites de protection territoriale et sur les prix, notamment parce que le modèle de distribution consistait en éléments de divers systèmes et ne constituait pas un véritable modèle d'agence dans lequel tous les coûts et risques sont assumés par le fournisseur de produits anti-incendie. Le Secrétariat a proposé des modifications pour éliminer les doutes au regard du droit cartellaire.

Le Secrétariat a effectué 14 *observations de marché* qui ont conduit à des adaptations du comportement. Ces observations de marché concernaient, pour huit d'entre elles, des **entraves présumées aux importations parallèles** à destination de la Suisse. Il s'agissait notamment **d'appareils auditifs, d'échelles télescopiques, de parties de bicyclette, de motos, de produits photovoltaïques et d'éclairages de sécurité**. Sur recommandation du Secrétariat, les fabricants concernés ont adapté les clauses contractuelles équivoques, une réglementation peu claire des bonus et les règles de garantie tout en informant leurs partenaires de distribution à l'étranger, par voie de circulaire, que les commandes non sollicitées à partir de la Suisse peuvent être satisfaites sans restriction. En outre, le Secrétariat a recommandé de former les collaborateurs à la législation cartellaire. Dans un cas, les clarifications ont permis d'établir que le refus de livrer à destination de la Suisse provenait effectivement d'une décision autonome du distributeur étranger, qui l'avait toutefois justifiée au client suisse par un accord de cloisonnement territorial avec le fabricant. Dans ce cas également, le Secrétariat a recommandé de former les collaborateurs afin d'éviter les malentendus.

Une *observation de marché* concernait les dénonciations de plusieurs dentistes qui affirmaient ne plus pouvoir acheter des **produits médicaux** à meilleur prix par les boutiques en ligne étrangères. Selon ces dentistes, les commandes à partir de la Suisse étaient refusées au motif que plusieurs fabricants auraient interdit les livraisons à destination de la Suisse. Les clarifications du Secrétariat ont révélé que le refus de livrer en Suisse provenait d'une interprétation erronée des dispositions légales, notamment de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux. Après avoir consulté l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), le Secrétariat a informé les acteurs du marché que la responsabilité de la conformité des produits n'incombe pas aux fabricants ni aux distributeurs en ligne, mais aux dentistes lorsque ceux-ci achètent les produits médicaux directement auprès des distributeurs à l'étranger non pas pour les revendre mais dans le but de les utiliser lors de leurs traitements.

Une autre *observation de marché* visait d'éventuels accords de protection territoriale par **géoblocage s'agissant des ventes en ligne de billets de croisière** à partir de l'étranger pour la Suisse. Des indications fournies par la Fondation pour la protection des consommateurs ont été à l'origine de cette observation. De fait, des sites web qui proposaient des billets de croisière dans certains pays n'étaient pas accessibles de la Suisse ou les tentatives d'y accéder débouchaient sur une déviation automatique vers un site web suisse. Les limitations d'accès aux sites web étrangers ont été supprimées au cours de l'observation de marché.

Six *observations de marché* ont traité des indices d'accords verticaux sur les prix. Il s'agissait notamment de **meubles de jardin**, de **bicyclettes** et d'**appareils à coiffer**. Dans ces trois cas, les indices d'accords sur les prix se sont avérés provenir d'informations erronées de collaborateurs. Le Secrétariat a recommandé aux entreprises concernées de former leur personnel aux aspects du droit cartellaire. Trois autres observations de marché ont été menées suite à des indices de pression exercée par certains collaborateurs de deux grossistes et d'un fabricant du **secteur informatique** sur un commerçant pour qu'il vende leurs produits à des prix supérieurs. Le Secrétariat a rendu les trois entreprises attentives à la problématique de droit cartellaire qu'impliquait leur comportement et il leur a recommandé de former leur personnel.

c. Durabilité

Les autorités de la concurrence doivent souvent déterminer si une coopération entre des entreprises visant à atteindre des objectifs de durabilité est conforme au droit cartellaire. En 2024, tel a été le cas lors de la *consultation* sur la coordination d'actions publicitaires planifiées à long terme pour des denrées alimentaires (4.1.3) et lors d'activités déployées dans le domaine de l'environnement (4.1.13).

Le Secrétariat a organisé, le 13 mars 2024, un **atelier sur les accords de durabilité et le droit cartellaire** dans l'objectif de permettre des échanges ouverts sur cette thématique entre l'autorité et l'économie privée.

Les discussions entre le Secrétariat, des acteurs de l'économie privée et des représentants d'autorités internationales ont porté sur des questions de droit cartellaires inhérentes à la conception et à la mise en œuvre de coopérations visant une économie plus durable. La discussion a montré que la loi sur les cartels offre des marges de manœuvre, qu'il convient d'utiliser pour conclure des accords en matière de durabilité. Une communication ouverte et transparente entre les autorités de la concurrence et les entreprises permet de lever les incertitudes.

d. Investigations

Le 8 mai 2024, la COMCO s'est exprimée dans le cadre d'une consultation sur la **révision totale du droit pénal administratif**, qu'elle applique lors des perquisitions. La COMCO émet des réserves concernant deux modifications: le délai strict de 20 jours pour déposer une demande de levée des scellés auprès du tribunal compétent menace la pratique éprouvée des levées de scellés informelles, qui permet aux Secrétariat et aux entreprises concernées de procéder à un tri des données à l'amiable. Par ailleurs, le transfert de compétence prévu de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF) aux tribunaux cantonaux des mesures de contraintes peut conduire à des jugements contradictoires dans le cadre de la même enquête. En outre, aucun tribunal ne développerait alors le savoir-faire spécifique utile à l'évaluation des cas relevant du droit cartellaire. La COMCO a soumis des propositions de solution pour les deux problèmes et elle suit les travaux de révision subséquents.

4.2 Marché intérieur

La COMCO a établi le 16 décembre 2024 une *expertise* à l'intention d'un tribunal administratif cantonal. Un avocat actif dans son deuxième bureau sur le territoire du canton devait être inscrit dans le registre cantonal des avocats pour pouvoir engager un stagiaire de manière que le **stage d'avocat** de celui-ci puisse être pris en compte dans l'administration de la justice. Eu égard aux dispositions de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), l'exigence d'une inscription dans le registre cantonal des avocats constituait une restriction du droit au libre accès au marché, une inégalité de traitement à raison du lieu et un obstacle à la libre circulation. Il n'était pas possible de justifier cette restriction à l'accès au marché notamment parce que l'inscription au registre ne constitue pas un critère nécessaire et approprié pour accomplir une activité dans l'administration de la justice locale.

Le Département cantonal vaudois de la santé a refusé à deux **organisations d'aide et de soins à domicile** extra-cantonales l'autorisation d'exercer leur activité dans le canton de Vaud. Ces deux organisations ont formé recours auprès du Tribunal cantonal vaudois en invoquant notamment des violations de la LMI. À la demande du Tribunal cantonal, la COMCO a produit une *expertise* y relative en date du 15 janvier 2024. Dans deux arrêts datés du 26 juillet 2024, le Tribunal cantonal a accepté les recours en s'appuyant sur l'expertise de la COMCO. Le Département de la santé du canton de Vaud a fait appel de ces deux jugements auprès du TF.

La LMI prévoit en outre une **procédure gratuite** si le libre accès au marché peut être revendiqué en vertu du principe du lieu de provenance. À la fin de 2022, la COMCO a donc formé *recours* contre la mise à charge des coûts liés à l'autorisation d'exercer d'une **sage-femme**. Le Tribunal cantonal de Lucerne a rejeté le recours de la COMCO en date du 16 mai 2024, notamment au motif que l'autorisation d'exercer un métier relèverait de l'ancien droit et ne serait pas soumis à la législation sur le marché intérieur. La COMCO a attaqué ce jugement cantonal par un recours devant le TF en invoquant le caractère intercantonal de l'affaire, qui appelle l'application de la LMI.

La LMI prescrit qu'un appel d'offres exempt de discrimination doit être conduit lors de la transmission de l'exploitation d'un **monopole** cantonal ou communal à des entreprises privées. En ville de Zurich, lors d'une *observation de marché*, la question s'est posée de savoir comment louer les **établissements gastronomiques** conformément à la législation sur le marché intérieur. Le Secrétariat a élaboré, dans le cadre d'échanges avec l'administration municipale zurichoise, des lignes directrices visant une attribution de tels établissements exempte de discrimination et ouverte à toutes les personnes intéressées.

Le 17 juin 2024, la COMCO a formé recours suite à une dénonciation concernant un **marché public** portant sur l'assainissement de **chemins ruraux et forestiers**. Le service adjudicateur communal avait mené une procédure sur invitation alors que, eu égard aux valeurs de marché estimées, une procédure ouverte était requise. En outre, la COMCO a considéré qu'une variante d'entreprise admise par le service adjudicateur était nulle parce que l'adjudicataire avait principalement tablé sur des quantités de matériel nettement inférieures à celles prévues dans l'appel d'offres. La COMCO a évalué que ce comportement était contraire tant à la LMI qu'à la législation cantonale sur les marchés publics.

La LMI contient une **interdiction de discrimination** pour les marchés cantonaux et communaux. Le 9 septembre 2023, la COMCO a remis au TF sa première *prise de position* matérielle sous le régime du droit révisé des marchés publics. Elle s'est en particulier prononcée sur l'existence d'une éventuelle discrimination liée au moment où un **critère d'aptitude** devait être rempli.

5 Relations internationales

Durant l'année sous revue, le Secrétariat de la COMCO a reçu à Berne une délégation des autorités de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), une délégation de l'administration étatique chinoise de réglementation du marché (State Administration for Market Regulation, SAMR) et une délégation de la Commission sud-coréenne du commerce équitable (Korea Fair Trade Commission, KFTC), chacune pour une **rencontre de travail bilatérale**. Un représentant de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) était également présent lors de la rencontre avec la KFTC. Les échanges ont concerné les derniers développements du droit de la concurrence et son application. En outre, les autorités de la concurrence étrangères étaient intéres-

sées à coopérer avec la COMCO. Le Secrétariat leur a présenté les possibilités d'une telle coopération.

Le Secrétariat de la COMCO a répondu à diverses questions d'entreprises établies en Suisse qui avaient reçu des **demandes de renseignements émanant d'autorités de la concurrence étrangères**. Ces entreprises n'étaient pas certaines que la demande de renseignements ait été correctement adressée et elles se demandaient si une autorisation du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) était requise pour y répondre.

Le 5 mars 2024, le Secrétariat de la COMCO a participé à un atelier de l'**OCDE** sur les développements relatifs à la lutte contre les accords de soumission dans le cadre de marchés publics. Il y a fait part de ses expériences lors d'une discussion de groupe sur le thème du « *Digital Cartel Screens to Discover Bid Rigging* ». Du 14 au 16 mai 2024, le Secrétariat a également participé à un séminaire consacré au thème du « *Tackling Bid Rigging in Public Procurement* », organisé par le Centre régional de la concurrence de Budapest, qui est exploité par l'OCDE et l'autorité hongroise de la concurrence (OECD-GVH RCC). À la demande de celle-ci, le Secrétariat a partagé ses expériences en la matière. Ce séminaire réunissait des collaborateurs des autorités de la concurrence venus d'Europe centrale, d'Europe de l'Est et d'Europe du Sud-Est.

Les 17 et 18 mars 2024, le Secrétariat de la COMCO a participé à la séance inaugurale du Forum des technologues du **Réseau international de la concurrence (RIC)** à Washington, DC, renforçant ainsi la coopération internationale dans le domaine de la numérisation. Le Secrétariat était aussi présent à la 23e Conférence annuelle du RIC, qui s'est ensuite tenue à Salvador de Bahia. Le Secrétariat de la COMCO a répondu à plusieurs enquêtes du RIC et il a contribué à divers rapports. Il a en outre participé aux ateliers du RIC en y présentant des exposés, apportant ainsi sa contribution à l'échange des connaissances avec les autres autorités.

En juillet 2024, le Secrétariat de la COMCO était présent à la conférence annuelle de la **CNUCED** à Genève. Simultanément, la collaboration au sein du groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« cross-border cartels », CBC) s'est poursuivie en étroite coopération avec le SECO. Le mandat de ce groupe de travail a été prolongé d'une année. Le Secrétariat de la COMCO y transmet son expertise concernant les cartels et les accords de soumission aux autorités de la concurrence étrangères. Le 25 avril 2024, le Secrétariat a tenu un exposé au sein du groupe de travail CBC sur les expériences qu'il a réunies dans la lutte contre les accords de soumission.

6 Législation

Le 24 mai 2023, le Conseil fédéral a adopté un projet et le message concernant la **révision partielle de la loi sur les cartels** (23.047). Le projet de révision vise à améliorer l'efficacité de la loi sur les cartels (notamment le contrôle des concentrations, le volet civil du droit cartellaire et les procédures d'opposition) et à mettre en œuvre les exigences de trois motions acceptées. Le Conseil des États a adopté la révision avec certains compléments et modifications en date du 11 juin 2024. En automne 2024, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, compétente en la matière, a commencé les délibérations. Au niveau de l'administration, la responsabilité de la révision incombe au Secrétariat général du DEFR et de la recherche et au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

La **réforme des autorités de la concurrence** (réforme institutionnelle) est traitée parallèlement à la révision partielle de la loi sur les cartels. Se fondant sur le rapport final du 1er décembre 2023 produit par la Commission indépendante d'experts « Réforme des autorités de la concurrence », le Conseil fédéral entend réformer ces autorités. En date du 15 mars 2024, il a chargé le DEFR de lui soumettre jusqu'à la mi-2025 un projet de réforme destiné à la consultation.

L'état actuel des autres **interventions parlementaires** présentant un lien avec la loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur se présente comme suit:

- Les **motions** 16.4094 **Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence », 18.4282 **Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » et 21.4189 **Wicki** du 30 septembre 2021 « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » doivent être mises en œuvre par des dispositions correspondantes apportées dans le cadre de la révision partielle de la loi sur les cartels.
- Sur la base de la **motion** 18.3898 **Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile », le Conseil fédéral a élaboré l'ordonnance automobile (OAVAuto; RS 251.6), qui est entrée en vigueur au 1er janvier 2024.
- En date du 13 septembre 2024, le Conseil fédéral a pris en compte les exigences des **motions** 20.3531 **Caroni** / 20.3532 **Rieder** du 8 juin 2020 « Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques », qui lui ont été transmises, en intégrant un nouveau passage dans les principes directeurs du gouvernement d'entreprise de la Confédération par lequel il veut éviter les distorsions de concurrence entre les entreprises publiques et privées.
- La **motion** 22.3838 **Gugger** du 17 juin 2022 « Protection contre l'introduction unilatérale du modèle de l'agence sur le marché automobile » a été acceptée par le Conseil national.
- Les **motions** 22.3976 **Maitre** et 22.3977 **de Quattro** du 22 septembre 2022 « Supprimer les commissions d'interchange pour les opérations de paiement des cartes de débit » ont été acceptées par le Conseil national.
- La **motion** 22.4404 **Rechsteiner** du 14 décembre 2022 « Accélérer les procédures pour accroître la sécurité juridique » demande que la phase d'enquête

du Secrétariat de la COMCO (c'est-à-dire de l'ouverture de la procédure jusqu'à la proposition du Secrétariat à la COMCO) dure au maximum un an, une prolongation d'un an supplémentaire étant possible. Cette intervention a été acceptée par le Conseil national.

- La **motion** 22.4563 **Grossen** du 16 décembre 2022 « Limiter la concurrence déloyale de la part des entreprises fédérales », qui exige l'interdiction du subventionnement croisé, une transparence accrue et le renforcement des mesures de conformité, a été acceptée par le Conseil des États.
- La **motion** 23.3069 **Groupe socialiste** du 8 mars 2023 « Créer une loi sur les marchés numériques pour la Suisse » a été retirée.
- La **motion** 23.3224 **Français** du 16 mars 2023 « Réforme institutionnelle de la Commission de la concurrence » demande que la structure de la COMCO, ses prérogatives et ses moyens soient revus; une séparation fonctionnelle entre ses rôles d'accusateur et de juge doit être garantie. Cette intervention est traitée par le Conseil des États en sa qualité de première chambre.
- La **motion** 23.3487 **Romano** du 12 avril 2023 « Affaire Credit Suisse. Examiner toutes les mesures possibles pour préserver les emplois en Suisse » a été classée.
- La **motion** 24.3262 **Kamerzin** du 14 mars 2024 « Marchés publics. Mettre fin à l'inégalité entre marchés publics cantonaux ou communaux et fédéraux concernant les règles de protection des travailleurs » a été retirée.
- La **motion** 24.3627 **Pfister** du 13 juin 2024 « Garantie constructeur pour les véhicules électriques importés. Rétablir une concurrence équitable » exige que la garantie du constructeur demeure, indépendamment du canal de distribution, pour les importations parallèles ou directes de véhicules automobiles. Elle n'a pas encore été traitée par les chambres.
- La **motion** 24.4590 **Rüegsegger** du 20 décembre 2024 « Enquêtes sectorielles. Introduction de cet instrument pour résoudre les problèmes de concurrence de nature structurelle » exige que la loi sur les cartels soit complétée par un instrument permettant d'analyser les problèmes de concurrence structurels dans certaines branches sans qu'une suspicion concrète de violation du droit de la concurrence ne soit nécessaire. Elle n'a pas encore été traitée par les chambres.
- Les **interpellations** suivantes ne sont pas encore liquidées: 22.3707 **Estermann** du 16 juin 2022 « Correctifs nécessaires dans le système de santé ? (4) », 23.3469 **Gigon** du 11 avril 2023 « Credit Suisse/UBS, nouvelle mégabanque. Comment adapter notre législation pour garantir la concurrence ? », 23.4299 **Addor** du 29 septembre 2023 (« Fusion UBS-CS. Et la Comco ? », 23.4513 **Gugger** du 22 décembre 2023 « Géants d'Internet. Abus de position dominante au détriment des PME et des hôpitaux » et 23.4416 **Maitre** du 20 décembre 2023 « Cartes de débit. Frais excessifs pour les petits commerçants - procédure à la Comco », 24.3311 **Pfister** du 15 mars 2024 « Comment et quand le Conseil fédéral mettra-t-il en œuvre les points de la motion 18.3898, < Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile > qui ne l'ont pas encore été ? », 24.3292 **Amoos** du 15 mars 2024 « Transparence des frais et commissions de transaction par carte de paiement », 24.3794 **Amoos** du 14 juin 2024 « Transparence des frais et commissions de transaction des moyens de paiement sans espèces » et 24.4049 **Regazzi** du 26 septembre 2024 « Rachats opérés par la Poste. Le Conseil fédéral fait-il fi des décisions du Parlement ? » de même que le postulat 23.3444 **CER-N** du 4 avril 2023 « Fusion UBS-Credit Suisse. Évaluation de l'importance du point de vue du droit de la concurrence et de l'économie nationale ».

7 Statistiques

Les statistiques suivantes fournissent un aperçu des travaux de la COMCO et de son Secrétariat en 2024:

	2024	2023	2022
Enquêtes			
Menées durant l'année	24	25	19
dont reprises de l'année précédente	21	18	16
dont ouvertes durant l'année	1	7	3
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0	0
Décisions	7	2	1
dont accords amiables	3	0	1
dont décisions de l'autorité	3	1	1
dont sanctions selon l'art. 49*a* al. 1 LCart	2	2	1
dont décisions partielles	0	0	0
Décisions de procédure	5	2	1

Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	1	3	1
Mesures provisionnelles	0	0	0
Procédure de sanction au sens des art. 50 ss LCart			1
Enquêtes préalables			
Menées durant l'année	11	17	14
dont reprises de l'année précédente	10	10	8
dont ouvertes durant l'année	1	7	6
Clôtures	5	8	5
dont avec ouverture d'enquête	0	3	0
dont avec adaptation du comportement	4	3	4
dont sans suite	1	2	1
Autres activités			
Annonces traitées selon l'art. 49*a* al. 3 let. a LCart	2	2	5
Conseils	24	29	14
Observations de marché clôturées	50	48	52
Requêtes LTrans	16	18	22
Autres demandes réglées	513	500	511
Concentrations			
Notifications	43	33	49
Pas d'intervention après examen préalable	43	32	49
Examens	1	2	0
Décisions de la COMCO après examen	1	0	0
Interdiction	1	0	0
Autorisation conditionnelle / soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	0	0	0
Exécution provisoire	0	0	0
Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	27 (59)	31 (67)	35 (88)
Arrêts du TAF	5 (7)	11 (16)	6 (31)
dont succès des autorités de la concurrence	5 (7)	9 (14)	4 (10)
dont succès partiel	0 (0)	2 (2)	2 (6)
dont sans succès	0 (0)	0 (0)	0 (3)
Arrêts du TF	6 (6)	1 (1)	5 (7)
dont succès des autorités de la concurrence	5 (5)	1 (1)	4 (4)
dont succès partiel	0 (0)	0	1 (2)
dont sans succès	1 (1)	0	0 (1)
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	21 (53)	24 (56)	29 (69)
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	1	0	1
Recommandations (art. 45 LCart)	1	0	0
Avis (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPr ou art. 11*a* LTC)	0	0	0
Suivi des affaires	0	0	0
Communications (art. 6 LCart)	0	0	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	338	318	327
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	16	13	14
Contrôles des aides	0	0	0
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	0	0
Expertises (art. 10 LMI)	3	2	1
Observations de marché / conseils / autres demandes réglées	48	52	62
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	2	0	3

Les statistiques 2024 et la comparaison avec les chiffres de 2023 et de 2022 révèlent pour l'essentiel ce qui suit:

- Enquêtes: cette année, la COMCO a ouvert une enquête et en a clôturé sept.
- Enquêtes préalables et observations de marché: le nombre d'enquêtes préalables et d'observations de marché est de l'ordre de celui des années précédentes, les enquêtes préalables tendant à être moins nombreuses que les observations de marché au cours de la décennie passée.
- Concentrations: le nombre des concentrations annoncées reste élevé. La COMCO en a évalué 43.
- Procédures de recours[2]: les tribunaux, notamment le TAF, ont de nouveau rendu de nombreux jugements cette année. Ils ont largement confirmé les décisions de la COMCO.
- Avis, recommandations et prises de position: les avis (hormis les expertises relevant de la LMI) et les recommandations demeurent assez rares. Cependant, les autorités de la concurrence ont fourni un important travail de réglementation tout comme les années passées: elles ont investi des ressources conséquentes dans leurs prises de position sur les projets de loi et d'ordonnance.
- LMI: le nombre de conseils et d'observations de marché fournis est resté élevé en 2024.

8 Thème spécial pour 2024: les communes et les cantons sont garants de la concurrence

La productivité et la croissance d'une économie dépendent de plusieurs conditions-cadres de politique économique. La concurrence est l'un des principaux facteurs. Lorsque les marchés fonctionnent bien, notamment l'allocation des ressources est efficiente et le bien-être est maximisé. Lorsque ce n'est pas le cas, l'intervention de l'État peut se justifier. L'État peut alors utilement intervenir, soit indirectement en agissant en tant qu'autorité de réglementation ou en essayant d'influer sur le comportement des consommateurs et consommatrices, soit directement en étant un acteur du marché.

Dans tous ces cas de figure, l'action étatique ne doit pas fausser la concurrence, à moins que la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants ne l'exige. Pour y parvenir, l'État agit en respectant en particulier le principe de la neutralité concurrentielle, principe qui veut que l'action étatique n'attribue aucun avantage ou handicap concurrentiel injustifié aux entités exerçant une activité sur le marché. L'OCDE l'a bien expliqué dans ses recommandations de 2021 et dans son manuel publié le 25 septembre 2024.

En Suisse, ce principe de la neutralité concurrentielle s'applique à la Confédération, aux cantons et aux communes. Étant donné que la Confédération s'est dotée de principes directeurs dans ce domaine, la présente contribution se concentre sur le rôle important et sur la contribution décisive des cantons et des communes (ci-après l'État) dans l'amélioration de l'environnement concurrentiel, que ce soit par le biais de réglementations (point 8.1), de mesures de soutien public (point 8.2), de délégation de tâches de service public (point 8.3), d'autorisations ou d'octroi de concessions (point 8.4) et lors d'appels d'offres publiques (points 8.5 et 8.6).

8.1 Réglementations neutres

L'environnement réglementaire édicté par l'État devrait être **neutre d'un point de vue concurrentiel**. Il devrait être, en principe, appliqué avec la même rigueur et une transparence équivalente à l'égard de tous les acteurs du marché. En effet, tous les acteurs du marché, actuels ou potentiels, devraient bénéficier d'un traitement uniforme, en ce qui concerne non seulement le cadre juridique, mais aussi son application.

Une exception à ce principe peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour atteindre des objectifs politiques qui ne pourraient être atteints par d'autres moyens. Il en va de même lorsque l'État autorise une entreprise étatique à offrir ses services au-delà du monopole qui lui a été octroyé. Dans ces cas de figure, toute **exception** au principe d'une réglementation neutre doit être transparente, justifiée par des objectifs politiques clairs, proportionnelle et appliquée de manière restrictive. Lorsque les exceptions sont adoptées de manière transparente et connues du public, une discussion s'engage sur les mérites de ces exceptions, sur d'éventuelles objections et sur des propositions alternatives.

À titre d'**exemples**, mentionnons le cas d'une ordonnance cantonale précisant quel logiciel d'analyse salariale relative à l'égalité des sexes doit être utilisé lorsqu'une entreprise décide de participer à un appel d'offres dans le cadre de marchés publics. En procédant de la sorte, le canton avantage l'éditeur de ce logiciel spécifique au détriment de ses concurrents et il crée une potentielle distorsion de la concurrence. On peut mentionner également le cas d'une législation cantonale ou communale qui soumettrait l'autorisation de pratiquer une certaine profession à l'obligation d'être domicilié dans le canton en question.

8.2 Mesures de soutien équilibrées

Il arrive que l'État décide d'intervenir sur le marché en accordant des aides qui peuvent prendre des formes différentes, telles que subventions, prêts, garanties et injections de capitaux / investissements. Afin de fausser la concurrence le moins possible, les mesures de soutien public doivent identifier et divulguer l'objectif spéci-

[2] Les décisions de la COMCO visent généralement plusieurs parties, qui forment individuellement des recours auprès des tribunaux. Ceux-ci traitent normalement chaque recours séparément et rendent par conséquent plusieurs verdicts pour une seule et même décision de la COMCO. Ces arrêts des tribunaux sont pour certains très semblables sur le fond, quoiqu'ils traitent aussi de questions spécifiques. Depuis 2021, on ne regroupe pas seulement les procédures de recours parallèles devant les tribunaux comme formant un cas par décision de la COMCO, on y ajoute entre parenthèses le total de tous les recours séparés, y compris parallèles. La même remarque vaut pour les statistiques au niveau des tribunaux: d'une part, indépendamment du nombre de recours visant une décision de la COMCO, les jugements sont assimilés à un seul jugement et, d'autre part, ils sont en outre mentionnés entre parenthèses en relation avec les différents recours.

fique de politique publique à atteindre et le moyen par lequel les mesures envisagées sont susceptibles de l'atteindre. Les autorités sont censées expliquer comment le soutien de l'État contribue à la réalisation de l'objectif de politique générale et dans quelle mesure il y répond.

Les mesures de soutien public doivent être évaluées afin de déterminer si elles sont accordées conformément aux principes du marché. Cette évaluation doit déterminer si une entreprise bénéficie d'un avantage, c'est-à-dire de conditions plus favorables que celles offertes dans le cadre d'une transaction de marché (traitement inégal). Si tel est le cas, l'étape suivante consistera à analyser s'il s'agit d'un avantage sélectif et à examiner les distorsions de concurrence créées par la mesure.

À titre d'**exemples**, prenons les garanties d'État accordées par certains cantons à leur banque cantonale, les subventions cantonales accordées pour l'organisation de camps de ski aux écoles qui engagent des professeurs de ski titulaires d'un diplôme spécifique, ou encore la distribution des fonds de Swisslos et de la Loterie Romande par les organes cantonaux.

8.3 Délégation de tâches de service public

Lorsque l'État intervient en délégant certaines tâches de service public, il doit **identifier, de manière transparente et spécifique**, tout mandat conféré à une entreprise. Une définition claire des services concernés par ce mandat de délégation de tâches de service public aide les fournisseurs concurrents potentiels à évaluer l'analyse de rentabilité et, le cas échéant, à soumettre également une offre pour la fourniture de ces services. À leur tour, des offres valables contribuent à sélectionner le prestataire de service public le mieux placé et à maintenir la compensation nécessaire à un niveau minimum. Les décisions relatives à la compensation des obligations de service public sont également un aspect crucial à prendre en compte pour maintenir des conditions de concurrence équitables. Lorsqu'une obligation de service public est imposée à une entreprise, des mesures doivent être prises pour éviter à la fois la surcompensation et la sous-compensation, afin de ne pas avantager ou léser indûment un concurrent.

À titre d'**exemples**, citons la création d'entreprises chargées de l'exécution de tâches relevant de la puissance publique et autorisées à réaliser parallèlement des activités connexes sur le marché privé, en concurrence avec d'autres entreprises, comme les assurances-bâtiments dans certains cantons ou le cas spécifique d'une entreprise créée par un concordat intercantonal dans le domaine des remontées mécaniques. Mentionnons aussi les offices du tourisme des grandes stations de villégiature qui jouent un rôle important en tant que guichets d'entrée pour de nombreuses demandes de touristes cherchant des informations spécifiques, que ce soit sur les hôtels ou des prestations liées aux sports d'hiver. Étant donné que les offices du tourisme travaillent souvent en étroite collaboration avec les remontées mécaniques de la commune concernée et avec certaines écoles de ski particulières, il est important que tous les partenaires soient traités de manière équitable et non-discriminatoire, notamment pour la location de terrains ou de locaux, ou encore en matière de publicité faite par les offices du tourisme pour des offreurs de services de la région.

8.4 Liberté d'accès au marché

Les autorités jouent un rôle important dans l'octroi de l'accès au marché. Limiter cet accès et, partant, le nombre d'entreprises présentes sur un marché revient à réduire la concurrence. La loi fédérale sur le marché intérieur vise donc à renforcer la concurrence en Suisse. À cet effet, elle prévoit l'octroi de l'accès intercantonal au marché selon le **principe du lieu de provenance** (principe dit du Cassis de Dijon). Les personnes qui exercent licitement une activité lucrative dans un canton sont en principe en droit de l'exercer aussi dans un autre canton. Selon l'expérience réunie par la COMCO, pour autant que des autorisations cantonales soient nécessaires, de nombreuses autorités cantonales respectent les dispositions de la législation sur le marché intérieur. Il est aussi décisif que les autorisations doivent être délivrées rapidement et gratuitement dans un autre canton.

On peut citer à titre d'**exemples** certaines situations observées dans le domaine de la santé, comme les activités intercantonales d'organisations d'aide et de soins à domicile ou de sages-femmes (cf. point 4.2). Une sage-femme en possession d'une autorisation d'exercer professionnellement dans le canton de Schaffhouse est fondamentalement en droit d'exercer son métier dans toute la Suisse. Il en va de même d'une organisation d'aide et de soins à domicile autorisée par exemple dans le canton de Vaud.

8.5 Appels d'offres exempts de discrimination

Les pouvoirs publics (Confédération, cantons, communes) achètent chaque année des constructions, des biens et des services pour plus de 40 milliards de francs. Si les entreprises sont en concurrence pour fournir les pouvoirs publics, ceux-ci achètent à des conditions avantageuses. Les appels d'offres publics garantissent aussi que tous les fournisseurs intéressés ont accès aux marchés publics. C'est aussi pourquoi les dispositions du droit des marchés publics et de la LMI prévoient, pour les marchés publics cantonaux, une **interdiction de discrimination** des soumissionnaires. Par exemple, on ne saurait justifier et le droit sur le marché intérieur interdit d'exiger que le soumissionnaire ait son siège dans un canton déterminé.

L'expérience de la COMCO montre que les services d'adjudication cantonaux tiennent largement compte de ces dispositions. Dans certains cas, on observe que les services adjudicateurs tentent d'ajuster un achat sur un fournisseur déterminé ou un produit donné. De telles mesures portent préjudice à la concurrence dans la procédure d'adjudication et peuvent conduire à l'exclusion de soumissionnaires supplémentaires, ce qui est juridiquement assimilable à une discrimination. Il est réjouissant de constater que les cas de discrimination liée au lieu d'origine de soumissionnaires extra-cantonaux sont rares dans le cadre de marchés publics cantonaux.

En outre, en vertu de la LMI, un appel d'offres exempt de discrimination doit être conduit lors de la transmission à des entreprises privées de l'exploitation d'un **monopole** ou de droits d'utilisation dont la disponibilité est limitée, par exemple pour nombre de concessions. Cette

obligation permet une attribution équitable de ces droits d'utilisation à tous les intéressés possibles (cf. au point 4.2 la location d'**établissements gastronomiques**). Les anciens privilèges (illimités dans le temps et attribués sans procédure), comme on en trouvait parfois pour les services de ramonage, de taxi ou de remorquage et de sauvetage, sont toujours plus rares, notamment grâce aux changements de pratique des cantons.

8.6 Prévention des accords de soumission

Si des fournisseurs se concertent pour définir le montant de leur offre et à qui doit revenir un marché, ils concluent des accords de soumission illicites au sens du droit des cartels et des marchés publics. De tels accords augmentent les prix en moyenne de 45 %, ils favorisent le maintien de structures de marché inefficaces et ils freinent l'innovation. Vu l'important volume d'achats mentionné ci-dessus, le dommage potentiel inhérent aux accords de soumission apparaît encore plus clairement. Les accords de soumission pèsent donc sur l'économie et les pouvoirs publics et ils exercent une influence négative sur la charge fiscale de la population.

Au cours des dernières années, la COMCO a détecté quelque 2000 projets de construction publics et privés concertés. Outre la poursuite d'accords dans le cadre de procédures de droit cartellaire, la COMCO a développé un instrument statistique de détection et elle a sensibilisé les services adjudicateurs. Les mesures de sensibilisation servent à reconnaître et à prévenir les accords de soumission. En effet, il est plus pertinent et moins coûteux en ressources de prévenir que d'intervenir en droit des cartels. Des services d'achat informés et formés contribuent grandement à lutter contre les accords de soumission.

Comme les accords de soumission détectés par la COMCO **concernent généralement des marchés cantonaux et communaux**, le rôle des cantons et des communes est déterminant. Si les accords de soumission peuvent être détectés, il est aussi possible de les prévenir par une bonne préparation des appels d'offres.

- **Connaître** les biens, services et constructions à acheter, les fournisseurs actuels et les caractéristiques du marché n'aide pas seulement à obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse, mais aussi à éviter les accords de soumission. Ces connaissances permettent aux services adjudicateurs d'estimer le risque d'accords de soumission et de concevoir leurs achats en fonction des marchés et du risque de collusion.
- Dans ce cadre, il importe aussi de **sensibiliser** les acheteurs et d'échanger les expériences et les références au sein des services adjudicateurs et entre ceux-ci.
- Même la meilleure des préparations et des sensibilisations ne protège pas complètement contre les accords de soumission. Il est donc crucial de **reconnaître** les indices d'accord de soumission, de les examiner et de les **annoncer** à la COMCO conformément à l'obligation de dénoncer prévue par le droit des marchés publics. À cet effet, la COMCO met une liste de contrôle à disposition et elle répond aux questions qui se posent.

L'information des cantons et des communes est essentielle dans la lutte contre les accords de soumission. Leur engagement a un effet préventif et montre la voie à suivre pour créer et conserver une concurrence efficace dans les marchés publics.

8.7 Conclusion

L'État est un acteur économique important. Il joue un rôle-clé pour que les marchés restent compétitifs. Pour y parvenir, il doit agir de telle manière que les entreprises puissent se faire concurrence sur la base de leurs seuls mérites. Ce faisant, l'État permet aux consommatrices et consommateurs et à l'économie de bénéficier des avantages de la concurrence par un accroissement du bien-être, de la productivité et de la croissance économique, en multipliant les opportunités commerciales et en favorisant l'emploi.

En s'assurant que toutes les entreprises jouent à armes égales, en adoptant des réglementions neutres du point de vue concurrentiel, en respectant la neutralité concurrentielle lors de la prise des mesures de soutien public, de délégation de tâches de service public, d'autorisations et d'octroi de concessions ainsi que lors d'appels d'offres publiques, l'État contribue à des prix concurrentiels, à l'élargissement du choix et à l'amélioration de la qualité des biens et des services offerts à la population en Suisse.

9 Annexe: membres de la COMCO et de la Direction de son Secrétariat

Commission:

- Baudenbacher Laura Melusine, présidente, associée d'une étude d'avocats suisse établie à Zurich, Bruxelles et Oslo
- Wüthrich-Meyer Danièle, vice-présidente, ancienne membre de la Cour suprême du canton de Berne
- Letina Igor, vice-président, professeur extraordinaire de microéconomie à l'Université de Berne
- Bettschart-Narbel Florence, membre, avocate, ancienne responsable Politique & Droit auprès de la Fédération romande des consommateurs (FRC)
- Diebold Nicolas, membre, professeur ordinaire de droit public et de droit économique à la faculté de droit de l'Université de Lucerne
- Huber Mikael, membre, responsable politique financière et fiscale, numérisation et commerce à l'Union suisse des arts et métiers (usam)
- Këllezi Pranvera, membre, avocate indépendante dans le canton de Genève
- Martinez Isabel, membre, économiste (enseignante) au Centre de recherches conjoncturelles (KOF) de l'École polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ), ancienne secrétaire centrale de l'Union syndicale suisse (USS)
- Minsch Rudolf, membre, président suppléant de la direction d'economiesuisse

- Mühlheußer Gerd, membre, professeur d'économie, en particulier microéconomie / économie industrielle à l'Université de Hambourg
- Nicoli Mauro, membre, associé d'une étude d'avocats suisse
- Rufer Martin, membre, directeur de l'Union suisse des paysans (USP)

Registre des intérêts: www.comco.admin.ch → La COMCO → Commission → Membres.

Secrétariat de la COMCO:

- Ducrey Patrik, directeur
- Stüssi Frank, directeur suppléant, construction
- Graber Cardinaux Andrea, vice-directrice, industrie et production
- Schaller Olivier, vice-directeur, services
- Söhner-Bührer Carole, vice-directrice, infrastructure

A 1.	**3. Rapporto annuale 2024 della Commissione della concorrenza (COMCO)**

Sommario

1 Il 2024 in breve 39

2 Informazioni sulla COMCO e la Segreteria 39

3 Principali decisioni del 2024 40

3.1 Decisioni della COMCO 40

3.2 Decisioni dei tribunali 41

4 Attività 42

4.1 Attività nei vari mercati 42

4.1.1 Settore automobilistico 43

4.1.2 Settore della costruzione 43

4.1.3 Commercio al dettaglio e industria dei beni di consumo 43

4.1.4 Digitalizzazione 44

4.1.5 Energia 44

4.1.6 Mercati finanziari 45

4.1.7 Sistema sanitario 46

4.1.8 Agricoltura 46

4.1.9 Media 46

4.1.10 Posta 46

4.1.11 Sport 46

4.1.12 Telecomunicazioni 46

4.1.13 Ambiente 47

4.1.14 Trasporti 47

4.1.15 Altre attività 47

a. Posizione dominante relativa 47

b. Accordi verticali 47

c. Sostenibilità 48

d. Indagini 48

4.2 Mercato interno 48

5 Affari internazionali 49

6 Legislazione 50

7 Statistica 51

8 Tema speciale del 2024: Comuni e Cantoni garanti della concorrenza 52

8.1 Regolamentazioni neutrali 53

8.2 Misure di sostegno equilibrate 53

8.3 Delega di compiti di servizio pubblico 53

8.4 Libero accesso al mercato 54

8.5 Concorsi pubblici senza discriminazioni 54

8.6 Prevenzione degli accordi sugli appalti 54

8.7 In sintesi 55

9 Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria 55

1 Il 2024 in breve

Nel 2024 la Commissione della concorrenza (COMCO) ha preso le prime decisioni sulla nuova disposizione di legge concernente la **posizione dominante relativa**, elaborata in conseguenza dell'Iniziativa per prezzi equi e per contrastare l'elevato livello dei prezzi in Svizzera. La valanga di denunce prevista nel Parlamento non si è verificata, ciò malgrado la COMCO ha avuto modo di prendere le prime decisioni di principio.

All'inizio dell'anno, la COMCO ha vietato l'acquisizione del **Gruppo Quickmail** da parte della **Posta Svizzera**. Il progetto di fusione avrebbe eliminato la concorrenza efficace in almeno un mercato, senza trascurare che all'acquisizione ad opera della Posta esisteva un'alternativa favorevole alla concorrenza. Poco dopo la decisione della COMCO, Planzer ha rilevato il gruppo Quickmail.

Da vari anni la COMCO si occupa delle commissioni applicate sulle operazioni di pagamento con carte di debito e di credito. Quest'anno si è chinata sulle **commissioni di interscambio** delle carte di debito per i pagamenti nazionali in presenza, ovvero una tassa che un emittente di carte (perlopiù una banca) riscuote all'atto dell'utilizzo fisico della carta di debito che ha emesso. La COMCO ha concordato con Mastercard una riduzione della tassa predetta e sta proseguendo l'inchiesta avviata nei confronti dell'ammontare di quella applicata da Visa.

Nel Cantone di Berna la COMCO ha concluso l'ultima delle tre indagini promosse nel settore dei materiali da costruzione. La più grande **cava di ghiaia e di discarica** dell'area di Berna e sette azionisti si sono protetti per anni dalla concorrenza e hanno ostacolato i concorrenti nel settore della ghiaia e delle discariche. Gli azionisti hanno ad esempio beneficiato di prezzi della ghiaia significativamente più bassi e di costi di trasporto agevolati rispetto ai loro concorrenti. La decisione di circa 700 pagine testimonia la portata delle macchinazioni perpetrate e delle ampie attività investigative svolte dalla COMCO.

La lotta agli **accordi sugli appalti** è da circa 20 anni una delle priorità della COMCO e anche quest'anno la commissione si è pronunciata su accordi illeciti raggiunti nel settore degli appalti pubblici. Inoltre, sono in corso tre procedimenti relativi a potenziali accordi sugli appalti. Il **ruolo dei Cantoni e dei Comuni** nella prevenzione degli accordi sugli appalti e nella promozione di una concorrenza efficace in vari settori economici è di cruciale importanza ed è appunto a questo ruolo che è dedicato il tema speciale del presente rapporto annuale.

Le informazioni che seguono testimoniano le numerose **attività** svolte dalla COMCO e dalla sua Segreteria: la COMCO e la sua Segreteria hanno condotto 24 *inchieste*, 11 *inchieste preliminari* e 50 *osservazioni del mercato*. Hanno trattato 43 *concentrazioni* e redatto *preavvisi* nel quadro di circa 350 consultazioni degli uffici e procedure di consultazione.

Nel 2024 il **Tribunale federale** (TF) e il **Tribunale amministrativo federale** (TAF) hanno emesso varie sentenze su ricorsi presentati contro decisioni della COMCO. I due tribunali hanno ampiamente confermato i giudizi espressi dalla COMCO, attestando di riflesso la sua capacità di condurre correttamente le procedure, di rispettare pienamente i diritti delle parti e di infliggere le multe con senso della misura.

2 Informazioni sulla COMCO e la Segreteria

La COMCO e la sua Segreteria combattono gli accordi sui prezzi. Aprendo i mercati ne impediscono l'isolamento e potenziano il mercato interno. Prendono posizione in merito a disegni di legge e ordinanze rilevandone gli aspetti problematici sotto il profilo del diritto della concorrenza o dell'economia. La **COMCO** (organo decisionale) è un'autorità di milizia. È composta da 12 membri nominati dal Consiglio federale, per la maggior parte esperti indipendenti: professori di diritto o economia e avvocati. Negli altri casi si tratta di rappresentanti delle associazioni economiche e delle organizzazioni dei consumatori (per l'elenco completo si veda l'allegato). La COMCO si riunisce ogni due/quattro settimane e decide sui casi importanti, anche riguardo alle multe, su proposta della Segreteria. Nel 2024 si sono tenute 13 sessioni plenarie, durate una giornata intera o mezza giornata.

La COMCO dispone di una **Segreteria** a tempo pieno (organo investigativo). Si occupa delle procedure della legislazione sui cartelli, prepara le decisioni della COMCO e in materia di cartelli è l'organo di riferimento per imprese, privati e autorità. Si compone di quattro servizi, del centro di competenza Mercato interno e di un servizio Risorse. I membri della direzione sono riportati nell'allegato. Esclusi gli stagisti, a fine 2024 la Segreteria contava 71 collaboratori (due in meno dell'anno precedente), in maggioranza giuristi ed economisti. La quota femminile ammontava al 40,8 per cento (l'anno precedente era del 38,3 per cento). I 71 collaboratori della Segreteria lavorano a tempo pieno o parziale: in totale si tratta di 61,1 equivalenti a tempo pieno (l'anno precedente erano 62,6). Il numero di collaboratori (inclusa la direzione) preposti all'applicazione della legge sui cartelli e della legge sul mercato interno ammonta a 53 (46,9 equivalenti a tempo pieno), due in meno dell'anno precedente (48,4 equivalenti a tempo pieno). Presso il servizio Risorse sono attivi 18 collaboratori (14,2 equivalenti a tempo pieno), lo stesso numero dell'anno precedente, che svolgono mansioni generali di sostegno. Questi collaboratori assumono anche compiti trasversali per l'Ufficio federale delle abitazioni (UFAB) e l'Ufficio federale per l'approvvigionamento economico del Paese (UFAE). Come già l'anno precedente, la Segreteria ha messo a disposizione quattro posti a tempo pieno per stagisti.

La prof. ssa Clémence Grisel Rapin (Università di Friburgo) si è dimessa da membro per la fine di febbraio 2024. Il Consiglio federale non l'ha sostituita, poiché con la nomina di Mauro Nicoli a rappresentante della Svizzera italiana a metà dicembre 2023 aveva temporaneamente aumentato l'organico della COMCO a 13 membri.

3 Principali decisioni del 2024

3.1 Decisioni della COMCO

Il gruppo editoriale francese **Madrigall** nega al **rivenditore di libri svizzero Payot** la possibilità di acquistare i suoi libri alle condizioni usuali in Francia. Madrigall è uno dei più grandi gruppi editoriali francesi e comprende una quindicina di case editrici. Pubblica numerosi autori premiati e bestseller. Le librerie svizzere acquistano i libri di Madrigall attraverso il canale di distribuzione ufficiale svizzero. Payot, uno dei principali rivenditori di libri della Svizzera romanda, aveva intenzione di importare i libri di Madrigall direttamente dalla Francia, ma il gruppo editoriale francese ha chiesto a Payot prezzi d'acquisto decisamente più alti di quelli abituali in Francia. Per Payot non esistono modalità di fornitura alternative adeguate e ragionevoli e neppure la rinuncia a vendere i libri di Madrigall è un'opzione realistica. Payot dipende quindi da Madrigall. Su questo sfondo, la COMCO ritiene che i prezzi d'acquisto proposti a Payot siano abusivi. In virtù delle nuove disposizioni sulla posizione dominante relativa (cfr. 4.1.15 a.), con la sua decisione del *23 settembre 2024* la COMCO ha obbligato Madrigall a consentire a Payot l'importazione diretta dei libri alle condizioni vigenti sul mercato francese. Madrigall ha impugnato questa decisione davanti al TAF.

La COMCO ha aperto un'inchiesta contro **Novartis** per appurare se il suo comportamento in relazione a diverse azioni in giustizia fondate su uno dei suoi brevetti fosse inteso a proteggere illegalmente uno dei suoi farmaci dermatologici. Si trattava di esaminare se un tale comportamento poteva costituire un caso di brevetto di blocco (blocking patent), con conseguente limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico sul mercato contraria al diritto della concorrenza. Le investigazioni hanno dimostrato che il comportamento adottato da Novartis era corrente nell'ambito del diritto sui brevetti e conforme al diritto sui cartelli. Il *7 ottobre 2024* la COMCO ha pertanto archiviato l'inchiesta senza seguito. Nell'ambito di questa inchiesta, la COMCO ha cooperato con la Commissione europea sulla base dell'accordo bilaterale in vigore dal 2014 tra l'Unione europea e la Svizzera nel settore del diritto della concorrenza. Nella sua procedura la Commissione europea è giunta alle medesime conclusioni. La decisione è passata in giudicato.

Swisscom Directories è stato per decenni l'editore dell'elenco telefonico cartaceo in Svizzera. Oggi gestisce gli elenchi telefonici online local.ch e search.ch. Nel 2019, ha introdotto il prodotto "Swiss List" e ha cambiato radicalmente le precedenti opzioni di registrazione delle imprese su local.ch e search.ch. I prodotti sono stati offerti solo a pacchetti e i prezzi sono stati aumentati. Numerose imprese e un concorrente di Swisscom Directories hanno presentato delle denunce presso la COMCO. L'inchiesta della COMCO ha dimostrato che i clienti interessati sono passati a servizi di elenchi di indirizzi comparabili di google e bing e che le registrazioni su local.ch e search.ch hanno perso importanza. Pertanto, anche se con ritardo, la concorrenza ha giocato. Swisscom Directories non è più dominante in questo settore. Di conseguenza, un intervento della COMCO non è più necessario e l'inchiesta è stata archiviata il *24 giugno 2024*. A seguito di un ricorso la decisione non è passata in giudicato.

Galexis acquista prodotti farmaceutici e sanitari da imprese nazionali ed estere e li distribuisce in Svizzera. Si rifornisce di alimenti da assumere per via orale e per sonda anche da **Fresenius Kabi.** Quest'ultima ha rifiutato a Galexis l'acquisto dei suddetti prodotti all'estero. La COMCO ha esaminato se Fresenius Kabi avesse una posizione dominante relativa nei confronti di Galexis ed è giunta alla conclusione che ciò non è il caso. Anche se fosse stato così, Fresenius Kabi non si sarebbe probabilmente comportata in modo abusivo, visto che le condizioni all'estero sono, nel migliore dei casi, solo leggermente più vantaggiose. La COMCO ha archiviato l'indagine il *24 giugno 2024,* concludendo così la prima inchiesta nell'ambito della nuova disposizione di legge. La decisione è passata in giudicato.

La COMCO ha indagato su diverse **gare d'appalto da parte dei comuni del Canton Vallese nel settore dello smaltimento dei rifiuti**. Con la sua decisione del *10 giugno 2024* ha stabilito che due aggiudicazioni erano state concordate. Inoltre, la COMCO ha esaminato una forma di cooperazione tra tre imprese nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Le imprese coinvolte stavano progettando una piattaforma per ottimizzare il trasporto dei rifiuti. Tale cooperazione genera spesso vantaggi economici. In questo caso, tuttavia, le imprese hanno scambiato informazioni riservate al di là della cooperazione stessa, ciò che è problematico dal punto di vista della legge sui cartelli. La COMCO e tutte le imprese hanno concordato di astenersi da qualsiasi comportamento problematico in futuro. Per questo motivo, oltre alla buona collaborazione con le autorità e la natura minore delle violazioni, tre delle quattro imprese coinvolte non vanno sanzionate. L'unica sanzione pronunciata ammonta a circa 100'000 franchi svizzeri. La decisione è passata in giudicato.

La COMCO ha inflitto il *21 maggio 2024* una sanzione di 5.3 milioni di franchi a **Kies AG Aaretal KAGA** e ai suoi azionisti. KAGA è la più grande cava di ghiaia e di discarica dell'area di Berna. Anche i suoi sette azionisti sono attivi nel settore della ghiaia e delle discariche. L'impresa e i suoi azionisti si sono protetti dalla concorrenza nell'area di KAGA e hanno ostacolato i concorrenti nel settore della ghiaia e delle discariche. Gli azionisti e KAGA si sono principalmente coordinati nel consiglio di amministrazione di KAGA, nel quale ogni azionista siede con una persona chiave. Gli azionisti hanno inoltre beneficiato di prezzi della ghiaia significativamente più bassi e di costi di trasporto agevolati rispetto ad altri concorrenti. Si sono inoltre impegnati a rispettare una clausola di non concorrenza, ovvero a non acquisire diritti di estrazione nell'area di KAGA e a non estrarre ghiaia. KAGA ha inoltre temporaneamente vincolato lo scarico del materiale di scavo all'acquisto di ghiaia a spese dei non azionisti. Questi e altri comportamenti hanno inibito la concorrenza nel settore della ghiaia e delle discariche, anche a scapito delle PMI e del settore pubblico. Questi settori sono fortemente regolamentati, le barriere d'ingresso nel mercato sono molto alte e la concorrenza è limitata. Il comportamento illecito di KAGA e dei suoi azionisti ha reso la concorrenza ancora più difficile. Va-

rie aziende hanno impugnato la decisione davanti al TAF.

Nel giugno 2023 la COMCO ha avviato due inchieste per trovare soluzioni a lungo termine per le **commissioni interbancarie delle carte di debito** Visa e Mastercard applicate in Svizzera. Le commissioni interbancarie nazionali sono una tassa che un emittente di carte svizzero (di solito una banca) riscuote, all'atto dell'utilizzo della carta di debito che ha emesso, dall'azienda che accetta la carta come mezzo di pagamento (in genere un venditore). Ne consegue che la commissione interbancaria è solo una delle varie commissioni che il fornitore di servizi di pagamento (o «acquirer») addebita all'azienda per ogni transazione effettuata con la carta. L'acquirer riversa poi la commissione interbancaria riscossa all'emittente della carta. La COMCO ha rapidamente raggiunto una conciliazione con Mastercard, adottata il *6 maggio 2024*. La soluzione consensuale prevede un tasso dello 0,12 %, più un tetto di 30 centesimi su un importo di transazione di 300 franchi, il che corrisponde a un tasso medio dello 0,1 %, sensibilmente inferiore allo 0,2 % fissato dalla normativa europea. Inoltre, a partire dal 1° novembre 2025 l'attuale tasso dello 0,31 % per i pagamenti nazionali via Internet e con dispositivi mobili (E- e M-Commerce) sarà ridotto allo 0,28 %. Questa soluzione si applica solo alle carte di debito Mastercard. L'indagine avviata parallelamente contro VISA sulle commissioni interbancarie nazionali per i pagamenti con le sue carte di debito è tutt'ora in corso.

Dopo un *esame approfondito della fusione*, il *15 gennaio 2024* la COMCO ha vietato l'acquisizione del **gruppo Quickmail** da parte della **Posta Svizzera**. Il gruppo Quickmail, con le sue due affiliate Quickmail AG e Quickpac AG, consegna lettere, invii non indirizzati (ad esempio volantini pubblicitari), giornali, riviste e pacchi in tutta la Svizzera. In questi comparti opera anche la Posta Svizzera. Il progetto di fusione avrebbe eliminato la concorrenza efficace in almeno un mercato. La Posta e Quickmail hanno sostenuto che si trattava di una fusione di risanamento. La COMCO può autorizzare un'acquisizione di questo tipo nel caso in cui, ancorché pregiudichi la concorrenza, gli effetti negativi sulla concorrenza si manifestano anche senza la fusione («failing company defence»). Ciò si verifica se il Gruppo Quickmail dovesse scomparire dal mercato in breve tempo senza alcun sostegno e, di conseguenza, gran parte dei clienti del Gruppo Quickmail passerebbe comunque alla Posta. Inoltre, non esistono con ogni probabilità alternative più favorevoli alla concorrenza rispetto alla fusione. Quest'ultima condizione non era soddisfatta, poiché la COMCO aveva identificato un altro potenziale acquirente. Poco dopo la decisione della COMCO, Planzer, e non l'acquirente in parola, ha rilevato il gruppo Quickmail.

3.2 Decisioni dei tribunali

Il *16 novembre 2022* il TAF ha deciso in merito a nove ricorsi del 2 dicembre 2013 relativi al **trasporto aereo di merci**. La decisione della COMCO era diretta contro 14 parti e comprendeva rotte tra la Svizzera e cinque Paesi al di fuori dell'UE. In cinque casi, il TAF ha sostanzialmente confermato gli accordi sui prezzi: per il tribunale è dimostrato che nel settore del trasporto aereo diverse compagnie si sono impegnate in scambi di informazioni anticoncorrenziali sui supplementi per il carburante e sulla commissione dei supplementi a lungo termine. Tuttavia, ha ridotto le sanzioni. Il TAF ha accolto integralmente tre ricorsi, uno in parte. Con sentenza del *24 luglio 2024* il TF ha respinto integralmente il ricorso di Lufthansa. Nella sua sentenza del 26 novembre 2024 il TF ha rigettato il ricorso del gruppo United, ma ha ridotto la sanzione, in quanto ritiene che con un procedimento durato otto anni l'imperativo di celerità sia stato violato dal TAF.

Le **commissioni interbancarie** sono spese pagate agli emittenti di carte (perlopiù banche) per le transazioni effettuate con carte di credito o di debito e addebitate alle aziende che le accettano come mezzo di pagamento. Alla fine di giugno 2023 la COMCO ha avviato due inchieste sulle commissioni interbancarie nazionali per i pagamenti con carte di debito (cfr. 3.1). Visa ha chiesto di dichiarare immediatamente «ammissibile» a titolo provvisionale, per la durata dell'inchiesta, il regolamento sulle commissioni interbancarie da essa introdotto unilateralmente a partire dal 1° luglio 2023 e con tassi più elevati di quanto ritenuto appropriato dalla Segreteria della COMCO. Il 25 settembre 2023 la COMCO ha respinto la richiesta di misura provvisionale, dopodiché Visa ha interposto ricorso dinanzi al TAF. Il TAF ha rigettato il ricorso in data 28 febbraio 2024 per cui Visa si è rivolta al TF. Con sentenza del *4 dicembre 2024* quest'ultima istanza non è entrata nel merito del ricorso.

Il 23 maggio 2022 la COMCO ha concluso l'inchiesta **Concessionari VW**. La commissione ha accertato che sette concessionari di veicoli del marchio VW hanno violato la legge sui cartelli nel Canton Ticino dal 2006 al 2018. I rivenditori hanno costituito un cartello illecito nella vendita di veicoli nuovi a clienti privati e pubblici e per questo sono stati multati dalla COMCO per un importo totale di circa 44 milioni di franchi. Due rivenditori hanno inoltrato ricorso al TAF. Con sentenza del *25 novembre 2024* il TAF ha evaso il ricorso di un rivenditore che aveva avanzato la richiesta di annullare o quantomeno ridurre la sanzione e le spese procedurali in quanto non sostenibili. Il TAF è giunto alla conclusione che le condizioni per una multa erano soddisfatte, che la COMCO aveva fissato la multa e le spese procedurali in modo appropriato e valutato correttamente la solvibilità del rivenditore. Il ricorso è stato quindi respinto e la decisione è passata in giudicato.

Il *23 aprile 2024* il TF ha respinto il ricorso di Swisscom e Blue Entertainment e confermato la sentenza del TAF del 10 maggio 2022 nonché la decisione della COMCO del 2016 contro Swisscom, Cinetrade e Teleclub per comportamento anticoncorrenziale in relazione alla messa a disposizione di trasmissioni di calcio e hockey su ghiaccio. Nel periodo oggetto dell'indagine (dal 2006 al 2013), CT Cinetrade AG (ora Blue Entertainment AG) deteneva numerosi diritti esclusivi di trasmissione in diretta di **partite di calcio e hockey su ghiaccio su pay TV**, che ha ceduto a Teleclub. Mentre Swisscom aveva ricevuto da Teleclub un'offerta completa di calcio e hockey su ghiaccio per Swisscom TV, le altre piattaforme televisive avevano dovuto accontentarsi di un'offerta ridotta e a condizioni meno favorevoli. Alcune piattaforme televisive non avevano proprio potuto acce-

dere all'offerta. Poiché in Svizzera le trasmissioni di calcio e hockey su ghiaccio fanno parte dell'offerta principale di una piattaforma televisiva, il rifiuto di concedere tale offerta e la discriminazione di alcune piattaforme televisive data da un accesso solo parziale all'offerta di programmi sportivi Teleclub costituiscono pratiche illecite.

Il 19 ottobre 2015 la COMCO ha inflitto a quattro rivenditori di automobili sanzioni forfettarie dai 10'000 ai 320'000 franchi per accordi sui prezzi. All'inizio del 2013, i quattro concessionari dei marchi del Gruppo VW e AMAG avevano concordato un elenco comune di condizioni, che riguardava gli sconti sui prezzi e le tariffe forfettarie di consegna per la presentazione dell'offerta iniziale per le auto nuove dei marchi del Gruppo VW. La COMCO ha rilevato che i concessionari hanno comunicato la politica di sconti concordata nel marzo 2013 in occasione delle riunioni regionali dell'associazione degli agenti del gruppo Volkswagen **(VPVW)**. L'8 agosto 2014 la COMCO aveva concluso la procedura contro AMAG con una conciliazione. Tre dei quattro concessionari avevano inoltrato un ricorso al TAF. Quest'ultimo ha confermato il 16 agosto 2022 in larga misura la decisione della COMCO. Un concessionario ha portato il caso davanti al TF, che con sentenza del *16 aprile 2024* ha integralmente respinto il ricorso.

La COMCO ha svolto complessivamente 10 inchieste su accordi sugli appalti nel Cantone dei Grigioni. Tre di queste concernevano svariati progetti di costruzione; le rimanenti riguardavano al massimo 10 progetti ciascuna. In questa materia la COMCO ha preso le decisioni seguenti: il *2 ottobre 2017* in merito ad accordi illeciti in materia di concorrenza su tre progetti di costruzione tra due imprese (**Engadina III**) e su un progetto di costruzione fra tre imprese (**Engadina VIII**):

- **Engadina III**: entrambe le aziende hanno impugnato la decisione davanti al TAF, che ha respinto i ricorsi il 18 aprile 2024 e ribadito l'illiceità degli accordi. Il tribunale ha confermato in linea generale la decisione della COMCO, ma non ha ritenuto che la concorrenza nei tre accordi sia stata eliminata, bensì notevolmente ostacolata, motivo per cui ha leggermente ridotto l'ammontare dell'ammenda. Le decisioni sono passate in giudicato.
- La decisione **Engadina VIII** è stata impugnata da Lazzarini AG davanti al TAF. Nella sua sentenza del *25 aprile 2024* il TAF ha esaminato principalmente aspetti inerenti alle sanzioni. Ha respinto il ricorso e confermato la sua prassi recente in materia di accordi sugli appalti. La decisione è passata in giudicato.
- Davanti al TAF sono quindi pendenti solo ricorsi contro il procedimento «Prestazioni di costruzione nei Grigioni». Contro tre sentenze del TAF relative ai procedimenti engadinesi I, VI e VIII sono pendenti davanti al TF complessivamente cinque ricorsi.

Nel 2008 la Posta Svizzera ha indetto un concorso pubblico per l'installazione e la gestione di una rete **WAN** («Wide Area Network») per le sue sedi, aggiudicando la commessa a Swisscom. Sunrise ha fatto valere che per la connessione delle sedi postali doveva dipendere da servizi preliminari di Swisscom. A causa dei prezzi elevati di questi servizi Sunrise non sarebbe stata in grado di presentare un'offerta competitiva. Nel 2015 la COMCO è giunta alla conclusione che Swisscom ha violato la legge sui cartelli per abuso di posizione dominante sul mercato. Concretamente, è stato rimproverato a Swisscom di aver imposto prezzi inadeguati a Sunrise e alla Posta e di aver praticato una forbice tariffaria nei confronti di Sunrise. La COMCO ha quindi inflitto a Swisscom una sanzione di 7,9 milioni di franchi. Nel 2021 il TAF ha respinto il ricorso di Swisscom nei suoi punti essenziali, riducendo tuttavia la sanzione a 7,5 milioni di franchi. Il TF accoglie il ricorso di Swisscom. Nella sua sentenza di *5 marzo 2024*, conferma che Swisscom disponeva di una posizione dominante sul mercato determinante. Tuttavia, Swisscom non ha imposto prezzi inadeguati né a Sunrise né alla Posta. In entrambi i casi manca già di per sé l'aspetto dell'«imposizione». Non era peraltro stato dimostrato che i prezzi applicati da Swisscom per i suddetti servizi preliminari fossero inadeguati o esageratamente eccessivi. Non si ravvisa infine un comportamento abusivo da parte di Swisscom nemmeno nel senso di una pratica di forbice tariffaria nei confronti di Sunrise

Con la sua sentenza del *12 febbraio 2024* il TAF ha confermato la prassi di pubblicazione della COMCO. Il 4 settembre 2019 la Segreteria della COMCO ha avviato un'inchiesta preliminare sull'utilizzo di **dati ottenuti dal settore di monopolio** da parte di un'azienda elettrica. Nel suo rapporto finale del 18 agosto 2020 la Segreteria ha stabilito che non sarebbero ravvisabili indizi di una limitazione illecita della concorrenza e ha pertanto deciso di archiviare, senza seguito, l'inchiesta preliminare e di pubblicare il rapporto finale. L'azienda elettrica ha quindi chiesto di rinunciare integralmente a una pubblicazione o di pubblicare il rapporto finale in una versione con generose omissioni. La COMCO ha quindi disposto la pubblicazione, che è stata successivamente impugnata. Il TAF ha altresì stabilito, tra l'altro, che la COMCO ha rispettato i diritti procedurali e delle parti, ha approfondito le argomentazioni dell'azienda e correttamente identificato i segreti d'affari**.** La decisione spetta ora al TF.

Per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali la legge federale sul mercato interno prevede lo svolgimento non discriminatorio di concorsi pubblici. Nella sua sentenza del *5 giugno 2024* il TF ha stabilito che per la realizzazione di un **terminal di trasbordo trimodale** a Basilea non fosse necessaria una gara d'appalto in virtù della legge sul mercato interno, anche perché si trattava di una procedura di competenza statale. Al riguardo, il TF ha anche tenuto conto del parere della COMCO, che la stessa aveva presentato nel procedimento dinanzi all'istanza precedente. Il TF ha inoltre precisato la sua giurisprudenza e per la prima volta ha applicato espressamente l'articolo 2, capoverso 7, della legge sul mercato interno ai diritti d'uso esclusivi e limitatamente disponibili ovvero ai mercati chiusi. Così facendo è stata confermata anche la prassi giuridica seguita dalla COMCO negli ultimi anni.

4 Attività

4.1 Attività nei vari mercati

La legge sui cartelli (LCart) e la legge sul mercato interno (LMI) si applicano a tutti i mercati e di conseguenza

le attività della COMCO e della sua Segreteria concernono diversi settori. Ogni anno la Segreteria della COMCO riceve diverse centinaia di notifiche e denunce da parte di privati cittadini, dell'ente pubblico, di imprese, associazioni ecc. che si traducono mediamente in 80-90 procedure all'anno. Si tratta di osservazioni del mercato di entità minore e informali (circa il 75 % dei casi), inchieste di media entità (*inchieste preliminari*, 18 %) e procedure più importanti (*inchieste*, circa il 7 %).[1] **Di seguito** per ogni mercato vengono riportati i risultati più importanti di queste procedure nonché le consulenze e i preavvisi inerenti ad atti normativi e sovvenzioni statali. Inoltre si menzionano le inchieste preliminari e le inchieste avviate recentemente.

4.1.1 Settore automobilistico

Nel gennaio 2024 la COMCO ha avviato un'*inchiesta* contro **BMW**. La commissione sta indagando se BMW ha indotto un garage a investire milioni, interrompendo successivamente la collaborazione senza una soluzione provvisoria adeguata. Se BMW occupa una posizione dominante relativa nei confronti del garage, questo comportamento potrebbe violare la legislazione sui cartelli.

Vari fornitori di autoveicoli stanno valutando la possibilità di introdurre un modello di vendita mediante **agenzia**. Con la conclusione della sua *inchiesta preliminare* «contratti di agenzia Y», nel settembre 2024 la Segreteria ha creato una prassi per la valutazione, ai sensi della legislazione sui cartelli, di questi modelli di agenzia. La Segreteria ha verificato in particolare se il fornitore si fa effettivamente carico dei costi e dei rischi più importanti a cui è soggetto l'agente (cosiddetta agenzia effettiva) ed è quindi legittimato a fissare in prima persona i prezzi di rivendita. Se così non fosse, si configurerebbe il rischio di un accordo sui prezzi illecito e sanzionabile. Nel corso del suo esame la Segreteria si è richiamata ai criteri di verifica per le agenzie effettive previsti dagli Orientamenti UE sulle restrizioni verticali e ha stabilito che i requisiti di un'agenzia effettiva non erano pienamente soddisfatti. La Segreteria ha tematizzato la questione con il fornitore di autoveicoli, che a seguire ha adeguato il suo modello di vendita tramite agenzia.

La Segreteria ha svolto quattro *osservazioni del mercato* fondate sul sospetto di accordi hard core con assegnazioni territoriali nella vendita di autoveicoli. Ordini non sollecitati di autoveicoli da parte di clienti finali dalla Svizzera in altri Paesi europei sono stati rifiutati da rivenditori esteri che si sono richiamati ai loro **contratti di distribuzione** con alcuni produttori di veicoli. Le inchieste svolte dalla Segreteria hanno rivelato che i contratti di distribuzione non contenevano clausole in tal senso e che le dichiarazioni dei rivenditori erano frutto di malintesi. Su raccomandazione della Segreteria i fabbricanti di veicoli interessati hanno inviato circolari ai loro distributori per chiarire che gli ordini non sollecitati di clienti in Svizzera possono essere evasi illimitatamente. Un produttore ha anche condotto audit interni e adeguato i suoi processi IT. In una quinta osservazione del mercato relativa ad una possibile protezione territoriale assoluta nella vendita di autoveicoli, dagli accertamenti condotti dalla Segreteria è emerso che il fornitore di autoveicoli distribuiva i suoi veicoli esclusivamente attraverso società del gruppo, il che ha escluso di fatto l'esistenza di un accordo illecito.

4.1.2 Settore della costruzione

La COMCO ha indagato su diverse **gare d'appalto da parte di comuni del Cantone del Vallese nel settore dello smaltimento dei rifiuti** e ha poi concluso l'*inchiesta* (cfr. 3.1).

Con la sua decisione sull'*inchiesta* **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)**, la COMCO ha inflitto una sanzione di 5,3 milioni di franchi a Kies AG Aaretal KAGA e ai suoi azionisti (cfr. 3.1), concludendo così l'ultima delle tre indagini promosse nel settore dei materiali da costruzione nell'area di Berna.

4.1.3 Commercio al dettaglio e industria dei beni di consumo

La COMCO ha analizzato l'acquisizione del rivenditore di orologi **Bucherer** da parte del fabbricante di orologi **Rolex** con un ampio sondaggio di mercato nell'ambito dell'*esame preliminare*. Dall'analisi sono emersi elementi secondo cui la concentrazione porterebbe alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante sui mercati nazionali e sui mercati locali di Ginevra per i servizi post-vendita di orologi Rolex e Tudor. In virtù degli impegni assunti da Rolex, nel maggio 2024 la COMCO ha tuttavia rinunciato a un esame del progetto di concentrazione. Tra le altre cose, Rolex si è impegnata a non modificare la distribuzione degli orologi Rolex e Tudor e la rete di centri di assistenza, a lasciare invariate le forniture di pezzi di ricambio ai fornitori di servizi post-vendita e a mantenere la distribuzione multimarca di Bucherer.

Nel quadro di una *consulenza* la Segreteria si è espressa su un **coordinamento** pianificato di **iniziative pubblicitarie e promozionali** a lungo termine per generi alimentari tra commercianti al dettaglio al fine di ridurre lo spreco alimentare. Il coordinamento è inteso a evitare che più rivenditori promuovano lo stesso prodotto allo stesso tempo nell'ambito di un'iniziativa pianificata nel lungo periodo. Quest'ultima potrebbe comportare l'impossibilità di rivendere l'intero quantitativo acquistato. Sebbene la Segreteria sia giunta alla conclusione che il coordinamento pianificato potrebbe essere fondamentalmente giustificato da una riduzione dell'impatto ambientale conseguente a un minore spreco alimentare, non è stato dato sapere se il coordinamento previsto avrebbe effettivamente apportato una sensibile diminuzione degli sprechi alimentari. Per questo motivo il progetto in definitiva non era giustificato, sicché il coordinamento di iniziative promozionali pianificate a lungo termine rappresenta presumibilmente un accordo illecito sui quantitativi o sui prezzi.

[1] Nell'ambito del diritto amministrativo in materia di cartelli, la procedura d'inchiesta serve a valutare a titolo formale l'ammissibilità delle limitazioni alla concorrenza. Viene decisa dalla COMCO, dura due o tre anni ed è di ampia portata. L'inchiesta preliminare è una procedura preliminare di valenza prevalentemente informale, e serve a identificare i casi da sottoporre a un'inchiesta; solitamente dura circa un anno. L'osservazione del mercato è una procedura informale, che a seconda dei casi può sfociare in un'inchiesta preliminare o in un'inchiesta oppure concludersi senza alcun esito particolare. Le inchieste preliminari e le osservazioni del mercato vengono condotte e portate a termine dalla Segreteria della COMCO.

4.1.4 Digitalizzazione

Nel settore della digitalizzazione la Segreteria della COMCO porta avanti la sua prassi di prestare un orecchio attento alle aziende svizzere che si dichiarano vittime di possibili abusi da parte di grandi operatori stranieri e a cercare poi un contatto con questi ultimi, o persino ad avviare un'inchiesta contro di loro, se necessario. La Segreteria è quindi indotta nel corso dell'anno a contattare le multinazionali **GAFAM** e a cercare con le medesime delle soluzioni quando le imprese svizzere sono penalizzate da alcuni dei loro comportamenti. In particolare, la Segreteria è in contatto con Google riguardo alla questione del «Choice screen» ed è riuscita a ottenere dal gigante tecnologico il mantenimento temporaneo di questa opzione per gli utenti svizzeri, promuovendo così la concorrenza tra i motori di ricerca. In alcuni casi specifici sono stati avviati dei procedimenti.

La Segreteria interviene anche in casi che non riguardano le Big Tech GAFAM. In proposito va ricordata l'*inchiesta preliminare* conclusa quest'anno che analizzava il settore delle **app per il parcheggio disponibili per smartphone.** L'inchiesta era finalizzata a esaminare le relazioni commerciali tra Digitalparking, una società specializzata nella tecnologia per la gestione di parcheggi a pagamento in Svizzera, e il Touring Club Svizzero (TCS). Il TCS ha sviluppato un'applicazione per smartphone che consente all'utente di trovare un parcheggio nella regione dove si trova momentaneamente e di pagare la relativa tariffa. Esistono numerose applicazioni per il parcheggio sul mercato e il TCS ha lamentato una disparità di trattamento rispetto alle aziende concorrenti. L'inchiesta ha rivelato che le condizioni di mercato variavano da un'azienda all'altro, il che giustificava l'esistenza di contratti diversi.

Quest'anno la Segreteria si è chinata anche sulla politica di visualizzazione delle offerte sulla piattaforma **Galaxus**, sospettata di privilegiare la visualizzazione dei propri prodotti. L'analisi è ancora in corso.

Durante l'anno, la Segreteria della COMCO ha concluso la sua *osservazione del mercato* concernente le clausole di parità ristrette per i ristoratori riportate nelle condizioni generali dell'azienda **Just Eat**. Dall'osservazione non sono emersi indizi di distorsione della concorrenza. Poiché altri concorrenti che operano nell'intermediazione dei servizi di consegna a domicilio non utilizzano queste clausole, l'impatto sui ristoratori è stato ritenuto trascurabile.

Infine, la Segreteria osserva che il settore della «digitalizzazione» si è evoluto rapidamente in questi ultimi anni e che sono stati sollevati numerosi interrogativi sul ruolo che l'**intelligenza artificiale** è chiamata a ricoprire nella nostra società così come sulle potenziali ricadute sull'economia e soprattutto sulla concorrenza. Per poter raccogliere e sostenere le nuove sfide poste da queste tecnologie e, se necessario, avviare procedure antitrust, la Segreteria continua a monitorare attentamente gli sviluppi sui mercati, mantiene stretti contatti con le autorità estere preposte alla concorrenza e partecipa a varie conferenze del settore.

4.1.5 Energia

Anche quest'anno il settore energetico è stato connotato da numerose modifiche di leggi e ordinanze che hanno dato luogo a preavvisi da parte delle autorità in materia di concorrenza nel quadro di *procedure di consultazione* e *consultazioni degli uffici.* Al riguardo, nel settore dell'elettricità vanno menzionate in primis varie consultazioni sull'attuazione della **legge mantello** approvata dal Parlamento nell'autunno 2024 (revisione della legge sull'approvvigionamento elettrico e sull'energia). Nei loro preavvisi le autorità garanti della concorrenza si sono espresse contro le nuove distorsioni della concorrenza a livello di ordinanza a favore dei produttori di energie rinnovabili nazionali, in particolare nell'ambito della tariffazione dell'approvvigionamento di base. Nell'ottica concorrenziale è inaccettabile che solo i clienti finali riforniti nel quadro dell'approvvigionamento di base debbano pagare costi aggiuntivi destinati alla promozione delle energie rinnovabili nazionali, obbligandoli di fatto ad acquistare in misura maggiore elettricità dalle fonti energetiche predette.

I gestori delle reti elettriche hanno diritto a una remunerazione commisurata al rischio assunto per il capitale investito. Le autorità in materia di concorrenza si battono da anni per una riduzione del tasso d'interesse calcolatorio (**WACC per le reti elettriche**). In occasione della revisione dell'ordinanza sull'approvvigionamento elettrico hanno sostenuto che il WACC per le reti elettriche, tenendo opportunamente conto del livello effettivo dei tassi e dei rischi sostanzialmente inesistenti nel settore della gestione delle reti elettriche, andrebbe ridotto in misura superiore a quanto proposto dal Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DATEC) preposto alla revisione. La regolamentazione cost-plus vigente in Svizzera assicura che i gestori di reti elettriche possano riaddebitare tutti i costi sostenuti per la gestione della rete.

La Segreteria si è adoperata affinché le attività di **sorveglianza e controllo delle installazioni e delle apparecchiature elettriche** di competenza dell'ESTI siano scorporate dall'associazione professionale Electrosuisse e trasferite a un'organizzazione senza scopo di lucro del settore delle installazioni elettriche e indipendente da Electrosuisse.

Nel **settore del gas** la Segreteria si è espressa in una consultazione degli uffici su un disegno di legge sull'approvvigionamento di gas (LApGas). Come in precedenti consultazioni, la Segreteria si è spesa in particolare per una completa apertura del mercato nel settore dell'approvvigionamento dei clienti finali come pure per condizioni dettagliate e non discriminatorie per le forniture da parte di terzi indipendenti. Sotto il profilo della concorrenza è di cruciale importanza che la legge speciale preveda disposizioni protettive a garanzia di un accesso alla rete senza discriminazioni come pure un sistema di tariffazione e bilanciamento il più neutrale possibile nell'ottica concorrenziale. In questo modo è possibile evitare che i gestori delle reti del gas, in quanto fornitori autoctoni, siano favoriti sui mercati delle forniture di gas

rispetto ai concorrenti grazie alla loro posizione di monopolio. La Segreteria ha avanzato anche diverse richieste volte a precludere che nel settore dei monopoli previsti dalla legge i gestori delle reti di distribuzione potessero realizzare ricavi eccessivi. Questi proventi sproporzionati potrebbero essere utilizzati dai gestori delle reti del gas per entrare in nuovi mercati o per migliorare la loro posizione a scapito dei concorrenti sui mercati dei servizi soggetti alla libera concorrenza.

Anche nel 2024 le autorità preposte alla concorrenza hanno redatto numerosi preavvisi riguardo alle consultazioni nell'ambito della **sicurezza dell'approvvigionamento**. Da un lato, si è trattato di vari progetti di ordinanze dell'Ufficio federale per l'approvvigionamento economico del Paese (UFAE) da decretare in una situazione di penuria di elettricità. Dall'altro, le autorità in materia di concorrenza si sono espresse sull'impiego delle centrali elettriche di riserva e dei gruppi elettrogeni di emergenza. L'obiettivo cardine delle suddette autorità in quest'ambito è di garantire la neutralità tecnologica. Tutti gli attori tecnicamente idonei dovrebbero avere la possibilità di sottoporre offerte per partecipare alla riserva complementare.

Nel quadro di una *consulenza* nel settore dell'approvvigionamento e dello smaltimento la Segreteria è stata chiamata a rispondere alla domanda se oltre alle entrate che un comune incassa con vari servizi (ad es. approvvigionamento idrico, smaltimento dei rifiuti, ingresso alla piscina coperta ecc.) e generalmente nella forma di tasse e oneri causali, anche gli **introiti fiscali** (in particolare le imposte sul reddito e sull'utile) vanno qualificati come fatturato ai sensi della legislazione sui cartelli. La Segreteria ha risposto negativamente all'interrogativo, in quanto la riscossione delle imposte è un'attività sovrana e pertanto non può essere considerata un fatturato a norma della legislazione sui cartelli. In linea generale, nel calcolo dei valori soglia nell'ambito delle procedure di fusione gli introiti fiscali di un comune non vanno quindi imputati al fatturato.

4.1.6 Mercati finanziari

La COMCO ha raggiunto e adottato una conciliazione con Mastercard (cfr. 3.1) nell'ambito di un'*inchiesta* sulle **commissioni interbancarie** nazionali per i pagamenti con le sue carte di debito.

Le **commissioni sulle operazioni di pagamento tramite carta** sono state oggetto dell'*inchiesta preliminare* VUCA/Visa Central Travel Account (CTA), avviata a seguito di una procedura di opposizione. In concreto, si trattava di stabilire se Visa fosse legittimata ad applicare una commissione interbancaria dell'1,5-2 % per le transazioni effettuate con uno specifico mezzo di pagamento digitale e depositato centralmente, il Visa CTA. A sostegno della sua tesi Visa ha precisato che il prodotto è diverso dalle carte di credito convenzionali e non rientra nel campo di applicazione di una precedente conciliazione del 2014, che tra l'altro prevede commissioni interbancarie più basse. La Segreteria ha tuttavia accertato che prodotti assimilabili (lodged solution) si erano già affermati sul mercato alle condizioni statuite dal regolamento in parola. Anche per questo motivo non ha ritenuto giustificata l'eccezione richiesta da Visa per il CTA. A seguire, Visa ha rivisto il progetto e ha assicurato alla Segreteria che per il Visa CTA avrebbe rispettato tutti i requisiti della conciliazione. L'emittente di carte ha inoltre ridotto allo 0,95 % la commissione interbancaria inizialmente prevista. La Segreteria ha pertanto archiviato l'inchiesta preliminare.

In un'*inchiesta preliminare* relativa agli **accordi sui salari** la Segreteria ha accertato la presenza di indizi di accordi illeciti sul mercato del lavoro, motivo per cui ha innanzitutto appurato se il mercato del lavoro rientra nell'applicazione della legge sui cartelli. Ne ha avuto conferma, ma ha escluso convenzioni tra partner sociali, soprattutto convenzioni collettive di lavoro o altre misure collettive di lavoro che servono al miglioramento delle condizioni di impiego e di lavoro. Pertanto, sono ad esempio problematici ai sensi della legislazione sui cartelli gli accordi tra imprese o datori di lavoro su salari o componenti salariali o i divieti di sollecitazione. A dispetto delle evidenze di accordi illeciti in questo senso tra oltre 200 aziende di vari settori, le autorità garanti della concorrenza hanno deciso di rinunciare all'apertura di un'inchiesta formale. La Segreteria ha preferito cercare il dialogo con i partner sociali, le autorità e altri gruppi interessati per elaborare insieme una best practice finalizzata ad assumere comportamenti conformi alla legislazione sui cartelli sul mercato del lavoro. Le autorità in materia di concorrenza sono convinte che così facendo si possa creare sicurezza giuridica per il mercato del lavoro e i suoi attori, guadagnando in rapidità ed efficacia.

Il 21 maggio 2024 la FINMA ha concluso la *procedura di controllo delle concentrazioni* ai sensi della legge sui cartelli concernente la fusione di **UBS** e **Credit Suisse** senza condizioni, oneri e ulteriori esami. Nel suo preavviso del 25 settembre 2023 all'attenzione della FINMA, la COMCO ha esaminato con dovizia di particolari le implicazioni di questa fusione e stabilito che la nuova UBS detiene un potere di mercato o verosimilmente una posizione dominante su alcuni mercati. Nel suo preavviso la COMCO ha inoltre espresso varie raccomandazioni rivolte al legislatore e alle autorità che tematizzano l'esigenza d'intervento nella prospettiva concorrenziale a seguito della fusione tra UBS e Credit Suisse. Le raccomandazioni indirizzate alle varie autorità vertono prevalentemente sul monitoraggio continuo delle nuove condizioni di mercato sulla piazza finanziaria svizzera e sulla necessaria collaborazione tra le autorità competenti. Dopo la contestuale pubblicazione della decisione della FINMA e della presa di posizione della COMCO a metà giugno 2024, il Sorvegliante dei prezzi ha messo sotto osservazione UBS e da allora ha avviato un dialogo costruttivo con la banca e le altre autorità preposte. Tuttavia, per il momento si è rinunciato a siglare un Memorandum of Understanding che, a giudizio della COMCO, avrebbe potuto incentivare la collaborazione e lo scambio di competenze e dati tra le autorità federali attive sul mercato finanziario, il Sorvegliante dei prezzi e la COMCO. Ciò malgrado, anche in questo caso la regolare e stretta collaborazione tra la COMCO e il Sorvegliante dei prezzi proseguirà anche in futuro.

4.1.7 Sistema sanitario

La COMCO ha concluso l'*inchiesta* contro **Novartis** per diverse azioni in giustizia fondate su uno dei suoi brevetti e archiviato la procedura senza seguito (cfr. 3.1).

La COMCO ha archiviato l'*inchiesta* contro il **Gruppo Fresenius Kabi** per il suo rifiuto di fornire a **Galexis** AG alimenti da assumere per via orale e per sonda all'estero (cfr. 3.1).

4.1.8 Agricoltura

Nell'ambito di un'osservazione del mercato la Segreteria ha esaminato se un **produttore di alimenti** occupava una posizione dominante relativa nei confronti di un trasformatore di prodotti agricoli e se la cessazione degli acquisti da parte del produttore alimentare potesse costituire un abuso di tale posizione. La Segreteria ha concluso che vi sono evidenze a favore della prima ipotesi, ma non della seconda. Invero il produttore di alimenti aveva già annunciato con cinque anni di anticipo che avrebbe smesso di approvvigionarsi, dando così ragionevolmente modo al trasformatore di adeguare il suo modello operativo alle nuove circostanze. In più, il produttore alimentare è riuscito a dimostrare in misura convincente l'esistenza di una serie di ragioni oggettive per la cessazione degli acquisti (ad esempio, risparmi sui costi grazie alla semplificazione dei processi e della logistica presso il produttore alimentare come pure prezzi più vantaggiosi e maggiori economie di scala presso i suoi altri fornitori) e la continuità del confronto competitivo anche se avesse smesso di rifornirsi dal primo trasformatore di prodotti agricoli e aumentato di conseguenza l'approvvigionamento dagli altri fornitori.

4.1.9 Media

Nella sua inchiesta la COMCO ha deciso che il gruppo editoriale francese **Madrigall** ha abusato della sua posizione dominante relativa nei confronti del rivenditore di libri svizzero Payot (cfr. **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**).

Nell'anno in esame **Swiss Marketplace Group (SMG)** è stato oggetto di una denuncia e di numerose contestazioni da parte dell'opinione pubblica per un possibile abuso di una posizione dominante sul mercato. SMG riunisce varie piattaforme online come ad esempio homegate.ch, ImmoScout24, AutoScout24, tutti.ch e Ricardo ed è quindi attivo su vari mercati nel settore degli annunci. Sebbene la relativa *osservazione del mercato* abbia rivelato alcuni indizi di una solida, ed eventualmente dominante, posizione di SMG su singoli mercati, non è stato possibile suffragare il sospetto di abuso. Inoltre, i ricorsi che attengono esclusivamente al pricing di SMG sono stati deferiti, per ragioni di competenza, al Sorvegliante dei prezzi. I mercati delle piattaforme rimangono tuttavia sotto osservazione delle autorità in materia di concorrenza.

4.1.10 Posta

Dopo un *esame approfondito della fusione*, in gennaio la COMCO ha vietato l'acquisizione del **gruppo Quickmail** da parte della **Posta Svizzera** (cfr. 3.1).

4.1.11 Sport

All'inizio dell'anno la Segreteria ha proseguito la sua *inchiesta preliminare* intesa a valutare se il regolamento «**FIFA Football Agent Regulations**» adottato dalla Fédératin internationale de Football Association (FIFA) fosse compatibile con il diritto svizzero in materia di concorrenza. Stanti vari procedimenti attualmente pendenti all'estero, la FIFA ha tuttavia deciso nel corso dell'anno di sospendere temporaneamente l'attuazione di alcune disposizioni di questo regolamento. Per questo motivo e per ragioni di opportunità, la Segreteria ha sospeso anche la sua inchiesta preliminare, in attesa degli sviluppi dei procedimenti in corso all'estero.

La Segreteria ha inoltre ricevuto una denuncia dall'International Boxing Association (IBA) contro il **Comitato Olimpico Internazionale** (CIO). Secondo l'IBA, ritirandogli il riconoscimento di federazione internazionale di pugilato il CIO avrebbe abusato della sua posizione dominante. Per le federazioni nazionali che hanno aderito all'IBA questo ritiro comporterebbe l'impossibilità di inviare pugili ai Giochi Olimpici di Los Angeles nel 2028. La Segreteria si sta occupando del caso e ha avviato le prime misure di indagine.

4.1.12 Telecomunicazioni

Nel *giugno 2024* la WEKO ha archiviato l'*inchiesta* contro **Swisscom Directories** incentrata sulle opzioni di registrazione per le aziende su local.ch e search.ch (cfr. 3.1).

Nell'ambito di una *consulenza* la Segreteria ha risposto a domande relative al **trasferimento di una rete in fibra ottica**. Il motivo risiedeva nel fatto che Swisscom, in collaborazione con vari partner, stava realizzando una rete in fibra ottica in Svizzera. Vari partner di cooperazione avevano valutato l'ipotesi di abbandonare il progetto e vendere la loro rete in fibra ottica a Swisscom. La Segreteria è giunta alla conclusione che un tale acquisto da parte di Swisscom andrebbe qualificato come una concentrazione di imprese, senza peraltro trascurare che se tutti i rapporti con i clienti venissero disdetti in virtù di una convenzione e sarebbe realistico aspettarsi un loro passaggio a Swisscom, questo processo verrebbe considerato un'acquisizione di clienti e quindi, a sua volta, una concentrazione di imprese secondo la prassi consolidata delle autorità in materia di concorrenza.

Nell'ambito del **progetto di concentrazione Fastweb / Vodafone Italia** la COMCO ha autorizzato l'acquisizione dell'intero capitale azionario di Vodafone Italia S.p.A. da parte di Swisscom SA. Dall'*esame preliminare* del progetto in parola sono emersi elementi secondo cui Swisscom occupa già una posizione assai solida sul mercato al dettaglio svizzero dei servizi di telefonia mobile e sul mercato al dettaglio svizzero delle connessioni a banda larga per i clienti commerciali. Pur se la concentrazione darà luogo a un sommarsi di quote su questi mercati, esse sono talmente trascurabili da essere ininfluenti per un cambiamento della concorrenza di rilievo ai fini della valutazione dei progetti di concentrazione. La valutazione delle implicazioni per l'assetto concorrenziale in Italia è spettata alla AGCM, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana che nel dicembre

2024 ha approvato a sua volta il progetto di concentrazione.

4.1.13 Ambiente

In quanto associazione nella forma di organizzazione settoriale privata e volontaria, RecyPac sta realizzando un **sistema di riciclaggio capillare e standardizzato a livello nazionale degli imballaggi in plastica e cartone per bevande**. Nel quadro di una cosiddetta *procedura di opposizione* la COMCO ha esaminato la struttura e il funzionamento del sistema di riciclaggio in quanto tale come pure alcuni suoi punti nodali come, ad esempio, la definizione di un prezzo massimo per la distribuzione del sacco di raccolta ai consumatori, o ancora il diritto di prelazione per il materiale riciclato a prezzi di mercato per i membri RecyPac. La COMCO ha rinunciato ad aprire una procedura, per cui RecyPac può realizzare e gestire il sistema di riciclaggio.

In una *consulenza* all'inizio del 2024, la COMCO ha riconosciuto la piena applicabilità della legge sui cartelli alle attività di SwissZinc AG. A seguire, quest'ultima sembra aver intrapreso il percorso politico, tant'è che la mozione della Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio nazionale del 14 maggio 2024 (24.3475; Rimuovere il blocco normativo nel **riciclaggio di zinco**) chiede di apportare una modifica all'ordinanza sui rifiuti. La COMCO ha proposto di respingere la mozione, in quanto il mercato del riciclaggio dello zinco funziona e il progetto SwissZinc, tenendo opportunamente conto delle raccomandazioni e dei suggerimenti della COMCO ai sensi dell'*inchiesta preliminare* SwissZinc, avrebbe potuto essere realizzato nel rispetto delle regole di concorrenza. A ciò si aggiunge che la modifica dell'ordinanza sui rifiuti potrebbe comportare una maggiore concentrazione del mercato e persino una monopolizzazione nel settore del riciclaggio dei residui dell'incenerimento di rifiuti urbani (quindi non solo del riciclaggio dello zinco). Alla monopolizzazione si accompagnerebbero rischi come un rialzo dei prezzi, l'esclusione di altri fornitori e la mancanza di incentivi all'innovazione. Ciononostante, il Consiglio federale e il Parlamento hanno accolto la mozione quest'anno. La COMCO farà tutto ciò che è in suo potere per assicurare la migliore concorrenza possibile nel riciclaggio dei residui dell'incenerimento dei rifiuti.

4.1.14 Trasporti

A seguito di una relativa procedura di opposizione, in primavera la Segreteria ha avviato un'*inchiesta preliminare* nel settore del **trasporto pubblico.** Il contesto era dato dalla revisione della legge sul trasporto di viaggiatori, che prevede, tra l'altro, che le aziende di trasporto concessionarie debbano gestire un'infrastruttura comune per la distribuzione dei loro servizi (infrastruttura di distribuzione).

4.1.15 Altre attività

a. Posizione dominante relativa

Il 1°gennaio 2022 sono entrate in vigore le nuove disposizioni concernenti la posizione dominante relativa. Sono state elaborate in conseguenza dell'Iniziativa per prezzi equi e per contrastare l'elevato livello dei prezzi in Svizzera. Nel 2024, la COMCO ha concluso le prime due inchieste (cfr. 3.1) e ha aperto un'ulteriore procedura relativa a una denuncia pervenuta già nel 2023 (cfr. 4.1.1). Con queste decisioni, la COMCO intende creare delle linee guida per l'applicazione della nuova disposizione di legge. In più, la Segreteria della COMCO prevede di aggiornare la nota informativa e il modulo di notifica «posizione dominante relativa» sulla base di queste prime disposizioni.

Il numero delle denunce è rimasto esiguo. Nel 2024, la COMCO ha ricevuto tre (quattro in meno dell'anno precedente) moduli di notifica compilati su un potenziale abuso di dominanza relativa e cinque (cinque in meno dell'anno precedente) tra denunce e richieste da parte di cittadini incentrate sul tema della posizione dominante relativa e inerenti a una grande varietà di settori. È stata ad esempio esaminata la dipendenza di un venditore dal fabbricante di un determinato prodotto, di un trasformatore di prodotti agricoli da un'azienda produttrice di alimenti (cfr. 4.1.8), di un affiliato dal suo affiliante e di aziende da determinati prodotti software.

Nessuna delle notifiche giunte nel 2024 ha portato all'avvio di *inchieste* o *inchieste preliminari*: la maggior parte dei casi denunciati non contenevano indizi sufficienti per supporre un abuso di posizione dominante relativa. È successo anche che le aziende, dopo una prima presa di contatto con la Segreteria, abbiano rinunciato alle loro denunce o che la Segreteria abbia rinviato le aziende alla procedura civile, in quanto il caso esposto verteva soprattutto sull'interpretazione di obblighi specifici derivanti da un contratto.

Nell'inchiesta in corso su BMW e un garage (cfr. 4.1.1) le autorità in materia di concorrenza hanno deciso che, in linea generale, i terzi non possono partecipare a inchieste sull'abuso di posizione dominante relativa, in quanto tali procedimenti sono focalizzati sulla relazione bilaterale tra due aziende. In questo rapporto i terzi non sono ostacolati da un possibile abuso nell'avvio o nell'esercizio della concorrenza.

b. Accordi verticali

Il 22 ottobre 2024 la Segreteria ha concluso l'*inchiesta preliminare* concernente **prodotti antincendio,** formulando dei suggerimenti. La Segreteria ha analizzato il sistema di distribuzione di un fornitore di prodotti antincendio (inclusi gli estintori) e dei relativi servizi. Dall'inchiesta preliminare sono emersi indizi di accordi verticali di protezione territoriale e sui prezzi illeciti, soprattutto perché il modello di distribuzione era costituito da elementi di sistemi di distribuzione diversi e non esisteva un vero e proprio modello di agenzia in cui tutti i costi e i rischi sono sostenuti dal fornitore di prodotti antincendio. La Segreteria ha espresso dei suggerimenti per fugare i dubbi relativi al rispetto della legislazione sui cartelli.

La Segreteria ha svolto 14 *osservazioni del mercato* che hanno portato ad adeguamenti comportamentali. Otto osservazioni del mercato hanno riguardato presunti **impedimenti alle importazioni parallele** in Svizzera. Tra i prodotti interessati figuravano, tra gli altri, **apparecchi acustici, sollevatori telescopici, parti di biciclette, motociclette, prodotti fotovoltaici e illuminazioni di sicurezza**. Su raccomandazione della Segreteria, i pro-

duttori interessati hanno corretto e adeguato le clausole di distribuzione equivoche e fuorvianti, un sistema di bonus ingannevole e i regimi di garanzia e hanno informato i loro distributori all'estero con una circolare che gli ordini non sollecitati dalla Svizzera possono essere evasi senza restrizioni di sorta.

Inoltre, la Segreteria ha consigliato di dispensare corsi di formazione in tema di legislazione sui cartelli ai collaboratori. In un caso, gli accertamenti hanno rivelato che il rifiuto di fornitura in Svizzera riposava in realtà su una decisione autonoma del rivenditore estero, ma veniva giustificato al cliente in Svizzera con un accordo territoriale con i produttori. Anche in questo caso, la Segreteria ha raccomandato di istruire i collaboratori per evitare equivoci e incomprensioni comunicative.

Un'*osservazione del mercato* ha riguardato le notifiche di vari dentisti che non riuscivano più ad acquistare **dispositivi medici** a prezzi più convenienti da negozi online esteri. I negozi in oggetto rifiutavano gli ordini provenienti dalla Svizzera con la motivazione che diversi produttori avevano vietato loro di effettuare consegne in Svizzera. Le inchieste della Segreteria hanno appurato che il rifiuto di effettuare consegne in Svizzera muoveva da un'errata interpretazione delle disposizioni di legge, tra le quali l'ordinanza relativa ai dispositivi medici. Dopo aver consultato l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP), la Segreteria ha informato gli operatori di mercato che sono i dentisti - e non i produttori e i rivenditori online - ad essere responsabili della conformità dei prodotti se si procurano i dispositivi medici direttamente dai distributori esteri per utilizzarli nei loro trattamenti e non li rivendono.

Un'altra *osservazione del mercato* ha interessato possibili accordi territoriali attraverso il **geo-blocking** nella **vendita online di biglietti per crociere** dall'estero in Svizzera. Tutto ha avuto inizio da alcune segnalazioni giunte dalla Fondazione per la tutela dei consumatori. In effetti, alcuni siti web che offrivano biglietti per crociere in alcuni Paesi non erano effettivamente accessibili dalla Svizzera o venivano automaticamente reindirizzati a un sito web svizzero quando si cercava di accedervi. Le restrizioni all'accesso ai siti web esteri sono state rimosse nel corso dell'osservazione del mercato.

Sei *osservazioni del mercato* hanno riguardato segnalazioni di accordi verticali sui prezzi. I prodotti interessati erano, tra gli altri, **mobili da giardino, biciclette e styler per capelli**. In questi tre casi le indicazioni di accordi sui prezzi si potevano spiegare con informazioni errate fornite dai collaboratori. La Segreteria ha raccomandato alle aziende interessate di dispensare ai loro collaboratori una formazione in materia di legislazione sui cartelli. Da altre tre osservazioni del mercato sono emersi indizi secondo cui alcuni collaboratori di due commercianti all'ingrosso e di un produttore nel **settore IT** avrebbero fatto pressioni su un rivenditore affinché applicasse prezzi di vendita più elevati per i loro prodotti. La Segreteria ha richiamato l'attenzione delle aziende sulla problematica in termini di legislazione sui cartelli sollevata dal loro comportamento e ha raccomandato alle tre società di istituire corsi di formazione per i collaboratori.

c. Sostenibilità

Le autorità preposte alla concorrenza sono puntualmente confrontate con l'interrogativo se una cooperazione tra aziende per raggiungere determinati obiettivi di sostenibilità sia in linea con la legislazione sui cartelli. Nel 2024 il quesito si è posto nell'ambito della *consulenza* sul coordinamento di iniziative promozionali pianificate a lungo termine per generi alimentari (4.1.3) e le attività nel settore dell'ambiente (4.1.13).

Con l'obiettivo di uno scambio aperto tra l'autorità e il settore privato su questo tema, il 13 marzo 2024 la Segreteria ha organizzato un **workshop sugli accordi di sostenibilità e sul diritto sui cartelli.** Insieme ad operatori del settore privato e a rappresentanti delle autorità internazionali, la Segreteria ha tematizzato questioni di diritto in materia di cartelli nell'organizzazione e attuazione di collaborazioni finalizzate a un'economia più sostenibile. La discussione ha evidenziato che la legge sui cartelli offre spazi di manovra per accordi di sostenibilità da sfruttare opportunamente. Una comunicazione aperta e sincera tra le autorità in materia di concorrenza e le aziende elimina le ambiguità.

d. Indagini

L'8 maggio 2024 la COMCO si è espressa in una **procedura di consultazione sulla revisione totale del diritto penale amministrativo** che la COMCO applica nell'ambito delle perquisizioni. La COMCO ha formulato riserve su due adeguamenti: il termine rigoroso di 20 giorni per presentare una domanda di dissigillamento presso il tribunale preposto mette a rischio la buona prassi dei dissigillamenti informali, in cui le aziende interessate e la Segreteria effettuano un triage consensuale dei dati. Inoltre, il previsto trasferimento della competenza dalla corte dei reclami penali del Tribunale penale federale (TPF) ai giudici cantonali dei provvedimenti coercitivi potrebbe sfociare in sentenze contraddittorie nell'ambito della stessa inchiesta, senza trascurare che in questo modo nessun tribunale maturerebbe il know-how specifico per giudicare i casi inerenti alla legislazione sui cartelli. La COMCO ha proposto soluzioni a entrambi i problemi e sta seguendo gli ulteriori lavori di revisione.

4.2 Mercato interno

Il 16 dicembre la COMCO ha redatto un *parere* all'attenzione di un tribunale amministrativo cantonale. Un avvocato attivo nel suo secondo studio cantonale doveva essere iscritto nel registro degli avvocati di questo Cantone per poter assumere un praticante la cui **pratica legale** fosse riconosciuta nell'amministrazione della giustizia locale. Nell'ottica della legge federale sul mercato interno, l'iscrizione nel registro cantonale degli avvocati richiesta rappresentava una limitazione del diritto al libero accesso al mercato, una disparità di trattamento locale e anche un ostacolo alla libera circolazione. Tra l'altro, non era possibile giustificare la limitazione dell'accesso al mercato, visto che l'iscrizione nel registro non è un criterio appropriato e neppure necessario per lavorare nell'amministrazione della giustizia locale.

Il Dipartimento della sanità vodese ha rifiutato a due organizzazioni **Spitex** di un altro Cantone l'autorizzazione a operare nel Cantone di Vaud. Le due organizzazioni Spitex hanno interposto ricorso dinanzi al Tribunale cantonale vodese, adducendo, tra l'altro, violazioni della legge federale sul mercato interno. Su richiesta del Tribunale cantonale, in data 15 gennaio 2024 la COMCO ha redatto un *parere*. Con due sentenze del 26 luglio 2024 il Tribunale cantonale ha accolto i ricorsi, tenendo anche conto del parere espresso dalla COMCO. Il Dipartimento della sanità del Cantone di Vaud ha impugnato le due sentenze dinanzi al TF.

La legge federale sul mercato interno prevede inoltre una **procedura gratuita** se il diritto a un libero accesso al mercato si fonda sul principio del luogo d'origine. Di conseguenza, alla fine del 2022 la COMCO ha presentato un *ricorso* contro un addossamento delle spese per un'autorizzazione all'esercizio della professione di **ostetrica**. Il 16 maggio 2024 il Tribunale del Cantone di Lucerna ha respinto il ricorso della COMCO, tra l'altro perché ha classificato l'autorizzazione all'esercizio della professione come disposizione retta dal diritto anteriore e quindi irrilevante ai fini della legge federale sul mercato interno. La COMCO ha impugnato questa sentenza cantonale dinanzi al TF, sostenendo che si trattava di una fattispecie intercantonale e quindi soggetta alla LMI.

Per il trasferimento a privati di attività rientranti in **monopoli** cantonali o comunali la legge federale sul mercato interno prevede lo svolgimento non discriminatorio di concorsi pubblici. Nella città di Zurigo un'*osservazione del mercato* ha sollevato l'interrogativo di come debba avvenire la locazione di **aziende di gastronomia** in conformità alla legge federale sul mercato interno. Nell'ambito di un dialogo con l'amministrazione comunale di Zurigo la Segreteria ha elaborato delle linee guida per un'aggiudicazione non discriminatoria e aperta a tutte le persone interessate di queste aziende.

In seguito a una denuncia, il 17 giugno 2024 la COMCO ha presentato un ricorso in merito a **un bando pubblico** per il risanamento di **percorsi rurali e forestali**. Il committente comunale aveva avviato una procedura mediante invito, sebbene in base al valore stimato della commessa si sarebbe dovuta svolgere una procedura di concorso pubblico. La COMCO ha inoltre ritenuto che non esistesse una variante dell'imprenditore autorizzata dal committente, in quanto l'azienda che ha ottenuto l'aggiudicazione ha fatto i conti con quantità di materiale sensibilmente inferiori a quelle previste nel bando di gara. A giudizio della COMCO, questo comportamento ha violato sia il diritto cantonale in materia di appalti sia la LMI.

La legge federale sul mercato interno prevede un **divieto di discriminazione** per gli appalti cantonali e comunali. Il 9 settembre 2023 la COMCO ha inoltrato al TF il suo primo *preavviso* materiale sulla base del riveduto diritto in materia di appalti. La COMCO si è espressa in particolare sul quesito se all'atto di adempiere a un **criterio di idoneità** si è verificata una discriminazione.

5 Affari internazionali

Nell'anno in esame, la Segreteria della COMCO ha ricevuto a Berna una delegazione delle autorità garanti della concorrenza dell'Unione economica e monetaria dell'Africa occidentale (UEMOA), una delegazione della State Administration for Market Regulation (SAMR) cinese nonché una delegazione della Fair Trade Commission (KFTC) sudcoreana, ciascuna per un **incontro di lavoro bilaterale**. All'incontro con la KFTC era presente anche un rappresentante dell'UN Trade and Development (UNCTAD). Lo scambio era incentrato sugli ultimi sviluppi del diritto della concorrenza e la sua applicazione. Le autorità estere preposte alla concorrenza erano peraltro interessate anche a una collaborazione con la COMCO, per cui la Segreteria ha illustrato loro le possibilità di cooperazione che si offrono.

La Segreteria della COMCO ha risposto a varie domande di aziende in Svizzera che avevano ricevuto **richieste di informazioni da autorità estere garanti della concorrenza.** Le imprese non sapevano se le richieste di informazioni pervenute fossero state inviate correttamente e se la risposta dovesse essere autorizzata dal Dipartimento dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR).

Il 5 marzo 2024 la Segreteria della COMCO ha partecipato a un workshop dell'**OCSE** dedicato agli sviluppi nel settore della lotta contro gli accordi sugli appalti concernenti bandi pubblici. La Segreteria ha portato le sue esperienze in una tavola rotonda intitolata «*Digital Cartel Screens to Discover Bid Rigging*». Il 14-16 maggio 2024 la Segreteria della COMCO ha preso parte a un seminario sul tema «*Tackling Bid Rigging in Public Procurement*», organizzato dal Regional Center for Competition di Budapest, gestito dall'OCSE e dall'autorità in materia di concorrenza ungherese (OCSE-GVH RCC). Su richiesta dell'OCSE-GVH RCC, la Segreteria ha contribuito all'incontro condividendo la sua esperienza in questo settore. Al seminario hanno partecipato collaboratori delle autorità garanti della concorrenza dell'Europa sudorientale, centrale e orientale.

Il 17 e 18 marzo 2024 la Segreteria della COMCO ha presenziato alla sessione inaugurale dell'**International Competition Network** (ICN) Technologist Forum a Washington, DC, rafforzando di riflesso la collaborazione internazionale nel settore della digitalizzazione. La Segreteria era presente anche alla successiva 23ª conferenza annuale dell'ICN a Salvador de Bahia. La Segreteria della COMCO ha collaborato a diversi sondaggi e all'elaborazione di rapporti e ha inoltre tenuto relazioni a workshop ICN, promuovendo così la condivisione di competenze con altre autorità.

Nel luglio 2024 la Segreteria della COMCO ha partecipato alla conferenza annuale dell'**UNCTAD** a Ginevra. Al tempo stesso sono proseguite le attività in seno al gruppo di lavoro sui cartelli transfrontalieri (Cross-Border Cartels; CBC), in stretta collaborazione con la SECO. Il mandato di questo gruppo di lavoro è stato prolungato di un anno. La Segreteria della COMCO contribuisce

all'attività del CBC condividendo con le autorità estere della concorrenza le esperienze che ha maturato in questo contesto. Il 25 aprile 2024 la Segreteria ha esposto all'interno del gruppo di lavoro CBC una relazione sulle sue esperienze nella lotta contro gli accordi sugli appalti.

6 Legislazione

Il 24 maggio 2023 il Consiglio federale ha adottato un progetto di **revisione parziale della legge sui cartelli**, con relativo messaggio (23.047). Questo progetto è inteso a migliorare l'efficacia della legge sui cartelli (aggiornamento dei controlli delle concentrazioni, rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli e miglioramento della procedura di opposizione) e a ottemperare alle richieste formulate in tre interventi parlamentari. L'11 giugno 2024 il Consiglio degli Stati ha approvato la revisione con alcune modifiche e integrazioni. Nell'autunno 2024 la competente Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale ha iniziato la deliberazione. Per quanto concerne l'Amministrazione, la revisione è di competenza della Segreteria generale del DEFR e della SECO, con la collaborazione della Segreteria della COMCO.

La **riforma delle autorità in materia di concorrenza** (riforma istituzionale) è avviata parallelamente alla riforma della legge sui cartelli. Il Consiglio federale intende riformare le autorità garanti della concorrenza sulla base del rapporto finale della commissione di esperti indipendenti in vista di una riforma delle autorità svizzere della concorrenza. Il 15 marzo 2024 ha incaricato il DEFR di presentare entro metà 2025 un progetto da porre in consultazione per una riforma.

Qui di seguito sono elencati altri **interventi parlamentari** inerenti alla legge sui cartelli e alla legge sul mercato interno:

- le **mozioni** 16.4094 **Fournier**, del 15 dicembre 2016, «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», 18.4282 **Français,** del 13 dicembre 2018, «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo» e 21.4189 **Wicki**, del 30 settembre 2021, «Mantenere il principio inquisitorio. No all'inversione dell'onere della prova nella legge sui cartelli» vanno adempiute con la revisione parziale della LCart, che prevede disposizioni corrispondenti;
- in adempimento della **mozione** 18.3898 **Pfister**, del 27 settembre 2018, «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli», il Consiglio federale ha emanato l'Ordinanza autoveicoli, Oauto (RS 251.6), entrata in vigore il 1° gennaio 2024;
- le richieste delle **mozioni** 20.3531 **Caroni** e 20.3532 **Rieder**, dell'8 giugno 2020, «Concorrenza leale nei confronti delle imprese statali», sono state prese in considerazione dal Consiglio federale con l'inserimento, il 13 settembre 2024, di un nuovo passo nelle direttive di Corporate Governance della Confederazione con il quale intende evitare distorsioni della concorrenza tra imprese pubbliche e statali;
- la **mozione** 22.3838 **Gugger**, del 17 giugno 2022, «Protezione dall'introduzione unilaterale del modello delle agenzie nel mercato automobilistico», è stata accolta dal Consiglio nazionale;
- le **mozioni** 22.3976 **Maitre** e 22.3977 **de Quattro**, del 22 settembre 2022, «Eliminare le commissioni interbancarie per le operazioni di pagamento con le carte di debito», sono state accolte dal Consiglio nazionale;
- la **mozione** 22.4404 **Rechsteiner**, del 14 dicembre 2022, «Accelerare le procedure e aumentare la sicurezza giuridica», chiede che la durata della fase di inchiesta della Segreteria della COMCO (cioè dall'apertura del procedimento fino alla richiesta della Segreteria alla COMCO) sia limitata a un anno al massimo, con la possibilità che venga prorogata di un altro anno. L'intervento è stato accolto dal Consiglio nazionale;
- la **mozione** 22.4563 **Grossen**, del 16 dicembre 2022, «Limitare la concorrenza sleale da parte delle imprese federali», che richiede un divieto delle sovvenzioni trasversali, requisiti di trasparenza più elevati e misure di conformità rafforzate, è stata accolta dal Consiglio degli Stati;
- la **mozione** 23.3069 del **Gruppo socialista,** dell'8 marzo 2023, «Un Digital Markets Act per la Svizzera», è stata respinta;
- la **mozione** 23.3224 **Français,** del 16 marzo 2023, «Riforma istituzionale della Commissione della concorrenza», auspica un riesame della struttura, dei privilegi e dei mezzi della COMCO, anche per garantire una separazione funzionale dei suoi ruoli di accusatrice e giudice. L'intervento viene discusso dal Consiglio degli Stati (Camera prioritaria);
- la **mozione** 23.3487 **Romano**, del 12 aprile 2023, «Caso Credit Suisse. Esaminare tutte le possibili misure per tutelare i posti di lavoro in Svizzera», è stata tolta dal ruolo.
- la **mozione** 24.3262 **Kamerzin**, del 14 marzo 2024, «Appalti pubblici. Porre fine alle disparità tra gli appalti pubblici cantonali/comunali e federali per quanto riguarda le regole per la protezione dei lavoratori», è stata ritirata.
- la **mozione** 24.3627 **Pfister**, del 13 giugno 2024, «Ripristinare la protezione della concorrenza e dei consumatori nel commercio di autoveicoli. Eliminare un ostacolo al commercio di veicoli elettrici», chiede di assicurare la prestazione della garanzia del costruttore per le importazioni parallele o dirette di autoveicoli, indipendentemente dal canale di distribuzione. La mozione non è stata ancora discussa dalle Camere;
- la **mozione** 24.4590 **Rüegsegger,** del 20 dicembre 2024, «Risolvere i problemi strutturali della concorrenza grazie all'introduzione di indagini settoriali», chiede l'integrazione nella legge sui cartelli di uno strumento che consente di analizzare i problemi strutturali della concorrenza in determinati settori anche in assenza di un sospetto fondato di violazione del dirit-

to della concorrenza. La mozione non è stata ancora discussa dalle Camere;

- gli **interventi** seguenti non sono ancora trattati: le **interpellanze** 22.3707 **Estermann**, del 16 giugno 2022 («Correttivi necessari nel sistema sanitario?) (4)», 23.3469 **Gigon**, dell'11 aprile 2023 («Credit Suisse/UBS, nuova maxi banca. Come adattare la nostra legislazione per tutelare la concorrenza?»), 23.4299 **Addor**, del 29 settembre 2023 («Fusione UBS-CS. E la COMCO?»), 23.4513 **Gugger,** del 22 dicembre 2023 («Big Tech: abuso del potere di mercato nei confronti delle PMI e degli ospedali») e 23.4416 **Maitre,** del 20 dicembre 2023 («Commissioni per le carte di debito troppo elevate per i piccoli commercianti. Procedura presso la Comco»), 24.3311 **Pfister**, del 15 marzo 2024 «Mozione 18.3898, 'Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli'. Come e quando il Consiglio federale affronterà i punti in sospeso della mozione?»), 24.3292 **Amoos**, del 15 marzo 2024 («Trasparenza riguardo alle spese e commissioni per le transazioni effettuate con carte di pagamento»), 24.3794 **Amoos,** del 14 giugno 2024 («Trasparenza riguardo alle spese e alle commissioni delle transazioni effettuate senza contanti») e 24.4049 **Regazzi**, del 26 settembre 2024 («Acquisizioni della Posta. Il Consiglio federale rispetta le decisioni del Parlamento?»), come pure il postulato 23.3444 **CET-N**, del 4 aprile 2023 («Fusione UBS e CS. Valutazione dell'importanza dal profilo del diritto della concorrenza e dell'economia nazionale»).

7 Statistica

I dati statistici forniscono una veduta d'insieme delle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2024:

	2024	2023	2022
Inchieste			
Nel corso dell'anno	24	25	19
riprese dall'anno precedente	21	18	16
avviate nell'anno in rassegna	1	7	3
nuove inchieste per suddivisione di inchieste precedenti	0	0	0
Decisioni finali	7	2	1
conciliazioni	3	0	1
decisioni dell'autorità	3	1	1
sanzioni (art. 49a cpv. 1 LCart)	2	2	1
decisioni parziali	0	0	0
Decisioni di procedura	5	2	1
Altre decisioni (pubblicazione, costi, consultazione atti ecc.)	1	3	1
Misure cautelari	0	0	0
Procedimenti sanzionatori (art. 50 segg. LCart)			1
Inchieste preliminari			
Nel corso dell'anno	11	17	14
riprese dall'anno precedente	10	10	8
avviate nell'anno in rassegna	1	7	6
Concluse	5	8	5
con apertura di inchiesta	0	3	0
con correttivi alle attività aziendali	4	3	4
senza seguito	1	2	1
Altre attività			
Annunci (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart)	2	2	5
Consulenze	24	29	14
Osservazioni del mercato concluse	50	48	52
Domande LTras	16	18	22
Altre richieste evase	513	500	511
Concentrazioni			
Annunci	43	33	49
Esami preliminari terminati senza obiezioni	43	32	49
Esami	1	2	0
Decisioni della COMCO successive all'esame	1	0	0
Divieti	1	0	0

Autorizzazioni vincolate a condizioni/oneri	0	0	0
Autorizzazioni senza riserve	0	0	0
Esecuzioni anticipate	0	0	0
Procedure di ricorso			
Ricorsi interposti davanti al TAF e al TF (totale: vedi nota 2)	27 (59)	31 (67)	35 (88)
Sentenze del TAF	5 (7)	11 (16)	6 (31)
conferme di decisioni delle autorità in materia di concorrenza	5 (7)	9 (14)	4 (10)
conferme parziali di decisioni	0 (0)	2 (2)	2 (6)
decisioni respinte	0 (0)	0 (0)	0 (3)
Sentenze del TF	6 (6)	1 (1)	5 (7)
conferme di decisioni delle autorità in materia di concorrenza	5 (5)	1 (1)	4 (4)
conferme parziali di decisioni	0 (0)	0	1 (2)
decisioni respinte	1 (1)	0	0 (1)
Pendenti a fine anno (davanti a TAF e TF)	21 (53)	24 (56)	29 (69)
Pareri, raccomandazioni, preavvisi ecc.			
Pareri (art. 15 LCart)	1	0	1
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	1	0	0
Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPr oppure 11a LTC)	0	0	0
Controlli a posteriori	0	0	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	0	1
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	338	318	327
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	16	13	14
Esami di sovvenzioni/sussidi	0	0	0
LMI			
Raccomandazioni/indagini (art. 8 LMI)	0	0	0
Perizie (art. 10 LMI)	3	2	1
Osservazioni del mercato/consulenze/altre richieste evase	48	52	62
Ricorsi (art. 9 cpv. 2bis LMI)	2	0	3

Dalla statistica relativa al 2024 e dal confronto con i dati del 2023 e del 2022 emerge quanto segue:

- Inchieste: quest'anno la COMCO ha avviato 1 inchiesta e ne ha concluse 7;
- Inchieste preliminari e osservazioni del mercato: il numero delle inchieste preliminari e delle osservazioni del mercato è simile a quello degli anni precedenti, precisando tuttavia che negli ultimi 10 anni circa sono state svolte meno inchieste preliminari;
- Concentrazioni: il numero di concentrazioni segnalate rimane alto. La COMCO ne ha valutate 43;
- Procedure di ricorso[2]: anche quest'anno i tribunali, in particolare il TAF, hanno emanato un nutrito numero di sentenze. Le decisioni della COMCO sono state in larga parte confermate;
- Pareri, raccomandazioni e preavvisi: i pareri (a prescindere dal settore LMI) e le raccomandazioni sono tuttora piuttosto rari. Tuttavia, le autorità in materia di concorrenza hanno continuato a svolgere un'intensa attività in ambito normativo, tant'è vero che hanno investito molte risorse nell'analisi di progetti di leggi e ordinanze;
- LMI: anche nel 2024 il numero di consulenze e osservazioni del mercato si è mantenuto a livelli elevati.

8 Tema speciale del 2024: Comuni e Cantoni garanti della concorrenza

La produttività e la crescita di un'economia dipendono da varie condizioni quadro di politica economica. In questa griglia, la concorrenza è uno dei fattori più importanti, basti pensare che quando i mercati sono perfettamente concorrenziali e funzionano bene, l'allocazione delle risorse è efficiente e il benessere è massimizzato. In caso contrario, lo Stato può essere giustificato a intervenire opportunamente nel sistema economico e può farlo sia indirettamente, agendo come autorità di regolamentazione o cercando di influenzare il comportamento dei consumatori, sia direttamente nella sua veste di operatore del mercato.

[2] Le decisioni della COMCO riguardano solitamente più di una parte. Tuttavia, se le decisioni sono impugnate, le procedure di ricorso sono individuali, e i tribunali trattano di norma ogni ricorso singolarmente. Perciò per un'unica decisione della COMCO i tribunali possono emettere diverse sentenze. Queste ultime, pur essendo a volte molto simili sotto il profilo materiale, possono riguardare anche aspetti specifici. Di conseguenza, a partire dal 2021, oltre a conteggiare le procedure parallele come se si trattasse di un singolo ricorso contro una decisione della COMCO, viene indicato tra parentesi anche il numero totale di tutti ricorsi considerati singolarmente, compresi quelli evasi nel quadro di procedure parallele. Lo stesso vale per la statistica relativa ai tribunali: le sentenze vengono conteggiate sia relativamente a una sola decisione della COMCO, e indipendentemente dal numero di procedure parallele, sia (numero tra parentesi) come esito di singole procedure di ricorso.

In tutti questi casi, l'azione dello Stato non deve distorcere la concorrenza, a meno che la salvaguardia di interessi pubblici preponderanti non lo richieda. Per riuscirci, lo Stato agisce nel rispetto in particolare del principio della neutralità competitiva, a significare che l'azione dello Stato non deve concedere alcun vantaggio o svantaggio concorrenziale ingiustificato agli attori che operano sul mercato. L'OCSE lo ha spiegato chiaramente nelle sue raccomandazioni del 2021 e nel suo manuale pubblicato il 25 settembre 2024.

In Svizzera, il principio della neutralità competitiva si applica alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni. Poiché la Confederazione ha adottato principi guida in questo ambito, il presente contributo è focalizzato sul ruolo prioritario e sul contributo decisivo dei Cantoni e dei Comuni (di seguito denominati lo Stato) nel migliorare il contesto competitivo sia attraverso le normative (8.1), le misure di sostegno pubblico (8.2), la delega di compiti di servizio pubblico (8.3), le autorizzazioni o il rilascio di concessioni (8.4) e i bandi di concorso (8.5 e 8.6).

8.1 Regolamentazioni neutrali

Il contesto normativo emanato dallo Stato dovrebbe essere **neutrale sotto il profilo concorrenziale** e, in linea generale, andrebbe applicato con uguale rigore e trasparenza a tutti gli operatori del mercato. A ben guardare, tutti i partecipanti al mercato, attuali o potenziali, dovrebbero beneficiare di un trattamento uniforme, non solo rispetto al quadro giuridico, ma anche alla sua applicazione.

Un'eccezione a questo principio può rivelarsi necessaria in alcuni casi per raggiungere obiettivi politici che non potrebbero essere centrati altrimenti. Lo stesso vale quando lo Stato autorizza un'azienda pubblica a offrire i suoi servizi al di là del monopolio che le è stato concesso. In questi casi, qualsiasi **eccezione** al principio di una regolamentazione neutrale deve essere trasparente, proporzionale, giustificata da obiettivi politici chiaramente definiti e applicata in modo restrittivo. Quando le eccezioni vengono adottate con trasparenza e sono conosciute dal pubblico si apre un dibattito sui meriti di queste eccezioni, sulle eventuali obiezioni e sulle proposte alternative.

Poniamo ad **esempio** il caso di un'ordinanza cantonale che specifica quale software di analisi salariale per la parità di genere deve essere utilizzato quando un'azienda decide di partecipare a una gara d'appalto pubblico. Con questo modus operandi, il Cantone avvantaggia il produttore di questo specifico software a detrimento dei suoi concorrenti, creando così una potenziale distorsione della concorrenza. Si può anche ipotizzare il caso di una legislazione cantonale o comunale che subordina l'autorizzazione a esercitare una data professione all'obbligo di eleggere il domicilio nel rispettivo cantone o comune.

8.2 Misure di sostegno equilibrate

A volte lo Stato decide di intervenire sul mercato concedendo aiuti che possono assumere forme diverse, come sovvenzioni, prestiti, garanzie e iniezioni di capitale/investimenti. Al fine di distorcere il meno possibile la concorrenza, le misure di sostegno statale devono identificare e rivelare l'obiettivo di politica pubblica specifico da raggiungere e lo strumento con cui possono potenzialmente conseguirlo. Del pari, le autorità sono tenute a spiegare in che modo e in che misura il sostegno dello Stato concorre a realizzare l'obiettivo di politica pubblica perseguito.

Le misure di sostegno pubblico vanno debitamente valutate per stabilire se sono concesse in linea con i principi del mercato. La valutazione in oggetto deve accertare se un'azienda sta beneficiando di un vantaggio, ossia di condizioni più favorevoli rispetto a quelle offerte in una transazione di mercato (disparità di trattamento). Se così fosse, il passo successivo sarà analizzare se il vantaggio in parola è selettivo ed esaminare le distorsioni della concorrenza create dalla misura interessata.

Prendiamo a **titolo esemplificativo** le garanzie statali concesse da alcuni Cantoni alla loro banca cantonale, le sovvenzioni cantonali accordate per organizzare campi sciistici alle scuole che impiegano maestri di sci in possesso di un diploma specifico, oppure ancora la distribuzione dei fondi della lotteria nazionale da parte degli enti cantonali.

8.3 Delega di compiti di servizio pubblico

Quando lo Stato interviene delegando alcuni compiti di servizio pubblico, deve **identificare, in modo trasparente e specifico**, qualsiasi mandato conferito a un'azienda. Una definizione chiara dei servizi coperti da questo mandato di delega dei compiti di servizio pubblico aiuta i potenziali fornitori concorrenti a valutare l'analisi della redditività e, se del caso, a presentare un'offerta per la fornitura di questi servizi. A loro volta, le offerte valide contribuiscono a selezionare il fornitore di servizio pubblico più congeniale e a mantenere al minimo la compensazione necessaria. Peraltro, anche le decisioni sulle compensazioni degli obblighi di servizio sono un aspetto di cruciale importanza per mantenere condizioni di concorrenza eque. Quando a un'azienda viene imposto un obbligo di servizio pubblico occorre adottare opportune misure per evitare sia la sovracompensazione sia la sottocompensazione, in modo da non avvantaggiare o danneggiare iniquamente un concorrente.

Pensiamo **ad esempio** alla creazione di imprese che vengono incaricate di svolgere compiti di autorità pubblica, consentendo loro di esercitare parallelamente attività correlate sul mercato privato, in concorrenza con altre società, come le assicurazioni di stabili in alcuni Cantoni o il caso specifico di un'azienda costituita in virtù di un concordato intercantonale nel settore degli impianti a fune, senza dimenticare gli uffici del turismo delle principali località di villeggiatura, che svolgono un ruolo importante come punti di ingresso per numerose richieste di turisti che cercano informazioni specifiche sugli alberghi o sui servizi inerenti agli sport invernali. Poiché gli uffici del turismo lavorano spesso a stretto contatto con gli impianti a fune o di risalita locali e con alcune scuole di sci particolari, è importante che tutti i partner siano trattati in modo equo e non discriminatorio, specialmente in ordine all'affitto di terreni o locali o quando gli uffici del turismo fanno pubblicità ai fornitori di servizi della regione.

8.4 Libero accesso al mercato

Le autorità ricoprono un ruolo di primaria importanza nella concessione dell'accesso al mercato. La sua limitazione, e di riflesso anche del numero di imprese presenti su un mercato, si traduce inevitabilmente in una minore concorrenza. La legge sul mercato interno è quindi intesa a rafforzare la concorrenza entro i confini nazionali e in questo disegno prevede la concessione dell'accesso al mercato intercantonale secondo il **principio del luogo d'origine** (cosiddetto principio «Cassis de Dijon»). Le persone che esercitano legalmente un'attività lucrativa in un Cantone possono in linea di principio svolgerla anche in un altro Cantone. Laddove sono richieste autorizzazioni cantonali, l'esperienza della COMCO insegna che numerose autorità cantonali osservano le disposizioni statuite dalla LMI. In proposito è inoltre fondamentale che in un Cantone diverso le autorizzazioni siano rilasciate in tempi brevi e gratuitamente.

A titolo **esemplificativo** si possono citare le situazioni che si osservano nel settore sanitario, come le attività intercantonali delle organizzazioni Spitex o delle ostetriche (cfr. 4.2). In linea generale, un'ostetrica che ha ottenuto un'autorizzazione all'esercizio della professione nel Cantone di Sciaffusa ha il diritto di lavorare come ostetrica in tutta la Svizzera. Lo stesso vale per un'organizzazione Spitex, autorizzata ad esempio nel Cantone di Vaud.

8.5 Concorsi pubblici senza discriminazioni

L'ente pubblico (Confederazione, Cantoni, Comuni) acquista ogni anno edifici, beni e servizi per oltre 40 miliardi di franchi. Se li compra in uno scenario di imprese che si contendono gli ordinativi, si crea una reale situazione di concorrenza e l'ente pubblico effettua i suoi acquisti a condizioni vantaggiose. I bandi di concorso pubblici assicurano anche che tutti i fornitori interessati abbiano accesso ai mercati di approvvigionamento. Anche per questo le disposizioni di legge per l'attribuzione di commesse e la legge sul mercato interno prevedono un **divieto di discriminazione** degli offerenti per le commesse pubbliche cantonali. Ad esempio, il requisito che impone a un'azienda di avere la sede in un determinato Cantone non è giustificabile ed è vietato dalla legge sul mercato interno.

Stando all'esperienza della COMCO, i committenti cantonali tengono ampiamente conto di queste disposizioni. In alcuni casi si può osservare che i servizi di aggiudicazione cercano di indirizzare una commessa verso un determinato offerente o uno specifico prodotto. Queste misure nuocciono alla concorrenza nella procedura di aggiudicazione e possono comportare l'esclusione di altri fornitori, il che sotto il profilo giuridico configurerebbe una discriminazione. È confortante sapere che nelle procedure di aggiudicazione cantonali i fenomeni di discriminazione legati al luogo d'origine nei confronti di offerenti di altri Cantoni si verificano di rado.

Inoltre, per il trasferimento a privati di **attività rientranti in monopoli** o di diritti di utilizzo limitatamente disponibili, ad esempio nel caso di alcune concessioni, la legge sul mercato interno prevede lo svolgimento non discri

inatorio di concorsi pubblici, il che consente un'assegnazione equa dei suddetti diritti a tutti i possibili interessati (si veda al punto 4.2 la locazione di **aziende di gastronomia**). I privilegi tradizionali – illimitati nel tempo e senza procedura di aggiudicazione – come quelli talora consueti nel settore degli spazzacamini, dei tassisti o dei servizi di rimorchio e soccorso, stanno diventando sempre più rari grazie anche ai cambiamenti di prassi cantonali.

8.6 Prevenzione degli accordi sugli appalti

Se gli offerenti si accordano tra loro sul prezzo dell'offerta che intendono presentare e su chi si dovrebbe aggiudicare una commessa pubblica o privata, concludono accordi sugli appalti che sono illegali ai sensi della legge sui cartelli. Gli accordi predetti aumentano i prezzi in media del 45 %, favoriscono il mantenimento di strutture di mercato inefficienti e inibiscono l'innovazione. Sullo sfondo del notevole volume di acquisti menzionato in precedenza, il potenziale nocivo insito negli accordi sugli appalti appare ancora più evidente. Essi gravano quindi sull'economia e sul settore pubblico e hanno un impatto negativo sulla pressione fiscale della popolazione.

Negli ultimi anni la COMCO ha scoperto accordi sugli appalti in circa 2'000 progetti di costruzione. Oltre a perseguire gli accordi nell'ambito di procedure antitrust, la COMCO ha sviluppato e messo a punto uno strumento di rilevazione statistica e sensibilizzato i committenti. La sensibilizzazione è intesa a riconoscere e prevenire gli accordi sugli appalti, in quanto la prevenzione è più efficace e meno dispendiosa in termini di risorse rispetto a un intervento ai sensi del diritto sui cartelli. Committenti informati e formati forniscono un contributo prezioso alla lotta agli accordi sugli appalti.

Dato che gli accordi sugli appalti scoperti dalla COMCO riguardavano **perlopiù commesse cantonali e comunali**, i Cantoni e i Comuni sono chiamati a svolgere un ruolo decisivo. Gli accordi sugli appalti non solo sono identificabili, ma si possono anche prevenire con una buona preparazione dei bandi di concorso:

- la **conoscenza** dei beni, dei servizi e degli edifici da acquistare, così come degli attuali fornitori e delle caratteristiche del mercato, aiuta non solo a ottenere l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche a evitare accordi sugli appalti. Questa conoscenza consente ai committenti di valutare il rischio di accordi sugli appalti e di impostare i loro bandi pubblici in linea con i mercati e il rischio di accordi;
- in proposito è altresì importante **sensibilizzare** gli acquirenti e condividere esperienze e indizi tra i committenti della propria unità amministrativa e di altre unità amministrative;
- anche la migliore preparazione e sensibilizzazione non protegge completamente dagli accordi sugli appalti. Ecco perché è di cruciale importanza **riconoscere** i segnali di tali accordi, approfondirne gli indizi e **comunicarli** alla COMCO in virtù dell'obbligo di comunicazione ai sensi del diritto sugli appalti pubblici. A tale scopo, la COMCO mette a disposizione un foglio informativo e funge da interfaccia per eventuali domande.

Cantoni e Comuni informati sono essenziali per combattere gli accordi sugli appalti. I loro sforzi hanno un effetto preventivo e sono paradigmatici per creare e preservare una concorrenza efficace nel settore degli appalti pubblici.

8.7 In sintesi

Lo Stato è un attore economico importante. Svolge un ruolo fondamentale nell'assicurare che i mercati rimangano competitivi. Per riuscirci, deve agire in modo che le imprese possano competere solo grazie ai rispettivi meriti. Così facendo, lo Stato permette ai consumatori e all'economia di beneficiare dei vantaggi della concorrenza attraverso un aumento del benessere, della produttività e della crescita economica, moltiplicando del pari le opportunità commerciali e l'occupazione.

Assicurando che tutte le imprese si misurino ad armi pari sul mercato, adottando regolamenti neutrali sotto il profilo concorrenziale e rispettando la neutralità competitiva quando vara misure di sostegno pubblico, delega compiti di servizio pubblico, autorizza e rilascia concessioni e indice gare d'appalto pubbliche, lo Stato contribuisce a mantenere prezzi competitivi, ad ampliare la scelta e a migliorare la qualità dei beni e dei servizi offerti alla popolazione svizzera.

9 Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria

Commissione:

- Baudenbacher Laura Melusine, presidente, avvocata (partner) in uno studio legale svizzero con uffici a Zurigo, Bruxelles, Oslo
- Wüthrich-Meyer Danièle, vicepresidente, già giudice presso il tribunale d'appello del Cantone di Berna
- Letina Igor, vicepresidente, professore straordinario di microeconomia all'Università di Berna
- Bettschart-Narbel Florence, membro, avvocata, già responsabile delle questioni politiche e giuridiche in seno alla segreteria centrale della Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, membro, professore di diritto pubblico e diritto dell'economia presso la facoltà di diritto dell'Università di Lucerna
- Huber Mikael, membro, caposettore finanze e politica fiscale, digitalizzazione e commercio presso l'Unione svizzera delle arti e mestieri (usam)
- Këllezi Pranvera, membro, avvocata indipendente attiva nel Cantone di Ginevra
- Martinez Isabel, membro, economista (docente) al Centro di ricerche congiunturali del Politecnico federale di Zurigo (KOF), già segretaria centrale dell'Unione sindacale svizzera (USS)
- Minsch Rudolf, membro, vicepresidente della direzione di economiesuisse
- Mühlheußer Gerd, membro, professore di economia e microeconomia industriale all'Università di Amburgo
- Nicoli Mauro, membro, avvocato (partner) presso uno studio legale svizzero
- Rufer Martin, membro, direttore dell'Unione svizzera dei contadini (USC)

Relazioni d'interesse: www.weko.admin.ch → La COMCO → Commissione → Membri.

Segreteria della COMCO:

- Ducrey Patrik, direttore
- Stüssi Frank, direttore sostituto, costruzione
- Graber Cardinaux Andrea, vicedirettrice, industria e produzione
- Schaller Olivier, vicedirettore, servizi
- Söhner-Bührer Carole, vicedirettrice, infrastruttura

A 1.	**4. Annual Report 2024 of the Competition Commission**

Table of Contents

1	**Overview of 2024**	**57**
2	**About ComCo and the Secretariat**	**57**
3	**Key decisions in 2024**	**58**
3.1	Decisions taken by ComCo	58
3.2	Court judgments	59
4	**Activities**	**60**
4.1	Activities in the various markets	61
4.1.1	Automotive Sector	61
4.1.2	Construction industry	61
4.1.3	Retail trade and consumer goods industry	61
4.1.4	Digitalisation	61
4.1.5	Energy	62
4.1.6	Financial markets	62
4.1.7	Healthcare	63
4.1.8	Agriculture	63
4.1.9	Media	63
4.1.10	Postal services	64
4.1.11	Sport	64
4.1.12	Telecommunications	64
4.1.13	Environment	64
4.1.14	Transport	64
4.1.15	Other activities	64
a.	Relative market power	64
b.	Vertical agreements	65
c.	Sustainability	65
d.	Investigations	66
4.2	Internal market	66
5	**International Affairs**	**66**
6	**Legislation**	**67**
7	**Statistics**	**68**
8	**Special topic for 2024: Communes and cantons as guarantors of competition**	**70**
8.1	A neutral regulatory framework	70
8.2	Balanced support measures	70
8.3	Public sector contract awards	70
8.4	Free market access	70
8.5	Non-discriminatory procurement procedures	71
8.6	Prevention of bid-rigging agreements	71
8.7	Conclusion	71
9	Annex: Members of the Commission a72 the Executive Management of the Secretariat	29

1 Overview of 2024

In 2024, the Competition Commission (ComCo) issued its first decisions relating to the new legal provision on **relative market power**. This provision has its origin in the Fair Prices Initiative and is intended to counteract Switzerland's position as a high-price island in the centre of Europe. The deluge of reports of price abuses that had been predicted in Parliament did not materialise. Nevertheless, ComCo was able to make its first leading decisions.

At the start of the year, ComCo prohibited the takeover of the **Quickmail Group** by **Swiss Post**. The proposed merger would have eliminated effective competition in at least one market, while there was also a competition-friendly alternative to a takeover by Swiss Post. Shortly after ComCo's decision, Planzer took over the Quickmail Group.

ComCo has been grappling with the issue of debit and credit card fees for a number of years. This year, it dealt with the debit card **interchange fee** for face-to-face business in Switzerland. The card issuer (usually a bank) receives this fee when its cards are used. ComCo reached an agreement with Mastercard on a lower fee level and is continuing to investigate the level of Visa's fees.

In the canton of Bern, ComCo concluded the last of three investigations in the building materials sector. For years, the largest **gravel and landfill pit** in the Bern area and seven of its shareholders protected themselves from competition and obstructed competitors in the gravel and landfill sector. For example, the shareholders benefited from significantly lower gravel prices than their competitors and enjoyed subsidised transport costs. The decision, running to some 700 pages, testifies to the extent of the unlawful scheming, not to mention the extensive investigations that ComCo conducted.

Combating **bid-rigging** has been one of ComCo's priorities for around 20 years. This year, it once again issued decisions on unlawful agreements in the procurement sector, and three further cases regarding possible bid-rigging agreements are under way. The **cantons and communes** play an essential role in preventing bid-rigging and promoting effective competition in various economic sectors. This issue is the special topic of this year's annual report.

The following statistics give an indication of the numerous **activities** carried out by ComCo and its Secretariat: in 2024 they conducted 24 *investigations*, 11 *preliminary investigations* and 50 *market monitoring procedures*, dealt with 43 *mergers* and drafted *opinions* in around 350 official consultations and consultation procedures.

The **Federal Supreme Court** (FSC) and the **Federal Administrative Court (FAC**) issued several judgments on appeals against ComCo decisions in 2024. In most cases, the courts largely uphold ComCo's decisions, evidence that it conducts its proceedings correctly, fully respects the rights of the parties and exercises sound judgement when setting fines.

2 About ComCo and the Secretariat

ComCo and its Secretariat combat price fixing and market foreclosures, open up markets and strengthen the internal market. They regularly comment on draft legislation and point out economic and competition-related problems in their opinions. **ComCo** (the decision-making body) is what is known in Switzerland as a 'militia' authority.[1] It comprises 12 members elected by the Federal Council, the majority of whom are independent experts – law and economics professors and practising lawyers. The remaining seats are held by representatives of the major business associations and consumer organisations (a list of the members is provided in the Annex). ComCo meets every two to four weeks and makes important decisions in response to proposals made by the Secretariat, including decisions on fines. It held 13 full and half-day plenary sessions in 2024.

ComCo has a full-time **Secretariat** (the investigating body). This conducts competition-related proceedings, drafts ComCo's decisions and is the contact point for businesses, members of the public and authorities for all matters relating to competition law. The Secretariat comprises four divisions, each of which is responsible for a specific area of the economy. The Secretariat also includes an Internal Market unit and a resources service. The members of its Executive Management are listed in the Annex. At the end of 2024, the Secretariat employed 71 (2023: 73) persons (excluding interns), the majority of whom were lawyers and economists and 40.8 per cent of whom were women (2023: 38.3 per cent). These 71 employees work either part-time or full-time, occupying a total of 61.1 (2023: 62.6) full-time equivalents. Fifty-three employees are responsible for the application of the Cartel Act (Cart A) and Internal Market Act (including the Executive Management) (2023: 55), corresponding to 46.9 full-time equivalents (2023: 48.4). Eighteen (2023: 18) employees work for the resources service, providing support for all the work that the authority does; this corresponds to 14.2 full-time equivalents (2023: 14.2; these employees also work for the Federal Office for Housing and the Federal Office for National Economic Supply). The Secretariat also offered four (2023: 4) full-time positions for interns.

Prof. Clémence Grisel Rapin (University of Fribourg) stepped down as a member at the end of February 2024. The Federal Council did not replace her, as it had temporarily increased the number of ComCo members to 13 with the election of Mauro Nicoli as a representative of Italian-speaking Switzerland in mid-December 2023.

[1] Switzerland operates a 'militia' system of institutionalised public service on a part-time basis.

3 Key decisions in 2024

3.1 Decisions taken by ComCo

The French publishing group **Madrigall** refuses to allow the Swiss **bookseller Payot** to purchase its books on the terms customary in France. With around 15 publishing houses, Madrigall is one of the largest publishing groups in France and publishes numerous award-winning authors and bestsellers. Swiss booksellers purchase Madrigall books through the official Swiss distribution channel. Payot, one of the leading booksellers in French-speaking Switzerland, imports Madrigall's books directly from France, but is charged significantly higher purchase prices than those customary in France. Payot has no adequate and reasonable alternative sources of supply, and not selling Madrigall books is not a realistic option. Payot is therefore dependent on Madrigall. Against this background, ComCo considers the wholesale prices that Payot is charged to be excessive. Its decision of *23 September 2024*, which is based on the new provisions on relative market power (see 4.1.15 a.), requires Madrigall to allow Payot to import directly on the terms customary in France. Madrigall has filed an appeal against this decision with the FAC.

ComCo investigated whether **Novartis** has been trying to protect one of its dermatological drugs by unlawful means. Novartis had filed various lawsuits alleging infringement of one of its patents. Comco had to examine whether this was a so-called blocking patent which restricted the production, sale or technical development of the drug in the market in violation of competition law. The investigations showed that Novartis exercised its patent rights within the usual framework and acted in compliance with competition law. ComCo therefore closed the investigation on *7 October 2024* without any consequences. In this investigation, ComCo worked with the European Commission, a collaboration based on the bilateral agreement between the European Union and Switzerland on competition law, which has been in place since 2014. The European Commission reached the same conclusions in its proceedings. The decision is final.

Swisscom Directories was the publisher of the printed telephone directory in Switzerland for decades. It also operates the online telephone directories local.ch and search.ch. In 2019, it introduced the 'Swiss List' product and fundamentally changed the previous listing options for businesses on local.ch and search.ch. Products were only offered in bundles and prices were increased. Numerous businesses and one of Swisscom Directories' competitors complained to ComCo, whose investigation revealed that the customers concerned have switched to comparable address directory services provided by Google and Bing, and that entries on local.ch and search.ch have lost much of their importance. This means that there is competition now, albeit after a delay. Swisscom Directories no longer dominates the market in this sector. Consequently, there is no longer any need for ComCo to intervene and it closed its investigation on *24 June 2024*. The decision is not yet legally binding because an appeal has been filed.

Galexis purchases pharmaceutical and healthcare products from domestic and foreign companies and sells them in Switzerland. It procures medical nutrition from various manufacturers including **Fresenius Kabi**, which refuses to allow Galexis to purchase these products abroad. ComCo examined whether Fresenius Kabi has relative market power in relation to Galexis, concluding that this is not the case. Even if it were, Fresenius Kabi would probably not have been found to have behaved unlawfully, because foreign prices and conditions are at best only slightly better than in Switzerland. ComCo closed the investigation on *24 June 2024*, thus concluding the first investigation under the new legal provision on relative market power. The decision is final.

ComCo investigated various **contracts awarded by Valais communes in the waste disposal sector.** In its decision of *10 June 2024*, it found that there had been collusion in connection with the award of two contracts. Furthermore, ComCo investigated a form of cooperation between three companies in this sector. The companies planned to set up a joint website with the aim of optimising the transport of waste. Such forms of cooperation often bring economic advantages, but in this specific case, the companies exchanged confidential information that was not related to their actual cooperation, conduct which is problematic under competition law. The companies agreed to ComCo's proposal that they avoid such conduct in future. For this reason, and considering the fact that the companies were very cooperative with the authorities and the minor nature of the infringements, three of the four companies concerned were not fined. The only sanction amounted to around CHF 100,000. The decision is final.

In its decision of *21 May 2024*, ComCo fined **Kies AG Aaretal KAGA** and its shareholders a total of CHF 5.3 million. KAGA operates the largest gravel and landfill pit in the Bern area. Its seven shareholders are also active in the gravel and/or landfill sectors. The company and its shareholders protected themselves from competition in the region where KAGA operates and obstructed competitors. The shareholders and KAGA coordinated their activities primarily via the KAGA board, on which a key person from each shareholder holds a seat. As a result, the shareholders benefited from significantly lower gravel prices than their competitors and enjoyed subsidised transport costs. They also undertook not to compete with each other, and in particular not to acquire any exploitation rights in KAGA's region and not to excavate any gravel. For a time, KAGA also made the dumping of excavated material conditional on the purchase of gravel, to the detriment of non-shareholders. These and other practices impeded competition in the gravel and landfill sector, also causing difficulties for SMEs and public sector organisations. These areas are heavily regulated, barriers to market entry are very high and competition is limited. The unlawful conduct by KAGA and its shareholders made competition even more difficult. Several companies have filed an appeal with the FAC.

In June 2023, ComCo opened two investigations to find long-term solutions for the **domestic interchange fees for Visa and Mastercard debit cards**. These are the fees that a Swiss card issuer (usually a bank) receives when its debit cards are used from the business that accepts the debit cards as a means of payment (typically a shop or restaurant, known as a 'merchant'). The inter-

change fee is one of several components of the merchant commission that the payment processor (or 'acquirer') charges the merchant for each card transaction. The acquirer then passes the interchange fee received on to the card issuer. ComCo quickly found an amicable solution with Mastercard and adopted it on *6 May 2024*. This involves a rate of 0.12% for domestic face-to-face business, combined with a cap of 30 centimes for transaction amounts of CHF 300 or more. This results in an average rate of around 0.1%, which is considerably lower than the rate of 0.2% stipulated by European regulations. In addition, the current rate of 0.31% for domestic payments on the internet and for payments made using mobile devices (e- and m-commerce) will be reduced to 0.28% from 1 November 2025. This solution only applies to Mastercard debit cards. The investigation into domestic interchange fees with Visa debit cards, which was opened at the same time, continues.

Following an *in-depth merger review*, ComCo prohibited the takeover of the **Quickmail Group** by **Swiss Post** on *15 January 2024*. The Quickmail Group with its two subsidiaries, Quickmail and Quickpac, delivers parcels, letters, unaddressed items (e.g. advertising flyers), newspapers and magazines throughout Switzerland. Swiss Post also operates in these sectors. The proposed merger would have eliminated effective competition in at least one market. Swiss Post and the Quickmail Group argued that this was a restructuring takeover. ComCo may allow this form of merger even if it adversely affects competition, provided the distortion of competition would also occur even if no merger took place (the 'failing company defence'). This would have been the case if the Quickmail Group was going to disappear from the market within a short space of time without additional financial support and, as a result, a large proportion of the Quickmail Group's customers were likely to switch to Swiss Post anyway. A further factor in allowing this form of merger is the absence of a more competition-friendly alternative. This latter condition did not apply, as ComCo was able to identify another prospective buyer. Shortly after ComCo's decision, however, Planzer took over the Quickmail Group and not the party that ComCo had identified.

3.2 Court judgments

On 16 November 2022, the FAC issued its judgment on nine appeals against the ComCo **Air Freight** decision of 2 December 2013. The ComCo ruling applied to 14 parties and related to routes between Switzerland and five countries outside the EU. In five cases, the FAC agreed in principle that there were unlawful price-fixing agreements: the court regarded it as proven that various airlines in the air freight sector engaged in an anti-competitive exchange concerning fuel surcharges and surcharge commissions over a long period of time. However, it reduced the fines. The FAC upheld three appeals in full and one in part. In its judgment of *24 July 2024*, the FSC dismissed Lufthansa's appeal in its entirety, while in its ruling of *26 November 2024* it rejected the United Group's appeal but reduced the sanction, as it considered that the FAC had failed to meet the requirement to expedite proceedings by taking eight years to conclude the case.

Interchange fees are fees that are paid to the card issuers (usually banks) for transactions with credit or debit cards and are borne by the businesses that accept these cards as a means of payment. At the end of June 2023, ComCo opened two investigations into domestic interchange fees with debit cards (see 3.1). Visa immediately applied for an interim ruling that, for the duration of the investigation, the arrangements on debit card interchange fees unilaterally introduced by Visa from 1 July 2023 with higher fee rates than those recommended by the ComCo Secretariat should be 'permissible'. On 25 September 2023, ComCo rejected the application for interim measures, in response to which Visa filed an appeal with the FAC. The FAC dismissed the appeal on 28 February 2024, and in turn Visa appealed to the FSC. In its ruling of *4 December 2024*, the FSC decided not to consider the appeal.

ComCo closed the **Concessionari VW** investigation on 23 May 2022. It found that seven dealers of VW brand vehicles had violated the Cartel Act in the canton of Ticino between 2006 and 2018. The dealers formed an unlawful cartel in order to sell new vehicles to private individuals and the public sector. ComCo fined the companies around CHF 44 million in total. Two dealers filed an appeal with the FAC. In its judgment of *25 November 2024*, the FAC dealt with one appeal. One dealer requested that the sanction and the procedural costs be cancelled or at least reduced, on the grounds that they were not reasonable. The FAC concluded that the conditions for a fine were met, that ComCo had set the fine and the procedural costs appropriately and correctly assessed the dealer's ability to pay. It therefore dismissed the appeal. This decision is legally binding.

On *23 April 2024*, the FSC dismissed the appeal by Swisscom and Blue Entertainment, thereby confirming the FAC judgment of 10 May 2022 and the ComCo decision from 2016 (at that time against Swisscom, Cinetrade and Teleclub) on the grounds of anti-competitive behaviour in connection with the provision of football and ice hockey broadcasts. During the period under review (2006 to 2013), CT Cinetrade AG (now Blue Entertainment AG) held numerous exclusive live broadcasting rights for **football and ice hockey matches on pay TV**, which it assigned to Teleclub. While Teleclub permitted Swisscom to broadcast all football and ice hockey matches on Swisscom TV, other TV platforms had to make do with a reduced offer on less favourable terms. Some TV platforms were not permitted to broadcast any matches at all. Since Swiss football and ice hockey programming is part of a TV broadcaster's core offering, completely denying broadcasters the right to such programming or discriminating against them by restricting their access to it constitutes unlawful behaviour.

On 19 October 2015, ComCo fined four car dealers for entering into price-fixing agreements, imposing flat-rate sanctions ranging from CHF 10,000 to CHF 320,000. These four licensed VW dealers and AMAG had agreed on a joint list of conditions (e.g. discounts) at the start of 2013 for new cars produced by the VW Group. ComCo found that the dealers had discussed the coordinated discounting policy in March 2013 at regional gatherings

of the Volkswagen Partners Association **(VPVW**). ComCo concluded the proceedings against AMAG. with an amicable settlement. Three of the four other car dealers filed appeals in the FAC, which largely confirmed ComCo's decision on 16 August 2022. One car dealer continued its appeal to the FSC, which dismissed the appeal in its entirety in a judgment dated *16 April 2024*.

ComCo conducted a total of ten investigations into bid-rigging agreements in the canton of Graubünden. Three of these cases each dealt with a large number of construction projects, while the other seven cases dealt with up to ten rigged construction projects. The investigations involve the ComCo decisions of *2 October 2017* on unlawful agreements affecting competition relating to three construction projects involving two companies **(Engadin III**) and one construction project involving three companies **(Engadin VIII**):

- **Engadin III**: Both companies appealed to the FAC. The court dismissed the appeals on 18 April 2024 and deemed the agreements to be unlawful. It confirmed the ComCo decision in principle, but did not consider competition in the three agreements to have been eliminated, but rather significantly harmed. For this reason, the court made a small reduction in the fines. The judgments are final.
- Lazzarini AG was the only company to file an appeal against the **Engadin VIII** decision in the FAC. In its judgment of *25 April 2024*, the FAC dealt primarily with sanction issues. It dismissed the appeal and confirmed its more recent case law on bid-rigging agreements. The decision is final.
- As a result, the only appeals pending before the FAC relate to the 'Graubünden construction services' cases. Five appeals are pending before the FSC regarding three FAC judgments on Engadin cases I, VI and VIII.

In 2008, Swiss Post invited bids for the construction and operation of a wide area network **(WAN**) for its post offices. Swisscom was awarded the contract. Sunrise maintained that it was dependent on intermediate inputs from Swisscom for the connection of the post offices, but because of Swisscom's high prices for these inputs, it was unable to submit a competitive offer. In 2015, ComCo came to the conclusion that Swisscom had violated the Cartel Act by abusing a dominant position. Specifically, Swisscom was accused of imposing unreasonable prices on Sunrise and Swiss Post, as well as a margin squeeze on Sunrise. ComCo imposed a fine of CHF 7.9 million for this. The FAC dismissed the main points of Swisscom's 2021 appeal, but reduced the sanction to CHF 7.5 million. The FSC then upheld Swisscom's appeal against the FAC's decision. In its judgment of *5 March 2024*, the court confirmed that Swisscom held a dominant position in the relevant markets, but found that it did not impose unreasonable prices on either Sunrise or Swiss Post. In both cases, the element of 'imposing' prices was missing. Moreover, it had not been established that the prices charged by Swisscom for these intermediate input products were at all unreasonable, let alone grossly excessive. Finally, it found that there was no abusive behaviour by Swisscom in the sense of a margin squeeze on Sunrise.

The FAC confirmed ComCo's publication practice in its judgment of *12 February 2024***.** On 4 September 2019, the ComCo Secretariat opened a preliminary investigation into the use of **data obtained in the monopoly sector** by an electricity company. In its final report of 18 August 2020, the Secretariat found that there were no indications of an unlawful restriction of competition and decided to terminate the preliminary investigation without consequences and to publish the final report. The electricity company then requested that the final report should not be published or only as a generously redacted version. ComCo had ordered the publication as it had originally intended, and this was then contested. The FAC also found, among other things, that ComCo had respected the procedural and party rights, dealt comprehensively with the company's arguments and correctly identified the business secrets. The Federal Supreme Court must now decide on this.

The Internal Market Act stipulates that a non-discriminatory bidding process must be carried out when transferring cantonal or communal monopolies. In its judgment of *5 June 2024*, the FSC held that the construction of a **trimodal port** in Basel did not require a bidding process under the Internal Market Act, in part because it was an entirely public sector transaction. The FSC also took account of the expert opinion that ComCo had submitted in the proceedings before the court of first instance. In addition, the court clarified its case law and for the first time expressly applied Article 2 paragraph 7 of the Internal Market Act to restricted, exclusive rights of use or, more particularly, closed markets. This also confirmed ComCo's practice in applying the law in recent years.

4 Activities

4.1 Activities in the various markets

The Cartel Act and the Internal Market Act apply to all markets. As a result, the activities of ComCo and the Secretariat cover various sectors. Each year, the ComCo Secretariat receives several hundred reports and enquiries from members of the public, public authorities, businesses, federations, etc. These result in an average of around 80–90 cases each year. Around 75 per cent of these are small informal market monitoring procedures, some 18 per cent are medium-sized cases ('preliminary investigations') and about 7 per cent are larger cases ('investigations').[2] **The following remarks** present the main findings from these proceedings

[2] By way of explanation: Investigation proceedings are used to assess the legality or otherwise of restrictions on competition under the law on cartels, are comprehensive in their approach and take around 2-3 years. The decision is taken by the Competition Commission. A preliminary investigation is a preparatory procedure that is largely informal, in which enquiries are made into cases that are worth investigating and which normally take around one year. Market monitoring is informal administrative action under the law on cartels which, depending on the findings that the authorities make with regard to the market in question, may result in a preliminary investigation or a formal investigation or be terminated informally. Preliminary investigations and market monitoring are carried out and concluded by the ComCo Secretariat.

and from cases in which advice was provided, opinions were submitted on national legislation or other forms of assistance were given, broken down by market sector. Information is also given on newly opened preliminary investigations and full investigations.

4.1.1 Automotive Sector

In January 2024, ComCo opened an *investigation* into **BMW**. It is investigating whether BMW persuaded a garage to invest millions but then terminated the cooperation without offering an appropriate interim solution. If BMW is found to have relative market power in relation to the garage, its behaviour may violate competition law.

Several motor vehicle suppliers in Europe are considering the introduction of an **agency model**. In September 2024, the Secretariat finalised its *preliminary investigation* into 'Y. agency agreements', creating a procedure for assessing these agency models under competition law. The Secretariat examined in particular whether the motor vehicle supplier actually bore all of the agents' essential costs and risks (a 'genuine' agency model) and therefore was entitled to set the resale prices itself. If this were not the case, there would be a risk of an unlawful price-fixing agreement, giving rise to possible sanctions. The Secretariat based its assessment on the criteria used for genuine agency models in the EU vertical guidelines and found that the requirements for genuine agency were not fully met. The Secretariat confronted the vehicle supplier with its findings, and the supplier then adapted its agency model.

The Secretariat carried out four *market-monitoring procedures* in connection with suspicions of territorially restrictive agreements in the sale of motor vehicles. Unsolicited orders for vehicles placed by end consumers from Switzerland in other European countries had been rejected by foreign dealers, who cited their **distribution agreements** with certain vehicle manufacturers in explanation. The Secretariat's investigations revealed that the distribution agreements did not contain any relevant clauses and that the explanations given by the foreign dealers were based on misunderstandings. On the recommendation of the Secretariat, the motor vehicle manufacturers concerned sent circulars to their sales partners clarifying that unsolicited orders from customers in Switzerland may be accepted without restriction. One manufacturer also carried out internal audits and adapted its IT processes. In a fifth market-monitoring procedure concerning a possible absolute territorial protection agreement in relation to the distribution of motor vehicles, the Secretariat's investigations revealed that the motor vehicle supplier distributed its vehicles exclusively through group companies, which meant that an agreement affecting competition was out of the question.

4.1.2 Construction industry

ComCo examined various **procurement procedures in the waste disposal sector carried out by Valais communes** and concluded its *investigation* (see 3.1).

In its decision on the *investigation* into **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)**, ComCo fined Kies AG Aaretal KAGA and its shareholders a total of CHF 5.3 million (see 3.1). ComCo thus concluded the last of three cases involving the Bern building materials industry.

4.1.3 Retail trade and consumer goods industry

ComCo analysed the takeover of the watch retailer **Bucherer** by the watch manufacturer **Rolex**, conducting an extensive market survey as part of its *preliminary assessment*. The analysis did reveal indications that the merger would create or strengthen a dominant position in the national markets, as well as in the local markets in Geneva for after-sales services for Rolex and Tudor watches. However, in May 2024, ComCo decided not to conduct an in-depth review of the proposed merger in response to commitments made by Rolex. Among other things, Rolex undertook not to change its distribution of Rolex and Tudor watches or the network of service centres, to leave spare parts deliveries to after-sales service providers unchanged and to continue with Bucherer's multi-brand sales.

In its *advisory* capacity, the Secretariat commented on a strategy to **coordinate** food **advertising campaigns** between retailers that are planned several months in advance. The aim of this coordination is to reduce food waste by avoiding a situation where several retailers advertise the same product at the same time, which might mean that not all of the procured quantity can be sold. The Secretariat came to the conclusion that the planned coordination could in principle be justified by the reduced environmental impact of causing less food waste. However, it remained unclear whether it would actually lead to a noticeable reduction in food waste. For this reason, the project was ultimately not justified. The coordination of these advertising campaigns therefore presumably constitutes an unauthorised quantity or price-fixing agreement.

4.1.4 Digitalisation

In the field of digitalisation, the ComCo Secretariat is continuing its practice of listening to Swiss companies that claim to be victims of abuse by large foreign players and of seeking contact with the latter, or even initiating proceedings against them if necessary. During the course of the year, the Secretariat was thus required to contact members of **GAFA**[3] and seek solutions with them whenever Swiss companies were affected by certain aspects of their behaviour. In particular, the Secretariat remains in contact with Google regarding the issue of 'choice screens'. It has obtained Google's agreement to provisionally maintain this option for Swiss users, thereby ensuring competition between search engines. In some cases, proceedings are ongoing.

The Secretariat also intervenes in cases not involving GAFA. Mention should be made of the *preliminary investigation* completed last year which analysed the issue of **parking apps for smartphones**. The aim of this investigation was to clarify the commercial relationship between Digitalparking, a company specialising in paid parking in Switzerland, and the Touring Club Suisse (TCS). The TCS has also developed a smartphone app that allows users to find a parking space in the area

[3] Google, Apple, Facebook and Amazon.

where they are driving and then to pay the parking fee. There are numerous parking apps on the market and TCS complained of a difference in treatment compared with competing companies. The investigation revealed that since market conditions differed from one company to another, differences in contracts were justified.

The Secretariat was also asked in the reporting year to analyse the policy for displaying offers on the **Galaxus** website, which is suspected of favouring the display of its own products. These clarifications are still in progress.

In the course of the year, the ComCo Secretariat finalised its *market-monitoring procedure* concerning the strict clauses on the equal treatment of food outlets contained in the general terms and conditions of the **Just Eat** company. There were no indications of a distortion of competition. Other competitors in the market for arranging home delivery services do not use these clauses and their impact on food outlets was estimated to be low.

Finally, the Secretariat notes that the field of digitalisation has been evolving rapidly in recent years and that many questions have been raised about the role that **artificial intelligence** will play in our society, as well as its potential impact on the economy and, in particular, on competition. In order to be able to face the new challenges posed by these technologies and, if necessary, to open competition proceedings, the Secretariat continues to monitor developments in the market closely and also maintains close contact with foreign competition authorities and participates in various conferences on this issue.

4.1.5 Energy

A feature of 2024 was once again the numerous amendments to the legislation relating to the energy industry, which led to the competition authorities providing opinions in the course of the *consultations* and *office consultation procedures*, in particular on the implementation of the **omnibus bill** passed by Parliament in autumn 2023 (revision of the Electricity Supply Act and the Energy Act). In their opinions, the competition authorities objected to new distortions of competition at secondary legislation level that favour producers of domestic renewable energies, particularly in relation to basic supply tariffs. From a competition perspective, it is unacceptable that only end consumers receiving the basic supply have to pay additional costs to subsidise domestic renewable energies by having to purchase an increased amount of electricity from these energy sources.

Electricity grid operators are entitled to a risk-adjusted return on the capital they invest. The competition authorities have been campaigning for years for a reduction in the calculated interest rate (**WACC** (weighted average cost of capital) **for electricity grids**). When the Electricity Supply Ordinance was revised, ComCo argued that the WACC for electricity grids should be reduced further than proposed by the Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC) so as to take into account the effective interest rate and the virtually non-existent risks in grid operation. The cost-plus arrangement that applies in Switzerland ensures that electricity grid operators can pass on all the costs they incur in grid operation.

The Secretariat has been campaigning for **the supervision and control of electrical installations and electrical appliances** in the Federal Inspectorate for Heavy Current Installation's area of responsibility to be outsourced from the industry association Electrosuisse to an organisation that is not commercially active in the electrical installation sector and that is independent of Electrosuisse.

In the **gas sector**, the Secretariat took part in an office consultation procedure on a draft of the Gas Supply Act. As in previous consultations, the Secretariat was particularly in favour of a completely open market in end-consumer supply as well as detailed and non-discriminatory terms for supplies from independent suppliers. From a competition perspective, it is essential that this specific law includes regulatory safeguards to ensure non-discriminatory grid access and a tariff and accounting system that is as neutral as possible. This can prevent gas network operators, as long-established suppliers, from being favoured because of their monopoly position over competitors in the natural gas supply markets. In addition, the Secretariat submitted various proposals aimed at preventing gas network operators from generating excessive income from statutory monopolies which could be used to enter new markets or improve the operators' position to the detriment of competitors in services markets that are subject to free competition.

The competition authorities also issued numerous opinions on consultations relating to **security of supply** in 2024. Some related to various draft ordinances from the Federal Office for National Economic Supply (FONES), which may be introduced in the event of an electricity shortage. The competition authorities also commented on the use of reserve power plants and emergency power generators. The key concern in this sector is to ensure technological neutrality. Businesses that are able to provide the required technology should be given the opportunity to bid to participate in the supplementary reserve.

In a case of *providing advice* in relation to supply and disposal services, the Secretariat had to answer the question of whether, in addition to the income that a commune generates by providing various services (e.g. water supply, waste disposal, admission to the local swimming pool, etc.), typically in the form of fees and charges, **tax revenues** (in particular income and profit taxes) also qualify as turnover under the Cartel Act. The Secretariat answered the question in the negative, as tax collection is a sovereign activity and therefore cannot be characterised as turnover as defined under competition law. This means that a commune's tax revenue should not be considered as turnover when threshold values in the context of mergers are calculated.

4.1.6 Financial markets

As part of an *investigation* into the domestic **interchange fees** charged for Mastercard debit cards, ComCo reached an amicable solution with Mastercard (see 3.1).

The VUCA/Visa Central Travel Account (CTA) *preliminary investigation*, which was opened following opposition proceedings, concerned **payment card fees**. Specifically, the question was whether Visa is permitted to charge an interchange fee of 1.5–2% for transactions using a certain digital and centrally stored payment product, the Visa CTA. Visa argued in particular that the product differs from conventional credit cards and is not covered by the terms of an earlier amicable settlement from 2014. Among other things, this provides for lower interchange fees. However, the Secretariat noted that comparable products (so-called 'lodged solutions') had already been successfully established on the market under the terms of that amicable settlement, a reason why it did not consider the exception requested by Visa for the CTA to be justified. Visa subsequently revised its plan and assured the Secretariat that it would comply with all the requirements of the amicable settlement for the Visa CTA. Visa also lowered the originally planned interchange fee to 0.95%. The Secretariat therefore terminated the preliminary investigation.

In a *preliminary investigation* into **salary agreements**, the Secretariat identified indications of unlawful agreements affecting competition in the labour market. It first examined whether the labour market falls within the scope of the Cartel Act. It decided that it did, but excluded agreements between employers and unions, in particular collective labour agreements and other collective labour law measures that serve to improve employment and working conditions. Consequently, however, non-solicitation agreements or agreements between businesses or employers on salaries and salary components, for example, are problematic under competition law. Despite indications of unlawful agreements affecting competition in this sense between over 200 companies in various sectors, the competition authorities decided against opening a formal investigation. Instead, the Secretariat has sought dialogue with employers and unions, authorities and other interested parties in order to work with them to develop best practices in the labour market that comply with competition law. The competition authorities are convinced that this will create legal certainty for the labour market and its players more quickly and efficiently.

On *21 May 2024*, FINMA concluded the *merger control proceedings* between **UBS** and **Credit** Suisse under competition law without imposing any conditions or requirements, or calling for a further review. In its opinion submitted to FINMA on 25 September 2023, ComCo examined the effects of this merger in detail and concluded that, following the merger, UBS has market power or is potentially dominant in certain markets. In its opinion, ComCo also made various recommendations aimed at Parliament and the authorities, addressing the need for action from a competition perspective following the merger between UBS and Credit Suisse. The recommendations made to various authorities primarily concern the need to continue monitoring the new market conditions in the Swiss financial sector and the need for cooperation between the relevant authorities. Following the simultaneous publication of the FINMA ruling and the ComCo opinion in mid-June 2024, the Price Supervisor placed UBS under observation and has been in constructive dialogue with the bank and the other relevant authorities ever since. However, a memorandum of understanding has not been concluded for the time being, although in ComCo's view this could have encouraged cooperation and the exchange of expertise and data between the federal authorities active in the financial market, the Price Supervisor and ComCo. Nevertheless, there will continue to be regular and close cooperation between ComCo and the Office of the Price Supervisor.

4.1.7 Healthcare

ComCo concluded the *investigation* into **Novartis** regarding claims based on one of its patents and discontinued the proceedings without consequences (see Section 3.1).

ComCo discontinued the *investigation* into the **Fresenius Kabi Group** for its refusal to supply **Galexis** AG with medical nutrition abroad (see Section 3.1).

4.1.8 Agriculture

As part of a *market-monitoring procedure*, the Secretariat examined whether a **food producer** has relative market power in relation to a processor of agricultural products and whether the food producer's decision to stop purchasing the processor's products could constitute an abuse of this position. The Secretariat concluded that there were indications of the former, but not of the latter. For example, the food producer announced the termination more than five years in advance, giving the processor sufficient opportunity to adapt its business model to the new circumstances. In addition, the food producer was able to convincingly demonstrate that there were a number of objective reasons for stopping procurement (e.g. cost savings through simplification of the food producer's processes and logistics, as well as lower prices and increased economies of scale at its other suppliers) and that competition involving the food producer will continue if it stops purchasing from one processor of agricultural products and increases procurements from the other suppliers accordingly.

4.1.9 Media

In an investigation, ComCo decided that the French publishing group **Madrigall** had abused its relative market power in relation to the Swiss bookseller Payot (cf. 3.1).

In the reporting year, the **Swiss Marketplace Group (SMG**) was the subject of numerous complaints regarding the possible abuse of its dominant position in the market. SMG has various websites such as homegate.ch, ImmoScout24, AutoScout24, tutti.ch and Ricardo and is therefore active in various markets for classified ads. Although the related *market-monitoring procedure* revealed certain indications that SMG held a strong, possibly dominant position in specific markets, the allegations of abuse could not be substantiated. Furthermore, where the complaints related exclusively to SMG's pricing policy, they were referred to the Price Supervisor, as he is responsible for such matters. However, the competition authorities are continuing to monitor online markets.

4.1.10 Postal services

Following an *in-depth merger investigation*, ComCo prohibited the takeover of the **Quickmail Group** by **Swiss Post** in January (see 3.1).

4.1.11 Sport

At the start of the year, the Secretariat continued with its *preliminary investigation* into whether the **FIFA football agent regulations** were compatible with Swiss competition law. However, due to various proceedings currently pending abroad, FIFA decided in the course of the year to provisionally suspend the implementation of certain provisions of these regulations. For this reason and for the sake of expediency, the Secretariat also suspended its preliminary investigation pending developments in proceedings abroad.

The Secretariat also received a complaint from the International Boxing Association (IBA) against the **International Olympic Committee** (IOC). According to the IBA, the IOC has abused its dominant position by withdrawing its recognition of the IBA as the international federation for boxing. This means that the national associations that are members of the IBA are not able to send boxers to participate in the 2028 Los Angeles Olympics. The Secretariat is aware of the matter and has carried out initial investigations.

4.1.12 Telecommunications

ComCo closed its *investigation* into **Swisscom Directories** with regard to options for businesses to have their details entered on local.ch and search.ch in *June 2024* (see Section 3.1).

In the course of providing *advice*, the Secretariat answered questions relating to the **transfer of ownership of a fibre optic network**. This involved a case in which Swisscom built a fibre optic network in Switzerland in cooperation with various partners. Several partners considered leaving the business and selling their part of the network to Swisscom. The Secretariat concluded that a purchase of this kind by Swisscom would qualify as a corporate merger. In addition, if there was an agreement to terminate all customer relationships and transfer them to Swisscom, then according to the consistent practice of the competition authorities, this process would be regarded as a customer takeover and therefore also as a corporate merger.

In connection with the planned **Fastweb/Vodafone Italia merger**, ComCo authorised the acquisition of the entire share capital of Vodafone Italia S.p.A. by Swisscom AG. The *preliminary review* of the proposed merger revealed indications that Swisscom already has a very strong market position in the Swiss end-consumer market for mobile services and the Swiss end-consumer market for broadband connections in the business customer sector. The merger will result in Swisscom adding to its market shares in these markets. However, these increases are so small that they are unlikely to alter competition in a way that could affect the assessment of merger plans. The Italian competition authority AGCM was responsible for assessing the impact on Italian competition conditions and also approved the proposed merger in December 2024.

4.1.13 Environment

The association RecyPac is establishing a nationwide and standardised **recycling system for plastic and beverage carton packaging**. This is a voluntary, private sector solution. In what are known as *opposition proceedings*, ComCo examined the structure and operation of the recycling system as well as its key aspects, such as the setting of a maximum price for supplying the collection bag to consumers or the right of first refusal for recycled material at market prices for RecyPac members. ComCo decided not to open proceedings, allowing Recypac to set up and operate the recycling system.

In the course of providing *advice* at the beginning of 2024, ComCo confirmed that the Cartel Act applies in full to the activities of Swiss Zinc AG. In response to this, the company appears to have taken the political route: the motion put forward by the National Council's Environment, Spatial Planning and Energy Committee on 14 May 2024 (24.3475; 'Remove the regulatory blockade on **zinc recycling**') calls for an amendment to the Waste Ordinance. ComCo has requested that the motion be rejected, as the zinc recycling market is functioning and the SwissZinc project could have been implemented in a competitive manner, taking into account the recommendations and proposals that ComCo made in the SwissZinc *preliminary investigation*. In addition, the amendment to the Waste Ordinance may lead to greater market concentration and even a monopoly in the recycling of residues from municipal waste (i.e. not just zinc recycling). Monopolisation could entail risks such as higher prices, the crowding out of other providers and a lack of incentives for innovation. Nevertheless, the Federal Council and Parliament adopted the motion this year. ComCo will do everything it can to ensure that competition in the recycling of residues from waste incineration is maximised.

4.1.14 Transport

In the spring, the Secretariat opened a *preliminary investigation* in relation to **public transport** on the basis of related opposition proceedings. The background to this was the revision of the Passenger Transport Act, which stipulates, among other things, that licensed transport companies must operate a joint infrastructure for operating their services.

4.1.15 Other activities

a. Relative market power

The new provision on relative market power came into force on 1 January 2022. They are based on the Fair Prices Initiative and are intended to stop Switzerland from being an ‘island of high-prices’. In 2024, ComCo concluded the first two investigations (see Section 3.1) and opened a further investigation into a report received in 2023 (see Section 4.1.1). On the basis of these decisions, ComCo intends to create guidelines for the application of the new statutory provision and the Secretariat will update the relative market power factsheet and report form.

The number of reports remained low. In 2024, ComCo received three (previous year: seven) completed report forms on a possible abuse of relative market power and

around five (previous year: ten) further reports and enquiries from the public with regard to relative market power, in a wide variety of sectors. Examinations were made of the dependence of a retailer on the manufacturer of a certain product, a processor of agricultural products on a food production company (see Section 4.1.8), a franchisee on its franchisor and companies on certain software products, for example.

The reports received in 2024 did not result in any investigations or preliminary investigations being opened last year, as most did not contain sufficient evidence of an abuse of relative market power that violated competition law. There were also cases where companies did not pursue their complaint after initially contacting the Secretariat or where the Secretariat referred companies to the civil courts, as the main issue was the interpretation of specific obligations arising from a contract.

In the ongoing investigation into BMW and a garage (see Section 4.1.1), the competition authorities decided that, in principle, third parties cannot participate in investigations into the abuse of relative market power. This is because such proceedings focus on the bilateral relationship between two companies, which means that third parties are not affected in their own competitive behaviour.

b. Vertical agreements

On 22 October 2024, the Secretariat concluded the *preliminary investigation* into **fire protection products**, in which it analysed the distribution system operated by a supplier of fire protection products (including fire extinguishers) and related services. The investigation revealed indications of unauthorised vertical territorial protection and price-fixing agreements. This was mainly because the distribution model consisted of elements of various distribution systems and there was no genuine agency model in which all costs and risks are borne by the supplier of the fire protection products. The Secretariat recommended that changes be made in order to dispel the competition concerns.

The Secretariat carried out 14 *market monitoring procedures*, which led to changes in behaviour. Eight of these concerned the suspected **obstruction of parallel imports** into Switzerland. The products affected included **hearing aids, telescopic handlers, bicycle parts, motorbikes, photovoltaic products and safety lighting**. On the recommendation of the Secretariat, the manufacturers concerned adapted misleading sales clauses and misleading bonus and guarantee regulations and informed their sales partners abroad by circular letter that unsolicited orders from Switzerland may be accepted without restriction. In addition, the Secretariat recommended that employees take courses in competition law. In one case, the investigations revealed that the refusal to deliver to Switzerland was actually based on an independent decision by the foreign dealer, but was justified to the customer from Switzerland as being the consequence of a territorial foreclosure agreement with manufacturers. Here too, the Secretariat recommended training employees to avoid communicative misunderstandings.

One *market-monitoring procedure* dealt with reports from several dentists that they were no longer able to purchase **medical products** more cheaply from foreign online shops, claiming that these shops would refuse orders from Switzerland on the grounds that they had been prohibited from delivering to Switzerland by various manufacturers. The Secretariat's investigations revealed that the refusal to deliver to Switzerland was based on an incorrect understanding of the relevant legislation, including the Medical Devices Ordinance. After consulting with the Federal Office of Public Health (FOPH), the Secretariat informed the market participants that dentists - and not manufacturers or online retailers - are responsible for ensuring product conformity with the law if they obtain the medical devices directly from foreign distributors for use in their practices and do not resell them.

Another *market-monitoring procedure* concerned possible territorial protection agreements by means of **geoblocking** in the **online sale of cruise tickets** from abroad to Switzerland. The procedure was begun in response to information from the Consumer Protection Foundation. It was found that websites offering cruise tickets in certain countries could not be accessed from Switzerland or that customers were automatically redirected to a Swiss website when attempting to access them. In the course of the market-monitoring procedure, the restrictions on accessing foreign websites were removed.

Six *market monitoring procedures* dealt with evidence of vertical price-fixing agreements. The products affected included **garden furniture, bicycles and hair stylers**. In these three cases, incorrect information provided by employees had given rise to the suspicions of price-fixing agreements. The Secretariat recommended that the companies concerned should train their employees in competition law. In three other market monitoring procedures, there were indications that certain employees of two wholesalers and a manufacturer in the **IT** sector had exerted pressure on a retailer to demand higher sales prices for their products. The Secretariat drew the companies' attention to the fact that their behaviour was problematic in terms of competition and recommended that the three companies provide employee training.

c. Sustainability

The competition authorities are repeatedly confronted with the question of whether agreements between companies to work together in order to achieve sustainability goals comply with competition law. In 2024, this issue arose when providing *advice* on the coordination of food advertising campaigns (4.1.3) and environmental activities (4.1.13).

With the aim of encouraging an open discussion between ComCo and the private sector on this issue, the Secretariat organised a **workshop on sustainability agreements and competition law** on 13 March 2024. The Secretariat discussed competition issues with stakeholders from the private sector and representatives of international authorities relating to the content and implementation of cooperation agreements aimed at a more sustainable economy. The discussion showed that

the Cartel Act offers scope for sustainability agreements that should be exploited, and that open and transparent communication between the competition authorities and businesses eliminates ambiguities.

d. Investigations

On 8 May 2024. ComCo offered its opinion in a **consultation on the total revision of administrative criminal law**. This is the law that governs the procedures when ComCo carries out searches of offices and other buildings. ComCo expressed reservations regarding two amendments: the strict deadline of 20 days for submitting a request to unseal documents to the court jeopardises the proven practice of informal unsealing, in which the companies concerned and the Secretariat cooperate in carrying out a triage of data. In addition, the plan to transfer jurisdiction from the Lower Appeals Chamber of the Federal Criminal Court (FCC) to the cantonal compulsory measures courts may lead to contradictory judgments in the same investigation. Furthermore, no single court would be able to develop the expertise needed to judge competition cases. ComCo proposed solutions to both problems and is monitoring progress with the revision of the law.

4.2 Internal market

On 16 December 2024, ComCo issued an *expert opinion* to a cantonal administrative court. A lawyer based in one canton but with an office in a second canton was also required to be registered as a lawyer in the second canton so that he could employ a legal trainee whose **traineeship** there would count towards qualifying as a lawyer. From the perspective of the Internal Market Act, the need to be registered as a lawyer in a different canton constituted a restriction of the right to free access to the market, unequal treatment based on location and also an obstacle to the free movement of persons. The restriction on market access could not be justified, partly because being registered in a particular place is not a suitable and necessary criterion for working as a lawyer there.

The Vaud cantonal health department refused to authorise two **Spitex (outpatient nursing) organisations** from other cantons to operate in the canton. The two Spitex organisations filed an appeal with the Vaud Cantonal Court, alleging violations of the Internal Market Act. At the request of the court, ComCo prepared an *expert opinion*, dated 15 January 2024; this was taken into account by the court, which upheld the appeals in two rulings on 26 July 2024. The Vaud cantonal health department has appealed against the two judgments to the Federal Supreme Court.

The Internal Market Act also provides for a **free procedure** if there is a right to free market access in accordance with the place of origin principle. At the end of 2022, ComCo filed an *appeal* after a **midwife** was charged a fee for being issued with a practising licence. The cantonal court in Lucerne dismissed ComCo's appeal on 16 May 2024, partly because it regarded the licence to practise the profession as falling under the old law and therefore not relevant to internal market law. ComCo filed an appeal against this cantonal judgment with the Federal Supreme Court on the grounds that the case was an inter-cantonal matter and therefore subject to the Internal Market Act.

The Internal Market Act stipulates that a non-discriminatory bidding procedure must be carried out when transferring the use of cantonal or communal **monopolies**. In the City of Zurich, a *market-monitoring procedure* raised the question of how **restaurants and other catering establishments** should be leased in accordance with internal market law. In consultation with the Zurich City Administration, the Secretariat developed guidelines for the non-discriminatory leasing of such businesses that is open to all interested parties.

On 17 June 2024, ComCo filed an *appeal* in a **public procurement** procedure for the repair of **forest and field paths**. The communal awarding authority carried out the procedure by invitation, although an open procedure should have been carried out given the estimated contract values. ComCo also considered that a bid variant allowed by the awarding authority did not comply with the law, as the company that was awarded the contract had mainly calculated its costs based on significantly lower quantities of material than were specified in the invitation to tender. In ComCo's opinion, this behaviour violated both cantonal procurement law and the IMA.

The Internal Market Act **prohibits discrimination** in cantonal and communal procurements. On 9 September 2023, ComCo submitted its first substantive *opinion* under the revised procurement law to the Federal Supreme Court, in which it commented in particular on whether there was discrimination with regard to the time of fulfilment of an **eligibility criterion**.

5 International Affairs

In the reporting year, the ComCo Secretariat in Bern welcomed delegations from the competition authorities of the West African Economic and Monetary Union (UEMOA), the Chinese State Administration for Market Regulation (SAMR), and the South Korean Fair Trade Commission (KFTC), each for a **bilateral working meeting**. A representative of UN Trade and Development (UNCTAD) was also present at the meeting with the KFTC. Discussions focused on the latest developments in competition law and its enforcement. The foreign competition authorities also expressed an interest in working with ComCo. The Secretariat showed the authorities the various options for cooperation.

The ComCo Secretariat responded to various enquiries from companies in Switzerland that received **requests for information from foreign competition authorities**. The companies were generally uncertain as to whether the request for information had been sent in accordance with requirements and whether a response required authorisation from the Federal Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER).

On 5 March, the ComCo Secretariat took part in an **OECD** workshop on developments in combating bid-rigging in public procurement. It contributed its experiences to a panel discussion on the topic of *Digital Cartel Screens to Discover Bid Rigging*. From 14–16 May, the ComCo Secretariat also attended a seminar on *Tackling Bid Rigging in Public Procurement* organised by the Regional Centre for Competition in Budapest, which is

run by the OECD and the Hungarian competition authority (OECD-GVH RCC). At the request of the OECD-GVH RCC, the Secretariat spoke of its experiences on this topic. The seminar was attended by employees of competition authorities from South East, Central and Eastern Europe.

The ComCo Secretariat took part in the founding meeting of the **International Competition Network** (ICN) Technologist Forum in Washington DC on 17 and 18 March 2024, thereby strengthening international cooperation in the field of digitalisation. The Secretariat was also present at the subsequent 23rd ICN Annual Conference in Salvador de Bahia in Brazil. It responded to various ICN surveys, contributed to various reports and gave presentations in ICN workshops, thus contributing to an exchange of knowledge with other authorities.

The ComCo Secretariat attended the **UNCTAD** Annual Conference in Geneva in July 2024. It also continued to contribute to the working group on cross-border cartels (CBC), in close cooperation with SECO. The mandate of this working group has been extended for a further year. The ComCo Secretariat passes on the expertise it acquires in relation to cartels and bid-rigging agreements to foreign competition authorities within the framework of the working group. On 25 April 2024, the ComCo Secretariat gave a presentation on its experiences in combating bid-rigging agreements at a meeting of CBC working group.

6 Legislation

On 24 May 2023, the Federal Council adopted a draft bill and the dispatch on the **partial revision of the Cartel Act** (23.047). The bill is intended to improve the effectiveness of the Cartel Act (in particular merger control, civil competition law and opposition proceedings) and implement the demands of three motions that have been tabled in Parliament. The Council of States approved the revision with certain amendments and additions on 11 June 2024. In autumn 2024, the National Council's Committee for Economic Affairs and Taxation began its deliberations. Within the Federal Administration, the The General Secretariat of the EAER and SECO are in charge of the revision. The ComCo Secretariat is also contributing to the work.

The reform of **the competition authorities** (institutional reform) is being tackled in parallel to the partial revision of the Cartel Act, to a large extent based on the final report of 1 December 2023 from the independent expert commission set up to examine the matter. On 15 March 2024, the Federal Council instructed the EAER to submit a consultation draft for a reform by mid-2025.

The current status of other **parliamentary procedural requests** relating to the Cartel Act and the Internal Market Act is as follows:

- **Motions** 16.4094 **Fournier** of 15 December 2016 ‘Improve the position of SMEs in competition proceedings’, 18.4282 **Français** of 13 December 2018 ‘The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition’ and 21.4189 **Wicki** of 30 September 2021 ‘Safeguard the inquisitorial principle – do not reverse the burden of proof in the Cartel Act’ are to be implemented in the partial revision of the Cartel Act.
- Based on **Motion** 18.3898 **Pfister** of 27 September 2018 ‘Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector’, the Federal Council drafted the Motor Vehicle Ordinance (MVO, SR 251.6) of 27 September 2018; this came into force on 1 January 2024.
- The concerns of **Motions** 20.3531 **Caroni /** 20.3532 **Rieder** of 8 June 2020 'Fairer competition for state-owned companies' were taken up by the Federal Council on 13 September 2024 by including a new passage in the Confederation's Corporate Governance Guidelines, with which it aims to avoid distortions of competition between state-owned and private companies.
- **Motion** 22.3838 **Gugger** of 17 June 2022 ‘Stop the unilateral introduction of the agency model in the motor vehicle market’ has been adopted by the National Council.
- **Motions** 22.3976 **Maitre** and 22.3977 **de Quattro** of 22 September 2022 ‘Ban interchange fees for payments with debit cards’ have been adopted by the National Council.
- **Motion** 22.4404 **Rechsteiner** of 14 December 2022 ‘Speed up procedures - increase legal certainty’ calls for the investigation phase by the ComCo Secretariat (i.e. from the opening of proceedings until the Secretariat submits its proposed decision to the ComCo) to take no more than one year, with the possibility of a one-year extension. The proposal has been adopted by the National Council.
- **Motion** 22.4563 **Grossen** of 16 December 2022 'Curbing unfair competition from federal companies', which calls for a ban on cross-subsidisation, increased transparency and stricter compliance, has been adopted by the Council of States.
- **Motion** 23.3069 **Socialist Group of** 8 March 2023 ‘Digital Markets Act for Switzerland’ has been withdrawn.
- **Motion** 23.3224 **Français** of 16 March 2023 ‘Institutional reform of the Competition Commission’ calls for a review of ComCo's structure, its prerogatives and resources, and for a functional separation of its roles as prosecutor and judge. The proposal will be dealt with by the Council of States as the first chamber.
- **Motion** 23.3487 **Romano** of 12 April 2023 ‘The Credit Suisse case. Examine all possible measures to safeguard jobs in Switzerland’ has been withdrawn.
- **Motion** 24.3262 **Kamerzin** of 14 March 2024 'Public procurement law. Eliminate in-equalities between the Confederation and the cantons and communes with regard to employee protection' has been withdrawn.
- **Motion** 24.3627 **Pfister** of 13 June 2024 'Restore competition and consumer protection in the car trade. Remove a trade barrier for electric vehicles' calls for the manufacturer's warranty to remain valid for paral-

lel or direct imports of motor vehicles regardless of the distribution channel. It has not yet been considered by Parliament.

- **Motion** 24.4590 **Rüegsegger** of 20 December 2024 'Introduce sector investigations - solve structural competition problems' calls for the addition of an instrument to the Cartel Act that enables the analysis of structural competition problems in certain sectors without the need for any actual suspicion of a violation of competition law. It has not yet been considered by Parliament.
- The following **interpellations** are still pending: 22.3707 **Estermann** of 16 June 2022 'Necessary corrections in the healthcare system? (4)', 23.3469 **Gigon** of 11 April 2023, 'New megabank Credit Suisse/UBS. How must we adapt our legislation to ensure competition?', 23.4299 **Addor** of 29 September 2023, 'Merger UBS-CS: And the Competition Commission?', 23.4513 **Gugger** of 22 December 2023, 'Big Tech: Abuse of market power vis-à-vis SMEs and hospitals', and 23.4416 **Maitre** of 20 December 2023 'Debit cards. Excessive fees for retail trade. Proceedings before the Competition Commission', 24.3311 **Pfister** of 15 March 2024, 'Motion 18.3898, "Effective enforcement of the Cartel Act in motor vehicle trading". How and when will the Federal Council implement the missing points of the motion?', 24.3292 **Amoos** of 15 March 2024 'More transparency in fees and commissions for card payments', 24.3794 **Amoos** of 14 June 2024 'Transparency in transaction fees and commissions for cashless payments' and 24.4049 **Regazzi** of 26 September 2024 'Acquisitions by Swiss Post. Is the Federal Council disregarding the resolutions of Parliament?', and Postulate 23.3444 **WAK-N** of 4 April 2023 'Merger of UBS and CS. Assessment of the significance for competition and the economy'.

7 Statistics

The following statistics provide an overview of the work of ComCo and its Secretariat in 2024:

	2024	2023	2022
Investigations			
Conducted during the year	24	25	19
Investigations carried forward from the previous year	21	18	16
Newly opened investigations	1	7	3
Investigations resulting from splitting up existing investigations	0	0	0
Final decisions	7	2	1
Amicable settlements	3	0	1
Administrative rulings	3	1	1
Sanctions pursuant to Art. 49a para. 1 CartA	2	2	1
Partial decisions	0	0	0
Procedural rulings	5	2	1
Other decisions (concerning publication, fees, access to files, etc.)	1	3	1
Interim measures	0	0	0
Sanction proceedings under Art. 50 ff. CartA			1
Preliminary investigations:			
Conducted during the year	11	17	14
Investigations carried forward from the previous year	10	10	8
Newly opened investigations	1	7	6
Concluded preliminary investigations	5	8	5
Investigations opened	0	3	0
Modification of conduct	4	3	4
No consequences	1	2	1
Other activities			
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a CartA	2	2	5
Advice given	24	29	14
Market monitoring procedures concluded	50	48	52
Freedom of information applications	16	18	22
Other enquiries dealt with	513	500	511
Mergers			
Notifications	43	33	49
No objection after preliminary investigation	43	32	49

Investigations	1	2	0
ComCo decision after investigation	1	0	0
Authorisation refused	1	0	0
Authorisation with conditions / requirements	0	0	0
Authorisation without reservation	0	0	0
Early implementation	0	0	0
Appeal proceedings			
Total number of appeals before the FAC and FSC	27 (59)	31 (67)	35 (88)
FAC judgments	5 (7)	11 (16)	6 (31)
Success for the competition authority	5 (7)	9 (14)	4 (10)
Partial success	0 (0)	2(2)	2 (6)
Unsuccessful	0 (0)	0 (0)	0 (3)
FSC judgments	6 (6)	1 (1)	5 (7)
Success for the competition authority	5 (5)	1 (1)	4 (4)
Partial success	0 (0)	0	1 (2)
Unsuccessful	1 (1)	0	0 (1)
Pending at the end of the year (before the FAC and FSC)	21 (53)	24 (56)	29 (69)
Expert reports, recommendations and opinions, etc.			
Expert reports (Art. 15 CartA)	1	0	1
Recommendations (Art. 45 CartA)	1	0	0
Expert opinion (Art. 47 CartA, 5 para. 4 PrSA or 11a TCA)	0	0	0
Follow-up checks	0	0	0
Notices (Art. 6 CartA)	0	0	1
Opinions (Art. 46 para. 1 CartA)	338	318	327
Consultation procedures (Art. 46 Abs. 2 CartA)	16	13	14
State aid assessments	0	0	0
Internal Market Act			
Recommendations / Investigations (Art. 8 IMA)	0	0	0
Expert reports (Art. 10 IMA)	3	2	1
Market monitoring / advice / other completed enquiries	48	52	62
Appeals (Art. 9 Abs. 2bis IMA)	2	0	3

The following key findings emerge from the statistics for 2024 and a comparison with the figures for 2023 and 2022:

- Investigations: ComCo opened one investigation this year and closed seven.
- Preliminary investigations and market monitoring procedures: The number of preliminary investigations and market monitoring procedures is on a similar scale to previous years. However, over the last ten years or so, fewer preliminary investigations have been carried out.
- Mergers: The number of reported mergers remains high, ComCo assessing 43 of them this year.
- Appeals:[4] The courts, especially the FAC, also issued a large number of judgments this year. The courts largely confirmed ComCo's decisions.
- Expert reports, recommendations and opinions: Expert reports (apart from those related to the IMA) and recommendations are still rather rare. However, as in previous years, the competition authorities did a lot of regulatory work. They invest a lot of resources in commenting on draft laws and regulations.
- Internal Market Act: The number of advisory sessions and market monitoring procedures remained high in 2024.

[4] ComCo decisions (rulings) are usually directed against several parties. The latter file individual appeals with the courts. As a rule, the courts deal with each appeal individually and issue several judgments on a single ComCo decision. Some of these court judgments are very similar in substance, but they can also deal with individual issues. Since 2021, not only are parallel appeal proceedings before the courts counted together as one case per ComCo decision, but the total sum of all separate and parallel appeals is also listed in brackets. The same applies for statistics at court level: The judgments are counted as a single judgment, irrespective of the number of appeals against a ComCo decision, and the judgments on the individual appeals are also listed in brackets.

8 Special topic for 2024:Communes and cantons as guarantors of competition

The productivity and growth of an economy depend on several general aspects of economic policy. Competition is one of the main factors: if markets function well, resources are allocated efficiently and prosperity is maximised. When this is not the case, state intervention may be justified. The state can then intervene either indirectly, by acting as a regulator or seeking to influence the behaviour of consumers, or directly, by acting as a market player.

In all these cases, state action should not distort competition, unless this is necessary to safeguard overriding public interests. In order to achieve this, the state should respect the principle of competitive neutrality: state action should not confer unfair advantages or place handicaps on companies operating in the market. The OECD explained this well in its 2021 recommendations and in its manual published on 25 September 2024.

In Switzerland, this principle of competitive neutrality applies to the Confederation, the cantons and the communes. Given that the Confederation has already adopted guidelines in this connection, the following remarks focus on the vital role played and decisive contribution made by the cantons and communes (referred to below as 'the State') in improving the competitive environment, whether through regulation (8.1), public support measures (8.2), delegating public service tasks (8.3), granting authorisations or concessions (8.4) or issuing public invitations to tender (8.5 and 8.6).

8.1 A neutral regulatory framework

The regulatory framework provided by the state should be **neutral in terms of competition**. It should, in principle, apply with the same rigour and transparency to all market players, both existing and potential, who should enjoy the same treatment with regard to the legal rules and their application.

Exceptions to this principle may be necessary in certain cases in order to achieve policy objectives that could not be achieved by other means. The same applies when the State authorises a state-owned company to offer its services outside the monopoly that it has been granted. In these cases, any **exception** to the principle of neutral regulation must be transparent, justified by clear policy objectives, proportionate and applied restrictively. When exceptions are adopted in a transparent manner and are known to the public, this opens up a discussion on the merits of these exceptions, on possible objections and on alternative proposals.

To take one **example**, a certain cantonal ordinance may specify the salary analysis software relating to gender equality that must be used when a company decides to take part in a public procurement tendering process. The canton thus gives an advantage to the producer of this specific software, to the detriment of its competitors, and so creates a potential distortion of competition. Another example would be a cantonal or communal law that makes authorisation to practise a specific profession subject to being resident in the canton in question.

8.2 Balanced support measures

The State sometimes decides to intervene in the market by granting aid in the form of subsidies, grants, guarantees, injections of capital or investments. In order to minimise any distortion of competition, state support measures must identify and make clear the specific public policy objective to be achieved and the means by which the planned measures are likely to achieve it. The authorities should explain how and to what extent state support will help to achieve the general policy objective.

State support measures must be evaluated in order to determine whether they are in line with market principles. The evaluation must determine whether a company benefits from an advantage, i.e. conditions more favourable than those offered in a market transaction (unequal treatment). If this is the case, the next step is to analyse whether the advantage is selective and examine the distortions of competition created by the measure.

Examples include state guarantees granted by certain cantons to their cantonal banks, the cantonal subsidies granted for organising ski camps for schools that employ ski instructors with certain qualifications, or even the way in which national lottery funds are used by the cantonal authorities.

8.3 Public sector contract awards

When the State decides to award a public sector contract to a private company, it must **identify, in a transparent and specific manner**, all the products or services involved. This will help rival providers to assess whether the products or services can be provided cost-effectively and, if appropriate, to submit a bid to provide them. In turn, the best placed provider can be selected on the basis of these valid bids, and costs can be kept to a minimum. The level of remuneration paid under public sector contracts must also be carefully considered in order to maintain a level playing field for competition. Where a private company is contracted to provide a public service, measures must be taken to avoid both over- and under-payment so as not to favour or unfairly disadvantage a competitor.

Examples include establishing companies to provide public services, which are nonetheless permitted to carry out related activities on the private market in competition with other companies, such as buildings insurance companies in certain cantons or the specific case of a company created under an intercantonal agreement to operate ski lifts. Also worth mentioning are tourist offices in major resorts, which play an important role in providing tourists with specific information, such as details about hotels or services related to winter sports. Given that tourist offices often work closely with the companies operating ski lifts in the local commune and with particular ski schools, it is important that all partners are treated in a fair and non-discriminatory manner, particularly with regard to renting land or premises, or when tourist offices advertise service providers in the region.

8.4 Free market access

Authorities play an important role in granting market access. If they restrict this and thus the number of companies in a market, this leads to less competition. The

Internal Market Act is therefore intended to strengthen competition within Switzerland. To this end, it provides for the granting of intercantonal market access in accordance with the **place of origin principle** (also known as the Cassis de Dijon principle). Persons who are legally entitled to work in a particular profession in one canton may in principle also do so in a different canton. Where cantonal authorisation is required, in ComCo's experience many cantonal authorities respect the requirements of internal market law. It is also crucial that authorisation in another canton is granted quickly and free of charge.

Examples include scenarios from the healthcare sector. For example, cross-cantonal activities of Spitex organisations or midwives (see Section 4.2). A midwife who is licensed to practise in the canton of Schaffhausen has the right to work as a midwife throughout Switzerland. The same applies to a Spitex organisation that is licensed in the canton of Vaud, for example.

8.5 Non-discriminatory procurement procedures

Federal, cantonal and communal authorities purchase buildings, goods and services worth over CHF 40 billion every year. If they procure these by inviting companies to bid for the contracts, this brings competition and the authorities get a better deal. Public invitations to tender also ensure that all interested suppliers have access to procurement markets. This is another reason why cantonal public procurement regulations and the Internal Market Act **prohibit discrimination** against bidders. For example, requirements that a provider must be registered in a certain canton cannot be justified and are prohibited under internal market law.

In ComCo's experience, cantonal procurement offices generally respect these requirements. In some cases, there may be indications that a contracting authority is trying to arrange the procurement process so as to favour a certain supplier or a certain product. Such practices are detrimental to competition and can lead to the exclusion of other bidders, which is considered discrimination under the law. However, it is pleasing to note that the cantons rarely discriminate against suppliers from outside their canton on the basis of their origin.

Furthermore, when transferring **monopolies** or rights of use with limited availability to private businesses, for example in the case of some concessions, the Internal Market Act requires that a non-discriminatory invitation to tender be issued. This allows a fair allocation of rights of use for all possible interested parties (see Section 4.2 on the leasing of **restaurants and other catering establishments**). Old-fashioned privileges - unlimited in time and with no allocation procedure - such as those that sometimes existed in the chimney sweep business, for taxis or for towing and rescue services, are also becoming increasingly rare thanks to changes in cantonal practices.

8.6 Prevention of bid-rigging agreements

Where bidders agree among themselves on the prices they are going to bid and who they want to be awarded a contract, they may enter into bid-rigging agreements that are illegal under competition and procurement law. These agreements lead to an average increase in prices of 45%, uphold inefficient market structures and stymie innovation. Given the high procurement volume previously mentioned, the potential damage caused by bid-rigging agreements becomes all the clearer. These agreements are therefore a burden on the economy and the public sector and often mean that people have to pay higher taxes.

In recent years, ComCo has uncovered around 2,000 rigged awards of construction contracts in the public and private sectors. In addition to taking action against these agreements in the context of competition proceedings, ComCo has developed a statistical detection tool and raised awareness among procurement agencies of these practices. Raising awareness helps those concerned to recognise and prevent bid-rigging agreements, and prevention is more effective and less resource-intensive than taking action under competition law. Well-informed and trained procurement agencies make a major contribution to combating bid-rigging.

As the bid-rigging agreements uncovered by ComCo have **mostly concerned cantonal and communal procurements**, the cantons and communes have a decisive role to play. Good practices when preparing invitations to tender not only make it possible to uncover bid-rigging agreements, but also to avert them:

- **Knowledge** of the goods, services and infrastructure being procured, the current suppliers and market characteristics not only helps in obtaining the most economically advantageous bid, but also helps to prevent bid-rigging. This knowledge enables the procurement agencies to assess the risk of bid-rigging and to structure their procurements in line with the markets and the risk of rigging.
- It is also important to **raise awareness** among buyers and to share experiences and points of reference within and with other procurement agencies.
- Yet even the best preparation and level of awareness does not offer complete protection against bid-rigging agreements. It is therefore crucial to **recognise** signs of bid-rigging, to follow up on indications of agreements and to **report** such indications to ComCo in accordance with the duty of report under procurement law. ComCo provides a checklist for this purpose and is the point of contact for questions.

It is essential that the cantons and communes are well equipped to recognise the signs of bid-rigging. Their efforts have a preventative effect and lead the way in creating and maintaining effective competition in procurement.

8.7 Conclusion

The State is a crucial actor in the economy. It plays a key role in ensuring that markets remain competitive. To achieve this, it must act so as to allow businesses to compete on their own merits, thus allowing consumers and the economy to benefit from the advantages of competition through increased prosperity, productivity and economic growth, thereby multiplying business opportunities and increasing employment.

By ensuring that all businesses operate on a level playing field, by adopting regulations that are neutral from a

competitive point of view, by respecting competitive neutrality when providing public support, delegating public service tasks, granting authorisations and concessions and issuing public invitations to tender, the State helps ensure that competitive prices, greater choice and better quality goods and services are offered to the Swiss population.

9 Annex: Members of the Commission and the Executive Management of the Secretariat

Commission

- Laura Melusine Baudenbacher, President, Partner in a Swiss law firm with offices in Zurich, Brussels and Oslo
- Danièle Wüthrich-Meyer, Vice-President, former Cantonal Supreme Court judge in Bern
- Igor Letina, Vice President, Associate Professor of Microeconomics at the University of Bern
- Florence Bettschart-Narbel, Member, Attorney-at-law, former head of the Politics and Law Section in the Central Secretariat of the Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Nicolas Diebold, Member, Professor of Public and Commercial Law at the University of Lucerne
- Mikael Huber, Member, Member, Head of the Department of Financial and Tax Policy, Digitalisation and Trade at the Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises SGV
- Pranvera Këllezi, Member, Attorney-at-law in the canton of Geneva
- Isabel Martinez, Member, Economist (Lecturer) at the KOF Swiss Economic Institute at the ETH Zurich, former economist at the Swiss Federation of Trade Unions SGB
- Rudolf Minsch, Member, Deputy Chairman of the Executive Board, economiesuisse
- Gerd Mühlheußer, Member, Professor of Economics at the University of Hamburg, specialising in Microeconomics, with a focus on Industrial Economics
- Mauro Nicoli, Member, Attorney-at-law (partner) in Swiss law firm
- Martin Rufer, Member, Director of the Swiss Farmers' Union

Declared interests www.weko.admin.ch → The ComCo → Commission → Members.

ComCo Secretariat:

- Patrik Ducrey, Director
- Frank Stüssi, Deputy Director, Construction
- Andrea Graber Cardinaux, Vice Director, Product Markets
- Olivier Schaller, Vice Director, Services
- Söhner-Bührer Carole, Vice Director, Infrastructure

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 1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

B 1.1 1. Brandschutzprodukte

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 22. Oktober 2024 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Brandschutzprodukte wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Verfahren

A.1 Verfahrensgegenstand

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG[1] waren Hinweise aus dem Markt, wonach die [X] AG (nachfolgend: [X]) Brandschutzprodukte ([…]; nachfolgend: [X]-Brandschutzprodukte) in einem als *«Agentur»* bezeichneten Vertriebsmodell vertreibe, in welchem die *«Agenten»* von [X] (nachfolgend: *«Agenten»)* bedeutende Risiken (insbesondere Debitorenverluste) selbst tragen müssten. [X] gebe ihren *«Agenten»* Endkundenpreise für bestimmte [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen[2] (nachfolgend: [X]-Serviceleistungen) vor und weise den *«Agenten»* Gebiete zu, ausserhalb derer sie keine [X]-Brandschutzprodukte oder Serviceleistungen anbieten dürften.

2. Das Vorgeben von Endkundenpreisen (Rz 1) ist grundsätzlich nur im Rahmen der sog. *«echten Agentur»* i. S. des Handelsvertreterprivilegs[3] kartellrechtlich zulässig. Echte Agenten treten auf dem Markt als Vertreter der Anbieterin auf.[4] Sie sind im Gegensatz zu Händlerinnen in Bezug auf den Vertrieb der Produkte oder Dienstleistungen keine unabhängigen Unternehmen, erwerben grundsätzlich kein Eigentum an den Vertragsprodukten und veräussern diese im Auftrag der Anbieterin, wobei die Anbieterin alle wesentlichen finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken trägt (vgl. Rz 111 ff.). Der Vertrieb im echten Agenturmodell ist ein Direktvertrieb der Anbieterin. Diese darf die Geschäftsstrategie der Agenten vorgeben, einschliesslich der Verkaufspreise und -gebiete.[5]

3. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist dementsprechend die Frage, ob das Vertriebsmodell von [X] für Brandschutzprodukte (inkl. Ersatzteile) und -Serviceleistungen die Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt oder ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, welche die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG nahelegen. Dies könnte der Fall sein, wenn das Vertriebsmodell von [X] die Voraussetzungen der echten Agentur nicht erfüllt und Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden, insbesondere vertikale Preis- und Gebietsabreden (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG), bestehen.

A.2 Adressatin der Vorabklärung

4. [X] ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in […]. Ihr Zweck ist […].[6] [X] ist nicht Herstellerin der Brandschutzprodukte und Ersatzteile. [X] hat die Vertretung für Produkte der Marke [Y] inne; diese Produkte werden von der [Y] mit Sitz in […] produziert und in ganz Europa vertrieben.[7] Online-Recherchen zufolge ist die [Y] Europas grösste Herstellerin von Brandschutzprodukten.[8] Gestützt auf die dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) vorliegenden Informationen ist [X] als [Importeurin] für Produkte der Marke [Y] zu betrachten.[9]

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Für die Zwecke des vorliegenden Dokuments umfasst der Begriff «*Serviceleistungen*» auch Klein- und Reinigungsmaterial.
[3] Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248/01 vom 30.6.2022 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 29–46.
[4] Die Begriffe «*Agent*» und «*echter Agent*» sowie die Begriffe «*Agenturmodell*» und «*echtes Agenturmodell*» werden, sofern nicht anders angegeben, als Synonyme verwendet.
[5] Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 41 f.
[6] [...] (22.10.2024).
[7] Vgl. https://www.[Y].de/de/ (22.10.2024).
[8] S. bspw. https://www.[...] (22.10.2024).
[9] Vgl. https://www.[...] (22.10.2024).

5. [X]-Brandschutzprodukte und [X]-Servicleistungen werden nach Angaben von [X] hauptsächlich im Agenturmodell vertrieben.[10] Nebst dem Vertrieb über *«Agenten»* bediene [X] auch Wiederverkäuferinnen, welche Brandschutzprodukte bei [X] erwerben und diese ohne jegliche Vorgaben in eigener Regie weiterverkaufen und allenfalls später auch die Wartung der Produkte selbst organisieren (vgl. Rz 180).[11]

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Gestützt auf die Hinweise aus dem Markt (Rz 1) führte das Sekretariat ab dem 1. Juni 2023 eine Marktbeobachtung im Sinne von Art. 45 Abs. 1 KG durch, im Rahmen derer das Sekretariat [X] Fragen zu den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen und zum Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten zustellte und [X] aufforderte, Verträge mit ihren *«Agenten»* einzureichen.[12]

7. Mit Schreiben vom 20. Juni 2023 antwortete [X] auf das Auskunftsbegehren.[13]

8. Mit Auskunftsbegehren vom 14. September 2023 stellte das Sekretariat [X] Anschlussfragen zu ihren Antworten auf das Auskunftsbegehren.[14]

9. Am 27. September 2023 fand auf Ersuchen von [X] in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch zwischen [X] und deren Rechtsvertreter und dem Sekretariat statt.

10. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2023 antwortete [X] auf die Anschlussfragen des Sekretariats.[15]

11. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2023 informierte das Sekretariat [X] über die Eröffnung vorliegender Vorabklärung und stellte [X] weitere Fragen.[16]

12. Mit Schreiben vom 27. Februar 2024 nahm [X] zur Eröffnung der Vorabklärung Stellung und beantwortete die weiteren Fragen des Sekretariats.[17]

13. Mit Schreiben vom 29. Februar 2024 richtete das Sekretariat weitere Fragen an [X], welche [X] mit Schreiben vom 6. März 2024 beantwortete.[18]

14. Am 14. März 2024 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an […] der insgesamt […] *«Agenten»*.[19] Von den […] *«Agenten»* wurde einer aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von der Beantwortung des Auskunftsbegehrens befreit.[20]

15. Die Antworten der […] *«Agenten»* gingen allesamt ein, die letzte am 19. August 2024.[21]

B Sachverhalt

B.1 Allgemeines zum Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten und Serviceleistungen

16. [X] vertreibt nach eigenen Angaben [X]-Brandschutzprodukte und lässt -Serviceleistungen im Agenturmodell erbringen: hauptsächlich über sog. *«[…]agenten»* und teilweise über Unteragenten.[22] Für […]agenten gilt der […]-Agenturvertrag (nachfolgend: […]AgV). Der Vertragsgegenstand ist in Ziff. 1 Abs. 1 […]AgV folgendermassen umschrieben:

> *«[1] Der Auftraggeber überträgt dem Agenten die exklusive Vertretung für nachstehende Erzeugnisse bzw. Dienstleistungen: Verkauf sämtlicher Brandschutzartikel und Dienstleistungen wie sie der Auftraggeber vertreibt […] in Teilen des Kantons XYZ gemäss Gebietskarte (Anhang 1), Vorrang = PLZ-Liste.*
>
> *[…].*

17. Die *«Agenten»* sind mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Verkaufsgeschäften sowie mit der Ausführung von Reparaturen und Services betraut.[23] Den «*Agenten*» wird ein von [X] definiertes Gebiet zur Bearbeitung zugewiesen.

18. Zum Ablauf eines Geschäftsabschlusses zwischen [X] und Endkundschaft führte [X] aus, dass die *«Agenten»* (als Selbständigerwerbende) selbst entscheiden würden, wann, wo und zu welchem Preis sie die [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen in ihrer Region an die Kundschaft bringen. Der *«Agent»* schicke Aufträge an [X] zurück, [X] stelle der Endkundin oder dem Endkunden anschliessend die Rechnung zu und der «*Agent*» erhalte am Ende des Monats die ihm zustehende Provision.[24]

19. Die «*Agenten*» seien gemäss [X] keine unabhängigen Händlerinnen. [X] erstelle für ihre *«Agenten»* die monatlichen Provisionsabrechnungen und führe als Dienstleisterin für die *«Agenten»* auch die von [X] nicht weiter erläuterten Sozialversicherungsbeiträge ab. Zivilrechtlich handle es sich bei den *«Agenten»* um Selbständigerwerbende und sozialversicherungsrechtlich betrachteten die Ausgleichskassen *«Agenten»* i. d. R. sogar als Unselbständigerwerbende.[25]

---

[10] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[11] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[12] Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[13] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[14] Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[15] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[16] Schreiben des Sekretariats vom 13. Dezember 2023 betr. Eröffnung Vorabklärung.
[17] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung.
[18] Schreiben des Sekretariats vom 29. Februar 2024, Schreiben der [X] vom 6. März 2024.
[19] Schreiben des Sekretariats vom 14. März 2024 (Auskunftsbegehren).
[20] E-Mail des Sekretariats vom 16. Juli 2024.
[21] Schreiben von 14 der befragten «*Agenten*» (Antworten zum Auskunftsbegehren).
[22] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[23] Ziff. 2 Abs. 1 […]AgV: «*Der Agent verpflichtet sich, dem Auftraggeber in dem ihm [zugeteilten] Gebiet Verkaufsgeschäfte zu vermitteln oder abzuschliessen, sowie Reparaturen und Services auszuführen. Die Dienstleistungen, Verkaufsgeschäfte, die Reparaturen und Servicearbeiten werden ausschliesslich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers abgeschlossen (Art. 418a OR). Eine Missachtung rechtfertigt eine fristlose Kündigung nach einmaligen Vorkommen und ohne vorhergehende Verwarnung.*».
[24] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[25] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.

20. [X] zufolge seien die «*Agenten*» sehr stark in ihre Vertriebsorganisation eingebunden. Dies manifestiere sich auch im Auftritt der *«Agenten»* und in den Vorgaben und Weisungen von [X] gegenüber den «*Agenten*». Sämtliche Korrespondenz mit der Kundschaft inkl. Auftragsbestätigung, Rechnungsstellung und Inkasso würde durch bzw. im Namen und auf Rechnung von [X] erfolgen. Dementsprechend würden die *«Agenten»* im Aussenverhältnis und damit insbesondere von Endkundinnen und Endkunden als Mitarbeitende der [X] wahrgenommen.[26]

B.2 Vertrieb von [X]-Brandschutzprodukten

21. Die folgenden Abschnitte fassen die Erkenntnisse zum Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte in Bezug auf die hier interessierenden Sachverhaltselemente zusammen, d. h. die Provision (B.2.1), die Übernahme vertrags- und marktspezifischer Kosten und Risiken (B.2.2), die Preissetzungsfreiheit der *«Agenten»* (B.2.3), eine Gebietszuweisung (B.2.4) sowie eine Alleinbezugsverpflichtung bei Ersatzteilen (B.2.5).

B.2.1 Provision

22. Der Provisionsanspruch bemisst sich gemäss Ziff. 3 Abs. 1 und 4b […]AgV wie folgt:

> *«[1)] Der Agent hat Anspruch auf eine Provision auf sämtliche im Vertragsgebiet von ihm verkauften Brandschutzartikel, die sich ab dem Vertragsbeginn aus der **Differenz** des **Kunden-Nettoverkaufspreises** abzüglich MwSt. (= Nettoverkaufspreis) und dem **rechnerischen Agentenpreis** (=Netto Ankaufspreis) gemäss beiliegender **Preisliste** (Anhang 3) ergibt. […]»* (Hervorhebung hinzugefügt)
>
> *«[4b)] Die Provision (Netto-Kundenpreis ./. Agenturankaufspreis) für vermittelte Aufträge, die ausschliesslich Produktverkäufe enthalten, wird dem Agenten, abzüglich CHF […] (Stand 2022) für Verwaltungskosten zu Gunsten des Auftraggebers, vergütet.».*

Die in der Preisliste gemäss Ziff. 3 Abs. 1 […]AgV enthaltenen Preise werden im Folgenden *«Listenpreis»* oder *«Listenpreise»* genannt.

Stellungnahme von [X] zur Provision

23. [X] gab an, das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten zu behalten und ihren «*Agenten*» für die Vermittlung der Produkte eine Provision zu bezahlen.[27] Für die Berechnung der Provision für die «*Agenten*» werde eine sog. *«Bruttopreisliste»*[28] verwendet, welche [X] zufolge u. a. einen rechnerischen und theoretischen Einstandspreis und Endverkaufspreise für Brandschutzprodukte enthalte. Aus der Differenz dieser beiden Preise ergebe sich laut [X] die Provision eines «*Agenten*».[29]

24. Im nachstehenden Auszug aus der in Ziff. 3 Abs. 1 […]AgV genannten Bruttopreisliste sind der *«Kunden-Nettoverkaufspreis (abzgl. MwSt)»* und der *«Agenturpreis»* gelb markiert. [X] erklärte, dass die in der Bruttopreisliste verwendeten Begriffe *«Bruttopreis exkl. MwSt»* bzw. *«Stückpreis»* dem Kunden-Nettoverkaufspreis (abzgl. MwSt) resp. dem Agenturpreis entsprächen.

Datum 16.12.2015 Gültigkeitsdauer 01.01.16 - 30.06.16

Preisliste Seite 1

Prospekt	Artikel	Bezeichnung	Bezeichnung 2	Bruttopreis in CHF inkl. MwSt	Bruttopreis in CHF exkl. MwSt	Währung	>Menge	Stückpreis	>Men
[redacted]									
3.C12	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	CHF	1	[redacted]	
3.C12	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	[redacted]	CHF	1	[redacted]	

25. Weiter führte [X] aus, dass es sich beim Bruttopreis (exkl. MwSt) um den Endkundenverkaufspreis handeln könne, der *«Agent»* indes nicht daran gebunden sei, sondern den Endkundenverkaufspreis frei setzen könne.[30]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Provision

26. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie ausschliesslich [X]-Brandschutzprodukte vermitteln oder vertreiben. Die Mehrheit der befragten *«Agenten»* ([57 %]) beantwortete die Frage mit *«Ja»*; [43 %][31] haben die Frage verneint.[32]

[26] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[27] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.
[28] Die Liste ist bezeichnet mit «*Agenturleiter Gesamtartikelliste*». Ein Dokument, das dem Sekretariat vorliegt, ist betitelt mit «*Agentur-Einkaufspreise_ab15.08.2022_-_gesamt*». Ein anderes Dokument, das dem Sekretariat vorliegt, das als […] benannt ist, spricht von «*Agenten Preis*».
[29] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.
[30] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 3.
[31] 1 «*Agent*» hat die Frage sowohl mit «*Ja*» als auch mit «*Nein*» beantwortet und gab an, dass er ausschliesslich Brandschutzartikel der Marke [Y] für Brandschutzprodukte vermittle oder vertreibe, nicht aber für andere Artikel. Aufgrund seiner Ausführungen ist diese Antwort als «*Nein*» zu werten.
[32] Auswertung der Agentenbefragung.

27. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob [X] ihnen für [X]-Brandschutzprodukte, die sie für die Vermittlung an Endkundinnen und -kunden benötigen, einen Kaufpreis in Rechnung stelle. Alle befragten *«Agenten»* bejahten die Frage. Die Mehrheit der befragten *«Agenten»* ([57 %][33]) gab an, dass bezahlte Kaufpreise ausschliesslich für die Berechnung ihres Provisionsanspruchs relevant seien und einzig rechnerische Beträge darstellten; faktisch erfolge keine Geldleistung an [X]. Die übrigen befragten *«Agenten»* ([43 %]) gaben an, die Kaufpreise mit ihren eigenen finanziellen Mitteln zu bezahlen.[34]

Zwischenfazit zur Provision

28. Gemäss […]AgV ergibt sich die Provision aus dem von [X] bestimmten Listenpreis (Rz 22 f.), von welchem ein rechnerischer Agentenpreis sowie Verwaltungskosten abgezogen werden (Rz 22 f.). Aus den Antworten der *«Agenten»* geht hervor, dass die meisten *«Agenten»* keine Kaufpreise mit ihren eigenen finanziellen Mitteln bezahlen, sondern die Agentenpreise ausschliesslich für die Berechnung ihrer Provision bestimmt sind (Rz 26 f.).

29. Die Angaben von [X] und der Mehrheit der *«Agenten»* spricht dafür, dass die *«Agenten»* [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] käuflich erwerben, sondern [X] das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten behält. Der Umstand, dass [43 % der] *«Agenten»* angaben, Brandschutzprodukte bei [X] käuflich zu erwerben, zeigt jedoch, dass die Frage des Eigentumsübergangs für Brandschutzprodukte zu wenig klar geregelt ist.

B.2.2 Übernahme vertrags- und marktspezifischer Kosten und Risiken

30. Ziff. 5 Abs. 1 […]AgV hält fest, dass [X] keinerlei Spesen vergütet wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen. Der *«Agent»* hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Ausgenommen sind die in Ziff. 8 Abs. 4 f. […]AgV geregelten Kostenzuschüsse für Fahrzeugwerbung und Messeteilnahmen.

31. Ziff. 8 Abs. 4 […]AgV führt zur Fahrzeugwerbung aus:

> «*Der Auftraggeber übernimmt für die Erstbeschriftung die Gesamtkosten der unter Ziffer 2, Absatz 4 vereinbarten Fahrzeugwerbung, sofern die Fahrzeug-Grundfarbe den aktuellen Vorgaben des Auftraggebers entspricht und der Auftraggeber das Beschriftungsunternehmen definiert. Der Agent hat alle 3 Jahre Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, bzw. früher, wenn das Fahrzeug ohne eigenes Verschulden durch einen Unfall gewechselt werden muss. Ab der zweiten Beschriftung beteiligt sich der Auftraggeber zur Hälfte, jedoch max. mit CHF […], wovon der Auftraggeber-Anteil zu […] % in WIR-Geld erstattet wird. Die Auftraggeber-Beteiligung wird dann fällig, wenn ein Fahrzeug auch tatsachlich neu beschriftet wurde. Die Vergütung erfolgt nach Einsendung eines Fotos des Fahrzeuges.*».

32. Gemäss Ziff. 8 Abs. 4 […]AgV übernimmt [X] die Gesamtkosten für die Erstbeschriftung der unter Ziff. 2 Abs. 4 […]AgV[35] vereinbarten Fahrzeugwerbung und danach die Hälfte der Kosten für die Fahrzeugwerbung, allerdings maximal […] Franken.[36] Dies deutet darauf hin, dass ein *«Agent»* nach der Erstbeschriftung seines Fahrzeugs den Anteil über die von [X] maximal entrichteten Kosten selber zu tragen hat.

33. Ziff. 8 Abs. 5 […]AgV führt zu Messeteilnahmen aus:

> «*Der Auftraggeber verpflichtet sich bei Messen, für die der Agent eine Standmiete bezahlt, die unter Ziffer 2, Absatz 5 vereinbarten Messeteilnahmen mit CHF […] in WIR-Geld pro Messetag zu unterstützen (Kostenzuschuss, Stand 2022). Die Vergütung erfolgt nach Einsendung der Messequittungen (Kopien) sowie von Standfotos nach dem Messeende. Zusätzlich hat der Agent Anspruch auf 10% Ermässigung für Warenbezüge bis zum Betrag von CHF […] pro durchgeführten Messetag (Stand 2022). Dieser Zusatzrabatt gilt nur auf Materialbezüge innerhalb von 10 Tagen nach Ende der Messe. Bei Messen mit einer Dauer ab 4 Tagen werden die doppelten Ansätze vergütet. Die Vergütungsansätze gelten pro Tag und nicht pro anwesende Agenten. Events (ohne dass eine Standmiete bezahlt wird): Der Auftraggeber vergütet bei Events CHF […] in WIR-Geld pro Tag. Ein Zusatzrabatt auf Materialeinkäufe wird nicht gewährt*.».

34. Ziff. 8 Abs. 3 […]AgV sieht vor, dass [X] Materiallieferungen ab […] Franken dem *«Agenten»* franko Domizil liefert. Für Materialbezüge unter […] Franken enthält der […]AgV keine Regelung, was darauf hindeutet, dass der *«Agent»* die Ware selbst bei [X] abholen muss oder die Kosten für die Lieferung selber tragen muss.

35. Gemäss Ziff. 4 Abs. 2 […]AgV werden dem *«Agenten»* bei einem kompletten Debitorenverlust lediglich die Verwaltungskosten[37] zurückvergütet. Zusätzlich trägt [X] bei einem Debitorenverlust des *«Agenten»* mit Materialanteil ab […] Franken das Delkredererisiko zur Hälfte mit. Dieser Regelung zufolge trägt der *«Agent»* das Delkredererisiko bis zu einem Materialanteil von […] Franken vollumfänglich und über diesen Anteil hinaus zur Hälfte.

---

[33] 1 «*Agent*» gab an, dass er die Kaufpreise mit den eigenen finanziellen Mitteln bezahlt und führte aus, dass der Kaufpreis von der Abrechnung des Monats abgezogen werde. 1 weiterer «*Agent*» gab nicht an, dass er die Kaufpreise mit den eigenen finanziellen Mitteln bezahlt, gab aber an, dass die gezahlten Kaufpreise monatlich mit der Provisionsrechnung abgezogen würden. 1 weiterer «*Agent*» gab an, dass die Warenbezüge von [X] als Umlagerung «abgebucht» würden. Diese Antworten werden dahingehend interpretiert, dass für diese 3 «*Agenten*» bezahlte Kaufpreise ausschliesslich für die Berechnung ihres Provisionsanspruchs relevant sind.

[34] Auswertung der Agentenbefragung.

[35] Dieser Bestimmung zufolge gibt sich ein «*Agent*» jederzeit als […]agent der [X] bekannt und erfüllt das vorgegebene Corporate Identity (CI). Der «*Agent*» hat sein Geschäftsfahrzeug in angemessener Grösse zu beschriften, dessen Fahrzeug-Grundfarbe, Firmenlogo und Corporate Design (CD) hat den Richtlinien des Auftraggebers zu entsprechen, wofür er gemäss Ziff. 8 Abs. 4 im Sinne eines Kostenzuschusses anteilmässig entschädigt wird.

[36] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023, Beilage 8, S. 9 ff.

[37] Dem Sekretariat ist nicht bekannt, auf welche Dienstleistungen von [X] sich die Verwaltungskosten beziehen.

Stellungnahme von [X] zur Kosten- und Risikoübernahme

36. Die mit der Tätigkeit der *«Agenten»* für [X] verbundenen finanziellen und wirtschaftlichen Risiken würden gemäss [X] entweder durch sie getragen oder es würde deren Übernahme durch die *«Agenten»* von [X] entschädigt. Die Übernahme der Risiken durch die *«Agenten»* entschädige [X] entweder in Form eines separaten Entgelts oder als Bestandteil der grosszügig ausgestalteten Provision.[38]

37. Zu den geschäftlichen Risiken, welche die *«Agenten»* zu tragen haben, führte [X] aus, dass es keine Rechnung (inkl. MwSt.) für durch *«Agenten»* bezogene Brandschutzprodukte gebe, es erfolge lediglich eine interne Umlagerung vom [X]-Lager zum Lager der *«Agenten»*. [X] erstelle dafür einen Agenturpreis, welcher zur Ermittlung der Provision (die sich berechne, indem vom Kundenpreis der Agenturpreis abgezogen werde) benötigt werde. Der Betrag auf den Umlagerungs-Lieferscheinen werde Ende Monat dem Kundenumsatz gegenübergestellt, was die Bruttoprovision des *«Agenten»* ergebe. Ende ein Agenturverhältnis, könne der *«Agent»* übrig gebliebene Ware an [X] retournieren. Weil solche Waren bereits in vorausgegangenen Provisions-Abrechnungen berücksichtigt seien, würde ein *«Agent»* für retournierte Waren eine Gutschrift bzw. eine zusätzliche Provision erhalten.[39]

38. [X] zufolge seien die *«Agenten»* nicht verpflichtet, die Vertragswaren auf eigene Kosten einzulagern.[40] Als Selbständigerwerbende würden sich die *«Agenten»* in Form ihres eigenen Geschäftsfahrzeuges beteiligen. Die *«Agenten»* würden diese Kosten selber tragen. Die den Kunden in Rechnung gestellten Anfahrtskosten etc. gingen dafür nicht an den [X]-Hauptsitz, sondern vollumfänglich an den *«Agenten»*, sodass dieser seine Auslagen decken könne.[41]

39. Als selbständigerwerbender *«Agent»* entscheide dieser selbst, ob die Arbeiten alle beim Kunden vor Ort ab seinem Geschäftsfahrzeug (Servicewagen) erfolgten, oder ein zusätzlicher Raum gewünscht/benötigt werde. In den Agenturprovisionen/Margen seien solche Zusatzkosten berücksichtigt. Der *«Agent»* steuere seine Agentur und Profitabilität selbst, da er die Kundenpreise auch selbst festlegen könne; dies bei ca. 90-95 % aller Aufträge, welche nicht in die Kategorie Grosskunden fallen würden (siehe dazu Rz 55).[42]

40. Gemäss […]AgV beteilige sich der [X]-Hauptsitz bei grösseren Aufträgen am Debitorenverlust zur Hälfte am Warenwert; kleinere Debitorenverluste trage der *«Agent»,* jedoch sei zu erwähnen, dass ihm für alle Verkaufsvermittlungen ein Entgelt für das Delkredererisiko von […] % vergütet werde.[43] Der Zahlungsausfall im Bereich von Brandschutzprodukten und den damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen sei generell sehr tief und die Kosten für die Übernahme des Delkredererisikos seien mit der Entschädigung von […] % (Ziff. 4 Abs. 1 […]AgV[44]) bereits mehr als abgegolten. Ausserdem trage [X] bei einem Debitorenverlust ab […] Franken, zusätzlich zur generellen Entschädigung von […] % u. a. die Hälfte des Delkredererisikos selber (Ziff. 4 Abs. 2 […]AgV).[45]

41. [X] finanziere Werbemassnahmen direkt und der *«Agent»* sei grundsätzlich vertraglich nicht verpflichtet, in Werbemassnahmen zu investieren.[46] Davon ausgenommen seien geringfügige Kosten, welche der *«Agent»* ggf. für gewisse Messepräsenzen sowie allenfalls die Zweitbeschriftung des Fahrzeuges tragen müsse, welche aber durch seine Provision gedeckt seien.[47]

42. Bei der Beurteilung der Risikotragung sei zudem zu berücksichtigen, dass die *«Agenten»*, ausser für durch sie verschuldete Schäden, nicht für aufgrund der vermittelten Geschäfte verursachte Schäden haften würden. Diese Haftung trage [X] Hinzu komme, dass – selbst wenn gewisse Investitionen ohne angemessene Entschädigung von den *«Agenten»* getätigt würden – diese Investitionen, wie insbesondere für das Geschäftsfahrzeug von den *«Agenten»* nach Beendigung der Tätigkeit für [X] auch für andere Geschäfte genutzt werden könnten. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass einem allenfalls noch bei den *«Agenten»* verbleibenden wirtschaftlichen oder finanziellen Risiko eine in den allermeisten Fällen – auch im Vergleich zu anderen Agenturtätigkeiten – sehr hohe Vergütung (Provision) der *«Agenten»* durch [X] gegenüberstehe.[48]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Kosten- und Risikoübernahme

43. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob die Vergütung (Provision und zusätzliche Geldbeträge), welche sie von [X] für ihre Tätigkeit erhalten, üblicherweise ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) übersteige oder üblicherweise gerade ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) decke.

[38] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[39] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[40] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 16 f.
[41] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[42] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[43] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[44] Ziff. 4 Abs. 1 […]AgV: «*Die Provision des Agenten ist auf das Ende desjenigen Kalendermonates, in dem die Lieferung erfolgt ist, abzurechnen und auszuzahlen. […]. Der Agent hat Anspruch auf Vorschüsse von 100% der ihm zustehenden Provision. Die 100% Vorschüsse teilen sich in […] % Verkaufs- u. Serviceprovision, [...] % Inkassoprovision und […] % Entgelt für das Delkredererisiko auf. Der Auftraggeber beteiligt sich zusätzlich an Debitorenverlusten gemäss Ziffer 4, Absatz 2 und 3. Debitorenverluste werden, da bereits ausbezahlt, am Ende des laufenden Kalendermonats wieder verrechnet.*».
[45] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[46] Dies betreffe z. B. Produktprospekte, den Betrieb und Unterhalt einer Homepage inkl. Agentursuche auf der Homepage von [X], Werbeeinträge in Fachmagazinen und Bezugsquellenregistern, Einträge in sog. Bauplaner-Tools, Social-Media Beiträge, das Erstellen von Flyern sowie das Zurverfügungstellen von [X]-Werbemitteln (bspw. Kugelschreiber) im Rahmen eines bestimmten Jahresbudgets bzw. jährlichen Kontingents pro «*Agent*». Bei [X] seien in den Jahren 2021 bis 2023 Kosten für Werbemassnahmen von rund […] Franken angefallen (Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 24).
[47] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 22 ff.
[48] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.

Die Mehrheit der befragten *«Agenten»* ([79 %]) gab an, dass die Vergütung für die Vermittlung von [X]-Brandschutzprodukten üblicherweise ihre eigenen Aufwände (pro Jahr) übersteige. [21 % der] *«Agenten»* gaben an, dass die Vergütung üblicherweise gerade die eigenen Aufwände (pro Jahr) decke.[49]

44. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob ihnen für die Einlagerung von [X]-Brandschutzprodukten Kosten entstünden und bat die *«Agenten»*, ggf. die Höhe der Einlagerungskosten für das Jahr 2023 anzugeben. [93 % der] *«Agenten»* antworteten, dass ihnen Kosten für die Lagerung entstünden; 1 *«Agent»* antwortete, dass dies von der Situation abhänge. Die Kosten für die Lagerung beliefen sich auf zwischen […] und […] Franken pro Jahr.[50]

45. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie verpflichtet seien, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([64 %][51]) gab an, zumindest faktisch verpflichtet zu sein, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. [36 % der] *«Agenten»* gaben an, nicht verpflichtet zu sein, [X]-Brandschutzprodukte auf eigene Kosten einzulagern. Von diesen […] «*Agenten*» gaben [40 % der] *«Agenten»* an, einen Vorteil darin zu sehen, ein Lager zu führen, insbesondere weil sie bei höherer Bestellmenge bessere Preise erhielten.[52]

46. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie für ihre Einlagerungskosten von [X] finanziell entschädigt würden. Alle befragten *«Agenten»* antworteten, dass sie für ihre Einlagerungskosten von [X] nicht entschädigt würden.[53]

47. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie für das Risiko entschädigt würden, dass eine Kundin oder ein Kunde erhaltene [X]-Brandschutzprodukte nicht bezahle (Delkredererisiko). Die Mehrheit der *«Agenten»* ([64 %][54]) gab an, für das Risiko, dass eine Kundin oder ein Kunde erhaltene Brandschutzartikel nicht bezahle, nicht entschädigt zu werden. 1 *«Agent»* gab an, für das Risiko, dass eine Kundin oder ein Kunde erhaltene [X]-Brandschutzprodukte nicht bezahle (Delkredererisiko), entschädigt zu werden. [29 % der] *«Agenten»* gaben an, teilweise für das Delkredererisiko entschädigt zu werden, so wie es im Agenturvertrag vorgesehen sei.[55]

48. Das Sekretariat fragte, ob den *«Agenten»* für Werbemassnahmen, die sie für [X] wahrnehmen, Kosten entstünden. [93 % der] *«Agenten»* bejahten die Frage. 1 *«Agent»* gab an, dass ihm für Werbemassnahmen, die er für [X] wahrnehme, teilweise Kosten entstünden.[56]

49. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie für die Kosten, die ihnen für Werbemassnahmen entstehen, von [X] entsprechend entschädigt würden. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([79 %]) verneinte die Frage. [21 %[57] der] *«Agenten»* gaben an, für die Kosten, die Ihnen für Werbemassnahmen für [X] entstehen, von [X] entsprechend teilweise entschädigt zu werden.[58]

Zwischenfazit zur Kosten- und Risikoübernahme

50. Dem […]AgV zufolge übernimmt [X] Werbekosten, Lieferkosten und das Delkredererisiko nur teilweise. Aus den Antworten der *«Agenten»* geht ebenfalls hervor, dass sie mehrere Kosten und Risiken selbst tragen müssen. Die *«Agentur-Tätigkeit»* scheint es zu erfordern, dass [X]-Brandschutzprodukte gelagert werden müssen, d. h. entsprechende Kosten anfallen, für die die *«Agenten»* von [X] nicht gesondert entschädigt werden. Gleichzeitig gab die Mehrheit der *«Agenten»* an, dass die Provision üblicherweise ihre Kosten (Rz 43) übersteige. Dies deutet darauf hin, dass die Provision die Auslagen der *«Agenten»* im Ergebnis in der Regel deckt. Es ist unklar, ob die Aussage von [X] zutrifft, wonach die grosszügig ausgestaltete Provision sämtliche Kosten und Risiken der *«Agenten»* decke. Zudem zeigt die Betrachtung von *«Agenten»*-Abrechnungen, dass diese für *«Agenten*» insofern nicht transparent sind, als aus den Abrechnungen nicht hervorgeht, welcher Kostenanteil von der Provision gedeckt wird.

51. Die Klärung der Frage, ob die Provisionen der *«Agenten»* sämtliche Kosten und Risiken decken, welche die *«Agenten»* im Rahmen ihrer Tätigkeit für [X] entstehen, kann aufgrund der Aktenlage nicht abschliessend beantwortet werden und bedürfte weiterer Abklärungen.

B.2.3 Preissetzung

52. Weder dem […]AgV noch der darin genannten Preisliste (vgl. Rz 24) lässt sich ein Hinweis zur Preissetzungsfreiheit der *«Agenten»* entnehmen, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preisliste aus den beiden oder anderen Dokumenten betreffend das von [X] an ihre *«Agenten»* gestellte Anforderungsprofil[59] (vgl. Rz 80) sonst wie ableiten.

53. In einem [X]-Newsletter vom 14. April 2022, welcher u. a. an die *«Agenten»* verschickt wurde, wird zum Thema «*Verkauf Preise im [X] Onlineshop*» Folgendes mitgeteilt:

> *«Neu sind in unserem Shop ab sofort alle Produkte mit dem höchsten Listenpreis inklusive Mehrwertsteuer abgebildet. (Die Preise sind gerundet, sodass es im Rappenbereich zu Abweichungen im Vergleich zu den Bruttopreisen kommen kann.).* ***Allfällige Preisdiskussionen mit (potenziellen) Kunden und Kundinnen wegen der online Preise sollten somit in Zukunft hinfällig sein****.».*[60] (Hervorhebung hinzugefügt)

[49] Auswertung der Agentenbefragung.
[50] Auswertung der Agentenbefragung.
[51] 1 «*Agent*» hat die Frage sowohl mit «*Ja*» als auch mit «*Nein*» beantwortet und gab an, dass er nicht immer zum Hauptsitz fahren könne, deshalb müsse er ein Lager haben. Aufgrund seiner Ausführungen ist diese Antwort als «*Ja*» zu werten.
[52] Auswertung der Agentenbefragung.
[53] Auswertung der Agentenbefragung.
[54] 1 «*Agent*» gab an, dass er faktisch alle Risiken trage, obwohl sein Agenturvertrag vorsehe, dass er sie nur teilweise trage.
[55] Auswertung der Agentenbefragung.
[56] Auswertung der Agentenbefragung.
[57] 1 «*Agent*» gab an, dass er viel Werbematerial kostenfrei oder kostenfrei zur Benutzung erhalte. Weitere Kosten trage er weitgehend selber, aber oft beteilige sich der Hauptsitz (gemeint ist [X]) nach Absprache (z. B. Messestände). Er trage die Kosten weitgehend selber, wenn er auf eigene Initiative Werbung mache.
[58] Auswertung der Agentenbefragung.
[59] Das Dokument zum Anforderungsprofil gibt unter dem Titel «*Zuständigkeit (Kompetenz)*» u. a. Folgendes an: «*Preisgestaltung unter Berücksichtigung der Agentur- und Unternehmensvorgaben*».
[60] [X]-Newsletter vom 14. April 2022.

54. Diese Mitteilung deutet darauf hin, dass [X] mithelfen wollte, die Endkundenpreise für Brandschutzprodukte der Marke [Y] hoch zu halten und mit «*Preisdiskussionen mit (potenziellen) Kunden und Kundinnen*» Preisdruck gegen unten gemeint ist, der eingedämmt werden sollte.

Stellungnahme von [X] zur Preissetzung

55. [X] erklärte, dass der Kaufvertrag für Brandschutzprodukte stets zwischen [X] und dem Kunden (Endverbraucher) zustande komme. [X] zufolge wäre es daher naheliegend und bezogen auf den Grundgedanken eines Agentursystems folgerichtig, wenn [X] die Endverkaufspreise selber festsetze und ihren *«Agenten»* auch vorgebe. Dies tue [X] eigenen Aussagen zufolge im Sinne einer Besonderheit jedoch nicht; ihre *«Agenten»* seien in der Festsetzung der Verkaufspreise frei. Ein *«Agent»* könne die Produkt- wie auch Dienstleistungspreise selbst festlegen. Er könnte Produkte gar verschenken, was aber zu Lasten seiner Provision gehe.[61] Bei Grosskunden verhandle der Grosskundenberater von [X] mit der Kundschaft den Preis, sodass dann alle *«Agenten»* diese reduzierten Preise anwenden müssten (Rz 39).

56. Zur Preissetzung führte [X] aus, dass die «*Agenten*» in ihrer Preissetzung grundsätzlich frei seien.[62] Zur Orientierung gebe [X] jedoch Servicekosten und Produktpreise (Brutto und Agentur) sowie Branchenrichtpreise an ihre *«Agenten»* ab. Die *«Agenten»* dürften sämtliche Richtpreise wie auch die Servicekosten beliebig unterschreiten.[63] Im oben genannten Newsletter (Rz 53) habe [X] mitgeteilt, auf ihrem Onlineshop den Listenpreis (= Bruttopreis) anzugeben, wobei es sich um einen Höchstpreis handle. Hintergrund dafür sei gewesen, dass *«Agenten»* bei Preisverhandlungen mit der Kundschaft der [X] den vollen Spielraum unterhalb des vorgegebenen Höchstpreises haben sollten. Die Anzeige von tieferen Preisen auf dem eigenen Onlineshop der [X] würde den Verhandlungsspielraum der *«Agenten»* zum Vornherein beschränken, zumal dadurch faktisch die Preise auf dem Onlineshop zum Höchstpreis würden. Eine Einschränkung des Spielraums könnte sich negativ auf die Vermittlungsbemühungen der *«Agenten»* auswirken. Die Freiheit der *«Agenten»*, die Preise für die im Namen und auf Rechnung der [X] verkauften Produkte unter dem Maximalpreis festzusetzen, würde durch dessen Verwendung im Onlineshop nicht eingeschränkt. Seit mehr als einem Jahr biete [X] auf dem Onlineshop nur noch die Möglichkeit einer Offertanfrage an und gebe keine Preise mehr an.[64] [X] bot dem Sekretariat von sich aus an, die Preise auf einer der von [X] eingereichten Preislisten als unverbindliche Empfehlungen zu bezeichnen.[65]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Preissetzung

57. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie frei seien in der Festsetzung der Verkaufspreise für [X]-Brandschutzprodukte, die sie als *«Agenten»* der [X] an Kundinnen und Kunden vermitteln. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([57 %]) gab an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für [X]-Brandschutzartikel frei seien, die anderen [43 %] gaben an, sie seien nicht frei in der Festsetzung der Verkaufspreise. Von diesen *«Agenten»* gaben [67 %] an, deshalb nicht frei zu sein in der Festsetzung der Verkaufspreise, weil diese nach oben hin begrenzt seien.[66]

Zwischenfazit zur Preissetzung

58. Die Betrachtung der Bruttopreisliste (Rz 23 ff.), welche [X] an die *«Agenten»* abgab/abgibt, ergibt, dass darin u. a. auch der Bruttoverkaufspreis enthalten ist, wobei es sich [X] zufolge um den Endverkaufspreis handeln könne, aber nicht müsse. Da die Bruttopreisliste aber auch den Einstandspreis abbildet, der für die Berechnung des Provisionsanspruchs erforderlich sei, wird dem *«Agenten»* die realisierbare Marge vorkalkuliert und kommuniziert (wobei es sich [X] zufolge gleichzeitig um die Provision des *«Agenten»* handeln solle), unter Vorbehalt des Abzuges von Verwaltungskosten. Angesichts des Umstandes, dass im Vertragsgebiet eines jeden *«Agenten»* weder [X] noch andere *«Agenten»* tätig sein dürfen (vgl. Rz 17, 59 ff.)[67] und auch die Erfüllung von Aufträgen in ein Vertragsgebiet durch *«Agenten»* aus anderen Gebieten vertraglich ausgeschlossen sind (Rz 59 ff.), dürften wenig Anreize für einen *«Agenten»* bestehen, den von [X] kommunizierten Bruttopreis zu unterschreiten, zumal dadurch seine Provision geschmälert würde. Hinzu kommt, dass [X] zufolge die Bruttopreisliste für ihre *«Agenten»* bestimmt sei, welche nach ersten Abklärungen nicht publikumsöffentlich ist. Weder der […]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind. Jedoch gab die Mehrheit der *«Agenten»* an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für Brandschutzartikel frei seien. Zudem gab ein Teil der «*Agenten*» an, dass sie die Preise unter-, aber nicht überschreiten dürfen, was dafür sprechen könnte, dass die Bruttopreise als Höchstpreise verstanden werden könnten.

B.2.4 Gebietszuweisung

59. Ziff. 1 Abs. 2 Bst. a […]AgV regelt das Tätigkeitsgebiet des *«Agenten»* folgendermassen:

> *«[2)] Verkaufslimitierung bzw. Tätigkeitslimitierung des Agenten:*
>
> *Der Agent verpflichtet sich: a) In einem anderen als dem ihm zugewiesenen Vertragsgebiet für die in diesem Vertrag genannten Vertragsprodukte und Dienstleistungen* ***keine Aufträge zu tätigen*** *und keine Niederlassungen zu errichten.».* (Hervorhebung hinzugefügt)

[61] Schreiben der [X] vom 20. Juni 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 1. Juni 2023.
[62] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023, S. 6.
[63] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 43.
[64] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 45.
[65] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023; die Preisliste trägt den Titel «*Übersichtpreisliste aller Kategorien ab 01.01.2023 (Richtpreise, welche je nach Region auch nicht passend sein können!)*».
[66] Auswertung der Agentenbefragung.
[67] Beim Gespräch des Sekretariats mit dem Geschäftsführer der [X] am 27.9.2023 gab dieser zu diesem Thema an, dass: «… *grundsätzlich kein Verbot [bestehe], aber der Agent […] zuerst den für das Gebiet zuständigen Agenten fragen [müsse]*…».

60. Diese Klausel untersagt dem *«Agenten»* explizit, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden.

Stellungnahme von [X] zur Gebietszuweisung

61. [X] erklärte, dass Passivverkäufe erlaubt seien, d. h. «*Agenten*» unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus anderen Gebieten als den ihnen zugewiesenen bedienen könnten.[68] Die Formulierung «*keine Aufträge zu tätigen*» schliesse dies nicht aus und die *«Agenten»* würden tatsächlich häufig Kundschaft aus anderen Gebieten als dem ihnen zugewiesenen bedienen.[69]

62. [X] bot dem Sekretariat von sich aus an, in Ziff. 1 Abs. 2 […]AgV klarzustellen, dass das passive Tätigen bzw. Vermitteln von Aufträgen ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets (insbesondere die Vermittlung von Brandschutzprodukteverkäufen auf unaufgeforderte Anfragen eines Kunden von ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebietes hin) erlaubt sei.[70]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Gebietszuweisung

63. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie frei seien, unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets zu bedienen. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([93 %]) verneinte die Frage. 1 *«Agent»* gab an, dass er frei sei, unaufgeforderte Anfragen von *neuen* Kundinnen und Kunden (d. h. Kundinnen und Kunden, die noch nie mit dem Unternehmen Geschäfte getätigt hätten) aus Gebieten ausserhalb des ihm vertraglich zugewiesenen Gebiets zu bedienen. Allerdings dürfe er nicht bestehende Kundinnen und Kunden ausserhalb von seinem Gebiet bedienen.[71]

64. Als Grund, weshalb sie keine solchen unaufgeforderten Anfragen bedienen können, nannten [54 % der] *« Agenten »* einen Gebietsschutz. [15 % der] *«Agenten»* gaben an, dass die Bedienung unaufgeforderter Anfragen eine Absprache mit dem zuständigen *«Agenten»* des jeweiligen Gebietes erfordere. 1 *«Agent»* gab an, dass er die unaufgeforderten Anfragen den jeweils zuständigen *«Agenten»* weiterreiche. 1 *«Agent»* gab an, dass andere *«Agenten»* nicht einverstanden wären und das Gebiet nach Postleitzahlen festgelegt sei. [15 % der] *«Agenten»* verwiesen auf den Agenturvertrag, insbesondere auf die Ziff. 1 Abs. 2 Bst. a […]AgV (Rz 59).[72]

65. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie im Jahr 2023 unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedient hätten. Die Hälfte der *«Agenten»* ([50 %]) gab an, im Jahr 2023 unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedient zu haben.[73]

66. Die Umstände, die dazu führten, dass *«Agenten»* unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets bedienten, seien z. B. die Vertretung eines *«Agenten»*, der krank sei, einen Unfall gehabt habe oder sich in den Ferien befunden habe, eine entsprechende Vereinbarung mit dem für das andere Gebiete zuständigen *«Agenten»*. 1 *«Agent»* gab an, dass er im Jahr 2023 schätzungsweise 5-10 Aufträge bedient habe. [29 % der] *«Agenten»* gaben an, dass sie unaufgeforderte Anfragen von Kundinnen und Kunden aus Gebieten ausserhalb des Ihnen vertraglich zugewiesenen Gebiets irrtümlicherweise bedienten.[74]

Zwischenfazit zur Gebietszuweisung

67. Der […]AgV weist jedem *«Agenten»* ein Gebiet zu und untersagt diesem, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden. Dies wird auch bestätigt durch die Antworten der *«Agenten»*. Die «*Agenten*» scheinen aber die Möglichkeit zu haben, Kundenanfragen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs zu bedienen, wobei dies von bestimmten Umständen abhängt wie bspw. der Zustimmung des zuständigen *«Agenten»* oder im Falle von Krankheit oder Ferien eines solchen *«Agenten»*. Die Angaben der *«Agenten»* deuten somit darauf hin, dass diese das vertragliche Verbot, Aufträge in ihnen nicht zugewiesenen Gebieten zu tätigen, als Gebietsschutz verstehen und die *«Agenten»* die Erfüllung von Aufträgen in fremden Gebieten vermeiden. [X] zufolge betrage der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in fremden Gebieten zu tätigen geeignet, (weitere) gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern und sowohl aktive[75] als auch passive Verkäufe in fremde Gebiete zu unterbinden.

B.2.5 Alleinbezugsverpflichtung bei Ersatzteilen

68. Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV verpflichtet die *«Agenten»* u. a. «*ausschliesslich Original-Ersatzteile des jeweiligen Herstellers zu verwenden und diese ausschliesslich beim Auftraggeber (Anm. des Sekretariats: der Auftraggeber ist [X]) zu beziehen*…». Durch diese Klausel sind die *«Agenten»* vertraglich verpflichtet, sämtliche Ersatzteile, die sie für Wartungs- und Unterhaltsarbeiten benötigen, bei [X] zu beziehen.

[68] Vgl. Art. 3 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).
[69] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Beilage 11: Im Geschäftsjahr 2023 habe der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 % betragen.
[70] Schreiben der [X] vom 5. Oktober 2023 betr. Auskunftsbegehren vom 14. September 2023.
[71] Auswertung der Agentenbefragung.
[72] Auswertung der Agentenbefragung.
[73] Auswertung der Agentenbefragung.
[74] Auswertung der Agentenbefragung.
[75] Aktiver Verkauf ist die gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden durch Besuche, Schreiben, E-Mails, Anrufe oder sonstige Formen der direkten Kommunikation oder durch gezielte Werbung und Absatzförderung, offline oder online, beispielsweise durch Printmedien oder digitale Medien, einschliesslich Online-Medien, Preisvergleichsdiensten oder Suchmaschinenwerbung, die auf Kundinnen und Kunden in bestimmten Gebieten oder aus bestimmten Kundengruppen ausgerichtet sind, durch den Betrieb einer Website mit einer Top-Level-Domain, die bestimmten Gebieten entspricht, oder durch das Angebot von in bestimmten Gebieten üblichen Sprachoptionen auf einer Website, sofern diese Sprachen sich von denen unterscheiden, die in dem Gebiet, in dem die Abnehmerin oder der Abnehmer niedergelassen ist, üblicherweise verwendet werden (Art. 2 VertBek).

Stellungnahme von [X] zur Alleinbezugsverpflichtung

69. Eine logische Konsequenz der exklusiven Tätigkeit für [X] im Bereich des Brandschutzes und des Vertriebs von Brandschutzprodukten (Ziff. 2 Abs. 7 […]AgV[76]) sei, dass die *«Agenten»* in diesem Bereich ausschliesslich [X]-Produkte vermittelten. Das betreffe auch die Ersatzteile für Brandschutzprodukte. Es handle sich auch mit Bezug auf die Ersatzteile um eine Vermittlung durch die *«Agenten»* und nicht um einen Kauf und Weiterverkauf. Der Wartungsvertrag, im Rahmen dessen die Kundschaft auch Ersatzteile beziehe, komme zwischen [X] und dem jeweiligen Kunden zustande.[77] Die Ersatzteile würden – wie die Brandschutzprodukte – im Namen und auf Rechnung von [X] an die Kundschaft verkauft.[78] Die in Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV vorgesehene Pflicht, die Ersatzteile ausschliesslich bei [X] «*zu beziehen*», sei daher lediglich Ausdruck der ausschliesslichen Vermittlungstätigkeit für [X]. Es handle sich daher nicht um eine Bezugsverpflichtung, sondern um die Pflicht, auch im Bereich der Ersatzteile exklusiv für [X] als Auftragsvermittler tätig zu sein.[79]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Alleinbezugsverpflichtung

70. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie sämtliche Ersatzteile, die sie für Serviceleistungen benötigen, ausschliesslich bei [X] beziehen. Alle *«Agenten»* bejahten diese Frage. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([93 %]) gab an, dass sie verpflichtet seien, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen. 1 *«Agent»* gab an, dass keine entsprechende Verpflichtung im Vertrag ersichtlich sei.[80]

Zwischenfazit zur Alleinbezugsverpflichtung

71. Aus Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV und den Antworten der *«Agenten»* geht hervor, dass die *«Agenten»* verpflichtet sind, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen.

B.2.6 Zwischenfazit zum Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte

72. Aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes besteht die Tätigkeit der *«Agenten»* in der Vermittlung von Brandschutzprodukten. Der Kaufvertrag wird dann aber zwischen [X] und den Endkunden abgeschlossen und – mit Ausnahme der Auslieferung gekaufter Brandschutzprodukte, die durch die *«Agenten»* vorgenommen wird – abgewickelt.

73. Gemäss […]AgV ergibt sich die Provision aus dem von [X] bestimmten Listenpreis (Rz 22 f.), von welchem ein rechnerischer Agentenpreis sowie Verwaltungskosten abgezogen werden (Rz 22 f.). Die Angaben von [X] und der Mehrheit der *«Agenten»* spricht dafür, dass die *«Agenten»* [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] käuflich erwerben, sondern [X] das Eigentum an den [X]-Brandschutzprodukten behält. Der Umstand, dass [43 % der] *«Agenten»* angaben, Brandschutzprodukte bei [X] käuflich zu erwerben, zeigt jedoch, dass die Frage des Eigentumsübergangs für Brandschutzprodukte zu wenig klar geregelt ist.

74. Dem […]AgV zufolge übernimmt [X] Werbekosten, Lieferkosten und das Delkredererisiko nur teilweise. Aus den Antworten der *«Agenten»* geht ebenfalls hervor, dass sie für mehrere Kosten und Risiken selbst aufkommen müssen. Die *«Agentur-Tätigkeit»* scheint es zu erfordern, dass [X]-Brandschutzprodukte gelagert werden müssen, d. h. entsprechende Kosten anfallen, für die die *«Agenten»* von [X] nicht entschädigt werden. Gleichzeitig gab die Mehrheit der *«Agenten»* an, dass die Provision üblicherweise ihre Kosten (Rz 43) übersteige. Dies deutet darauf hin, dass die Provision die Auslagen der *«Agenten»* im Ergebnis in der Regel deckt. Die Klärung der Frage, ob die Provisionen der *«Agenten»* im Einzelfall sämtliche Kosten und Risiken decken, welche die *«Agenten»* im Rahmen ihrer Tätigkeit für [X] entstehen, kann vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden.

75. Die Betrachtung der Bruttopreisliste (Rz 23 ff.), welche [X] an die *«Agenten»* abgab/abgibt, ergibt, dass darin u. a. auch der Bruttoverkaufspreis enthalten ist, wobei es sich [X] zufolge um den Endverkaufspreis handeln könne, aber nicht müsse. Da die Bruttopreisliste aber auch den Einstandspreis abbildet, der für die Berechnung des Provisionsanspruchs erforderlich sei, wird dem *«Agenten»* die realisierbare Marge vorkalkuliert und kommuniziert (wobei es sich [X] zufolge gleichzeitig um die Provision des *«Agenten»* handeln solle), unter Vorbehalt des Abzuges von Verwaltungskosten. Angesichts des Umstandes, dass im Vertragsgebiet eines jeden *«Agenten»* weder [X] noch andere *«Agenten»* tätig sein dürfen[81] und auch die Erfüllung von Aufträgen in ein Vertragsgebiet durch *«Agenten»* aus anderen Gebieten vertraglich ausgeschlossen sind, dürften wenig Anreize für einen *«Agenten»* bestehen, den von [X] kommunizierten Bruttopreis zu unterschreiten, zumal dadurch seine Provision geschmälert würde. Hinzu kommt, dass [X] zufolge die Bruttopreisliste für ihre *«Agenten»* bestimmt sei. Nach ersten Abklärungen ist die Bruttopreisliste nicht publikumsöffentlich. Weder der […]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind. Jedoch gab die Mehrheit der *«Agenten»* an, dass sie bei der Festsetzung der Verkaufspreise für Brandschutzartikel frei seien. Zudem gab ein Teil der «*Agenten*» an, dass sie die Preise unter-, aber nicht überschreiten dürfen, was dafür sprechen könnte, dass die Bruttopreise als Höchstpreise verstanden werden könnten.

[76] Ziff. 2 Abs. 7 […]AgV lautet wie folgt: «*Der Agent darf grundsätzlich auch für andere Auftraggeber tätig sein. Im Bereich des Brandschutzes und des Vertriebs von Brandschutzprodukten ist der Agent jedoch exklusiv für den Auftraggeber tätig und er enthält sich einer konkurrierenden Tätigkeit. Ausserhalb seiner Verpflichtungen für den Auftraggeber enthält er sich insbesondere jeglicher Tätigkeit, ob Verkauf, Beratung, Dienstleistung oder Unterhalt an Produkten, die der Auftraggeber derzeit oder künftig in der Brandschutzbranche vertreibt oder herstellt oder die zu solchen Produkten in Konkurrenz stehen. Ferner enthält er sich jeglicher Tätigkeit beruflicher oder nebenberuflicher Art, die mit der Wahrung der Interessen des Auftraggebers unvereinbar ist.*».

[77] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42, Beilage 12, Offerte vom 27. Juli 2021.

[78] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42, Beilage 13, Rechnung vom 24. August 2021.

[79] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 42.

[80] Auswertung der Agentenbefragung.

[81] Beim Gespräch des Sekretariats mit dem Geschäftsführer der [X] am 27.9.2023 gab dieser zu diesem Thema an, dass: «*… grundsätzlich kein Verbot [bestehe], aber der Agent […] zuerst den für das Gebiet zuständigen Agenten fragen [müsse]…*».

76. Der […]AgV weist jedem *«Agenten»* ein Gebiet zu und untersagt diesem, Aufträge in Gebieten zu tätigen, die ihm nicht zugewiesen wurden, was durch die Antworten der *«Agenten»* bestätigt wird. Es scheint, dass *«Agenten»* die Möglichkeit haben, Kundenanfragen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs zu bedienen. Diese Möglichkeit ist jedoch begrenzt, da sie in den meisten Fällen der Zustimmung des im fremden Gebiet zuständigen *«Agenten»* bedürfe oder im Falle von Krankheit oder Ferien des betreffenden *«Agenten»* vorkomme. Die Angaben der *«Agenten»* deuten somit darauf hin, dass diese das vertragliche Verbot, Aufträge in fremden Gebieten zu tätigen, als Gebietsschutz verstehen, was die *«Agenten»* veranlasst, Aufträge in fremden Gebieten zu vermeiden. [X] zufolge betrage der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in Fremdgebieten zu tätigen geeignet, (weitere) gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern und sowohl aktive als auch passive Verkäufe in Fremdgebiete zu unterbinden.

77. Aus Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV und den Antworten der *«Agenten»* geht sodann hervor, dass sie verpflichtet sind, Ersatzteile ausschliesslich bei [X] zu beziehen.

B.3 [X]-Serviceleistungen

78. Die folgenden Abschnitte fassen die Erkenntnisse zu [X]-Serviceleistungen in Bezug auf die hier interessierenden Sachverhaltselemente zusammen, d. h. die Provision (B.3.1), die Preissetzungsfreiheit der «*Agenten*» (B.3.2) und eine Gebietszuweisung (B.3.3).

79. Vorab ist zu den [X]-Serviceleistungen festzuhalten, dass der […]AgV Art. 418a--418v OR[82] unterstellt wurde und in Art. 1 Ziff. 1 den *«Agenten»* u.a. die Pflicht auferlegt, Dienstleistungen für Brandschutzprodukte zu verkaufen und sämtliche Kontroll-, Service- und Neufüllungsarbeiten an Brandschutzprodukten auszuführen (vgl. Rz 16). Die EU-Vertikalleitlinien halten fest, dass die Vermittlung von Dienstleistungen vom Handelsvertreterprivileg erfasst werden, wenn der Handelsvertreter die ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selber erbringt (vgl. Rz 33 Bst. a EU-Vertikalleitlinien). Im vorliegenden Fall trifft dies gerade nicht zu, da die «Agenten» [X]-Serviceleistungen nicht nur vermitteln, sondern dazu verpflichtet sind, die entsprechenden Dienstleistungen (für [X]) selbst zu erbringen.

B.3.1 Provision

80. Ziff. 3 Abs. 4a […]AgV hält Folgendes zur Provision bei [X]-Serviceleistungen fest:

> *«[4a)] Bei Aufträgen, welche Servicekontrollen und oder Regiearbeiten enthalten, bringt der Auftraggeber […] % (Stand 2022) für die Verwaltungskosten/Auftragsadministration (berechnet nur auf den Kontrollanteil der Kundenfaktura) von der Provision in Abzug. Darin enthalten sind auch die gesamten AG-Sozialleistungsanteile. Der Auftraggeber kann die Verwaltungskosten an Bedingungen aus dem Anforderungsprofil (Anhang 8) knüpfen und diese im Intervall von 6 Monaten auswerten (Stand 2022). Erfüllt der Agent die Bedingungen, so reduzieren sich die Verwaltungskosen um […] %, bzw. bei Nichterfüllung erhöhen sich diese um jeweils […] %. Die Neueinstufung erfolgt per Februar und August. Der höchste/tiefste Verwaltungskosten-Ansatz liegt jeweils […] % über, bzw. unter dem für das jeweilige Jahr kommunizierten Ansatzes. Der Höchstwert ist […] %, bzw. der Tiefstwert […] % (Stand 2022). Kommuniziert der Auftraggeber keinen neuen Ansatz, so verbleibt jener des abgelaufenen Semesters. Die Nettoverwaltungskosten belaufen sich aufgrund der AG-Sozialleistungen auf […] % (Stand 2022) siehe hierzu Ziffer 5.»*.

81. Zur Berechnung der eigentlichen Provision enthält der […]AgV keine Angaben.

Stellungnahme von [X] zur Provision

82. [X] gab an, die Provision für [X]-Serviceleistungen ergebe sich aus dem vom *«Agenten»* festgelegten Preis, abzüglich Verwaltungskosten von […] %.[83]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Provision

83. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, an wen Kundinnen und Kunden die von ihnen erbrachten [X]-Serviceleistungen bezahlen. Alle befragten *«Agenten»* gaben an, dass Kundinnen und Kunden die von ihnen erbrachten [X]-Serviceleistungen direkt an [X] bezahlen.[84]

84. Das Sekretariat bat die «*Agenten*» zu erklären, wie die Provision berechnet wird, welche die *«Agenten»* für [X]-Serviceleistungen an [X]-Brandschutzprodukten von [X] erhalten. Die Angaben der *«Agenten»* zur Berechnung der Provision entsprechen im Wesentlichen dem Vertragsinhalt.[85] [29 % der] *«Agenten»* gaben an, dass sie zwischen […] und […] % der Serviceleistung erhalten. 1 *«Agent»* gab an, dass die Provision […] % des erreichten Serviceumsatzes entspreche. Laut den Antworten von [50 % der] *«Agenten»* würden […] % der Dienstleistung an [X] als Verwaltungskosten gehen. Bei [29 % der] *«Agenten»* werde eine Pauschale für Ersatzteile, eine Pauschale für die Anfahrt und/oder eine Pauschale für Klein- und Reinigungsmaterial zu den Kosten der Serviceleistungen hinzugefügt.[86]

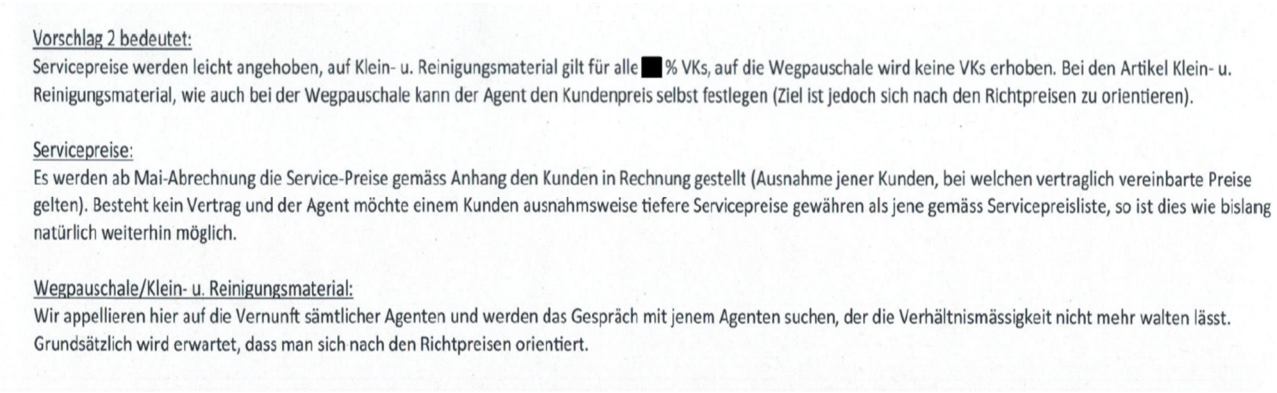
Zwischenfazit zur Provision

85. Aus den Antworten der *«Agenten»* geht hervor, dass die Kundschaft die von den *«Agenten»* erbrachten [X]-Serviceleistungen direkt an [X] bezahlen. Die Provision für [X]-Serviceleistungen entspricht dabei dem Endkundenpreis abzüglich der Verwaltungskosten (von […] %). Die Provision, die an die *«Agenten»* geht, bewegt sich bis zu […] % des Preises für die erbrachten Dienstleistungen. Pauschalen für Ersatzteile, Anfahrt und/oder Klein- und Reinigungsmaterial können wohl zu den Kosten der [X]-Serviceleistungen hinzugefügt werden.

[82] Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).
[83] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 47.
[84] Auswertung der Agentenbefragung.
[85] Auswertung der Agentenbefragung.
[86] Auswertung der Agentenbefragung.

B.3.2 Preissetzung

86. Dem Sekretariat liegt eine Servicekosten-Preisliste vor, die mit einem Gültigkeitsdatum versehen und mit folgendem Hinweis versehen ist: «*Vorhergehende Preislisten verlieren ihre Gültigkeit*». Diese Preisliste enthält Servicekosten, die nur für «*Eigenmarken*» gelten, wobei gestützt auf den gegenwärtigen Kenntnisstand nicht klar ist, welche Produkte vom Begriff «*Eigenmarken*» erfasst werden. Naheliegend scheint aber, dass es sich dabei um [X]-Brandschutzprodukte handelt, für die [X] die [Importeurin] in der Schweiz ist. [X] gab dem Sekretariat gegenüber an, dass diese Servicekosten-Preisliste ihren *«Agenten»* als Orientierung diene und dass die *«Agenten»* die Servicekosten beliebig unterschreiten dürften. Diese Aussage von [X] widerspricht den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten, u. a. einer Kommunikation von [X] an ihre *«Agenten»* vom 11. April 2023 (welche das Ergebnis einer Umfrage wiedergibt, welche [X] bei den *«Agenten»* durchgeführt hat), worin u. a. Folgendes mitgeteilt wird:



Vorschlag 2 bedeutet:
Servicepreise werden leicht angehoben, auf Klein- u. Reinigungsmaterial gilt für alle [redacted] % VKs, auf die Wegpauschale wird keine VKs erhoben. Bei den Artikel Klein- u. Reinigungsmaterial, wie auch bei der Wegpauschale kann der Agent den Kundenpreis selbst festlegen (Ziel ist jedoch sich nach den Richtpreisen zu orientieren).

Servicepreise:
Es werden ab Mai-Abrechnung die Service-Preise gemäss Anhang den Kunden in Rechnung gestellt (Ausnahme jener Kunden, bei welchen vertraglich vereinbarte Preise gelten). Besteht kein Vertrag und der Agent möchte einem Kunden ausnahmsweise tiefere Servicepreise gewähren als jene gemäss Servicepreisliste, so ist dies wie bislang natürlich weiterhin möglich.

Wegpauschale/Klein- u. Reinigungsmaterial:
Wir appellieren hier auf die Vernunft sämtlicher Agenten und werden das Gespräch mit jenem Agenten suchen, der die Verhältnismässigkeit nicht mehr walten lässt. Grundsätzlich wird erwartet, dass man sich nach den Richtpreisen orientiert.

87. Im Abschnitt *«Servicepreise»* wird ersichtlich, dass [X] u. a. ihre *«Agenten»* anweist, grundsätzlich die Servicepreise gemäss Servicekosten-Preisliste in Rechnung zu stellen. Im Abschnitt «*Wegpauschale/Klein- u. Reinigungsmaterial*» wird zudem ersichtlich, dass (von den «*Agenten*») erwartet wird, dass «*man sich nach den Richtpreisen orientiert*», womit nach Ansicht des Sekretariats wohl die Anfahrtspauschalen gemeint sind, die in der Servicekosten-Preisliste aufgelistet sind. Diese Kommunikation von [X] an die *«Agenten»* deutet darauf hin, dass die Servicekostenpreisliste für die *«Agenten»* verbindlich ist. Zudem enthält die Servicepreisliste den Posten «*Anfahrt-Pauschale bei Wartung ab CHF […]*», was ebenfalls gegen einen Höchstpreis spricht.

Stellungnahme von [X] zur Preissetzung

88. [X] gab zur oben genannten E-Mail (Rz 86) an, dass sich daraus ergebe, dass [X] den *«Agenten»* zu den Servicepreisen gewisse Vorgaben mache. [X] gebe den *«Agenten»* aber trotzdem noch die Möglichkeit, diese Preise zu unterschreiten, sofern [X] mit den betreffenden Kunden nicht bereits über eine vertragliche Vereinbarung verfüge. Es handle sich also lediglich um eine Maximalpreisvorgabe. Mit Bezug auf den Preis für den vermittelten Verkauf von Klein- und Reinigungsmaterial halte die E-Mail ebenfalls explizit fest, dass die *«Agenten»* den Preis selber festlegen könnten, wobei zur Orientierung für die Preissetzung auf die Richtpreise verwiesen würde. In der Vergangenheit habe [X] auch mit Bezug auf die Preise für vermittelte Services sowie Klein- und Reinigungsmaterial lediglich interveniert (obwohl [X] als Auftraggebern ihren *«Agenten»* den Verkaufspreis vorgeben könne), wenn die *«Agenten»* die Preise zu hoch angesetzt hätten.[87]

89. Hintergrund für die Ausführungen im Abschnitt «*Wegpauschale/Klein- und Reinigungsmaterial*» der vorgenannten E-Mail sei gemäss [X], dass gewisse *«Agenten»* in der Vergangenheit, statt die Preise für vermittelte Serviceaufträge selbst, jeweils nur die Wegpauschale und die Preise für Klein- und Reinigungsmaterial erhöht hätten. Grund dafür dürfte gewesen sein, dass ihnen [X] diese beiden Positionen in der Vergangenheit ohne Abzug zu 100 % weitergereicht habe. Damit [X] die stetig steigenden Kosten (u. a. im Einkauf der Produkte) habe abfedern können, habe sie mit den *«Agenten»* verschiedene Vorschläge besprochen, wie sich [X] an diesen zusätzlichen Einnahmen der *«Agenten»* infolge von Preiserhöhungen beteiligen könne. Dabei habe sie sich mit den *«Agenten»* darauf geeinigt, die Richtpreise für Servicearbeiten leicht zu erhöhen, welche den *«Agenten»* als unverbindliche Orientierungshilfe bei den Preisverhandlungen mit Kunden der [X] dienen würden. Für Klein- und Reinigungsmaterial sei zudem analog zum Abrechnungsmechanismus für Serviceaufträge ein Abzug von Verwaltungskosten von […] % eingeführt worden. Davon habe sich [X] erhofft, künftig mehr an den durch die *«Agenten»* ausgehandelten Preiserhöhungen zu partizipieren. Zu beachten sei dabei, dass die *«Agenten»* vorbehältlich einer vertraglichen Vereinbarung der [X] mit dem Kunden stets die Möglichkeit hätten, die Richtpreise zu unterschreiten.[88]

Ergebnis der Agentenbefragung zur Preissetzung

90. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie frei in der Festsetzung der Preise seien, welche Kundinnen und Kunden für erbrachte Serviceleistungen für [X] verrechnet werden. Die Mehrheit der *«Agenten»* ([57 %]) gab an, nicht frei zu sein in der Festsetzung der Preise, welche Kundinnen und Kunden für erbrachte Serviceleistungen für [X] verrechnet werden. [36 % der] *«Agenten»* gaben an, in der Festsetzung der Preise frei zu sein. 1 «*Agent*» verwies auf den Agenturvertrag.[89]

[87] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 46.
[88] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 47.
[89] Auswertung der Agentenbefragung.

91. Das Sekretariat fragte die *«Agenten»*, ob sie über die Höhe von Anfahrtskosten, welche Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellt werden, selber entscheiden können. Bei negativen Antworten bat das Sekretariat um eine Erklärung, inwiefern dies nicht der Fall ist und insbesondere, wer die Höhe der Anfahrtskosten festlegt. [43 % der] *«Agenten»* gaben an, dass sie selber über die Höhe von Anfahrtskosten entscheiden, welche Kundinnen und Kunden in Rechnung gestellt werden, ohne Vorgabe eines Maximalbetrags durch [X]. [43 % der] *«Agenten»* gaben an, dass Maximalbeträge von [X] festgesetzt würden und laut der Antwort von [21 % der] *«Agenten»* würden die Anfahrtskosten […] Franken betragen. [14 % der] *«Agenten»* gaben an, dass die Anfahrtskosten für Grosskunden und Wiederverkäufer festgelegt würden.[90]

Zwischenfazit zur Preissetzung

92. In Bezug auf die Preissetzungsfreiheit der *«Agenten»* bei [X]-Serviceleistungen bestehen Hinweise, dass [X] von den *«Agenten»* – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den *«Agenten»* über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat. Weder der […]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten.

B.3.3 Gebietszuweisung

93. Da die vertragliche Gebietszuweisung sowohl für [X]-Brandschutzprodukte als auch für [X]-Serviceleistungen gilt, wird hier auf die obigen Ausführungen (Rz 59 ff.) verwiesen.

B.3.4 Zwischenfazit zu [X]-Serviceleistungen

94. Gemäss […]AgV bringt [X] von der Provision der *«Agenten»* betreffend [X]-Serviceleistungen ca. […] % Verwaltungskosten in Abzug. Die Angaben von [X] und ihrer *«Agenten»* deuten darauf hin, dass die Servicepreisliste, welche [X] ihren *«Agenten»* abgibt, der Berechnung der Provision und der Servicepreise zugrunde gelegt wird.

95. In Bezug auf die Preissetzungsfreiheit der *«Agenten»* beim Service bestehen Hinweise, dass [X] von den *«Agenten»* – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den *«Agenten»* über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat. Weder der […]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten.

96. Da die vertragliche Gebietszuweisung sowohl für [X]-Brandschutzprodukte als auch für [X]-Serviceleistungen gilt, wird hier auf die obigen Ausführungen (Rz 76) verwiesen.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

97. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

98. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die wirtschaftliche Selbständigkeit stellt praxisgemäss eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs von Art. 2 Abs. 1bis KG dar, weshalb Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind.[91] Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

99. [X] ist vorliegend als Nachfragerin und Anbieterin von Dienstleistungen und Gütern im Wirtschaftsprozess als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes einzustufen, sodass die entsprechenden Bestimmungen auf sie anwendbar sind.

100. Die *«Agenten»* erfüllen den Tatbestand des Unternehmens in Bezug auf das Anbieten ihrer Vertriebs- und Servicedienstleistungen gegenüber [X]. Ob die *«Agenten»* auch in Bezug auf einen allfälligen Ankauf und Verkauf der Vertragswaren und die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des […]AgV als Unternehmen zu behandeln sind, wird im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG) analysiert (Rz 110 ff.).[92]

101. Der […]AgV zeitigt Auswirkungen in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist in räumlicher Hinsicht anwendbar.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

102. 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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

103. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG werden von [X] auch nicht angerufen.

---

[90] Auswertung der Agentenbefragung.

[91] BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021, E. 7.2, *Schlub AG et al. gegen Wettbewerbskommission WEKO*.

[92] BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl., 2022, Art. 4 Abs. 1 N 364 ff.; BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 24.

C.3 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)

104. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

105. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen, b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.[93]

C.3.1 Unternehmen verschiedener Marktstufen

106. Eine Wettbewerbsabrede setzt voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Gesellschaften, die demselben Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG angehören, werden nicht erfasst.[94] Vorliegend geht es um das Zusammenwirken von [X] und den «*Agenten*».

107. Beschränken zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten, spricht man von vertikalen Abreden (vgl. Art. 1 VertBek[95]).

108. Vorliegend agieren [X] und die *«Agenten»* auf unterschiedlichen Marktstufen (vgl. Rz 4 f.), so dass eine Wettbewerbsabrede zwischen diesen eine vertikale wäre.

C.3.2 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

109. Vorliegend steht die Frage im Zentrum, ob zwischen [X] und den *«Agenten»* ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen mindestens zwei Unternehmen vorliegt (Rz 105). Das wäre in Bezug auf Brandschutzprodukte insbesondere dann nicht der Fall, wenn es sich bei den *«Agenten»* um *«echte Agenten»* von [X] handelt, also um Agenten, die nicht als unabhängige Marktteilnehmer handeln (Rz 110 ff).

C.3.2.1 Agentenqualität der [X]-«*Agenten*»

110. Zu prüfen ist, ob die *«Agenten»* in Bezug auf die [X]-Brandschutzprodukte gemäss […]AgV als echte Agenten zu qualifizieren sind. In Bezug auf [X]-Serviceleistungen bestehen grosse Zweifel, ob Dienstleistungen im Agenturmodell erbracht werden können, wenn der Agent, wie im vorliegenden Fall, die Dienstleistungen selbst erfüllt. Aus diesem Grund erübrigt sich eine Prüfung der Voraussetzungen für eine echte Agentur für die [X] Dienstleistungen. Die Prüfung der Kriterien erfolgt nur für den Verkauf von Brandschutzprodukten.

C.3.2.1.1 Voraussetzungen

111. Im Schweizer Kartellrecht gibt es keine Bestimmungen, welche vorsehen, wie Personen, die im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers handeln, kartellrechtlich zu behandeln sind.[96] Anders ist dies in der Europäischen Union (nachfolgend: EU). Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (nachfolgend: Agent). In der Schweiz hat sich bei den Gerichten[97] und den Wettbewerbsbehörden[98] die Praxis dahingehend entwickelt, dass die Regeln des EU-Handelsvertreterprivilegs für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Agenturverhältnissen heranzuziehen sind. Die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden stellen auf die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung ab zur Klärung der Frage, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist. Durch eine analoge Anwendung der europäischen Regeln wird sichergestellt, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird.[99]

112. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien ist ein Agent eine juristische oder natürliche Person, die damit betraut ist, im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge über den Bezug von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber oder den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber auszuhandeln und/oder zu schliessen.[100]

113. Unter bestimmten Umständen kann die Beziehung zwischen einem Agenten und seinem Auftraggeber als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Agent nicht mehr als unabhängiger Marktteilnehmer handelt. Dies trifft dann zu, wenn der Agent bezüglich der Verträge, die er im Namen des Auftraggebers schliesst oder aushandelt, nur unbedeutende finanzielle oder wirtschaftliche Risiken trägt.[101]

---

[93] Vgl. BGE 147 II 72, 76 E. 3.1, *Pfizer*; BGer, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321, 325 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246, 252 E. 6.4, *Altimum*.

[94] BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigroupe*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m.w.H., *Nikon*; vgl. zudem ZÄCH/HEIZMANN (Fn 15), Rz 300 ff.; BSK KG-REINERT (Fn 3), Art. 4 I N 358 m.w.H.; CR CONCURRENCE-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 3), Art. 4 I LCart N 15.

[95] Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

[96] RPW 2020/2, 633 Rz 65, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*. Das Schweizer Zivilrecht kennt jedoch im Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220) mit dem Auftrag (Art. 394 ff. OR), insb. dem Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR), und der Kommission (Art. 425 ff. OR) Vertragsverhältnisse, die das Handeln im Auftrag einer anderen Person entweder im eigenen oder im Namen des Auftraggebers regeln.

[97] BGE 148 II 321, 328 E. 6.5, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30.10.2019, E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*.

[98] Erw.-Gr. VI und VII der VertBek; RPW 2018/2, 256 Rz 86, *Marché du livre écrit en français*; RPW 2020/2, 633 Rz 65, *AdBlue*; RPW 2013/4, 481 f. Rz 32 ff., *Costa Kreuzfahrten*; RPW 2016/1, 79 Rz 97 f., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2017/4, 701 ff. Rz 45 ff., *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. Vgl. auch HADI MIRZAI/MARQUARD CHRISTEN, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter vom 15.10.2018.

[99] Erw.-Gr. VII. VertBek.

[100] EU-Vertikalleitlinien, Rz 29. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 67, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88, *Marché du livre écrit en français*.

[101] EU-Vertikalleitlinien, Rz 30. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 66, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 87, *Marché du livre écrit en français*; EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 102, *DaimlerChrysler/Kommission*.

114. Die EU-Vertikalleitlinien umschreiben die für die Einstufung als (echten) Agenturvertrag relevanten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken.[102] Die Wettbewerbskommission (WEKO) und das Sekretariat haben in ihrer Praxis wiederholt Bezug auf die entsprechenden Voraussetzungen der EU-Vertikalleitlinien genommen, so dass auch nachfolgend darauf abzustellen ist.[103]

115. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien wird eine Vereinbarung in der Regel mangels Unabhängigkeit des Agenten (Rz 111) als nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV[104] fallender Agenturvertrag eingestuft und mithin kartellrechtlich privilegiert, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:[105]

a) Der Agent erwirbt kein Eigentum an den im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Waren und erbringt die im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selbst.

b) Der Agent beteiligt sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, die mit der Lieferung/Erbringung oder dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind.

c) Der Agent hält nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Lagerbestände der Vertragswaren, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst.

d) Der Agent übernimmt keine Haftung dafür, dass die Kunden ihre Vertragspflichten nicht erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Agenten, sofern dieser nicht für Verschulden haftet.

e) Der Agent übernimmt gegenüber Kunden oder anderen Dritten keine Haftung für Verluste oder Schäden, die durch die Lieferung bzw. die Erbringung der Vertragswaren oder -dienstleistungen verursacht wurden, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Agenten vor.

f) Der Agent ist weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

g) Der Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

h) Der Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.

116. Wenn dem Agenten eines oder mehrere der genannten Risiken bzw. Kosten entstehen, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung (Rz 115) und die Vereinbarung zwischen dem Agenten und dem Auftraggeber wird nicht als Agenturvertrag eingestuft, der nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Die Voraussetzungen müssen mithin kumulativ erfüllt sein.[106] Risiken, die mit der Erbringung von Agentenleistungen im Allgemeinen zusammenhängen, beispielsweise die Abhängigkeit des Einkommens des Agenten von seinem Erfolg als Vertreter oder von allgemeinen Investitionen in Geschäftsräume oder Angestellte, die für Tätigkeiten jeder Art eingesetzt werden könnten, sind für die Beurteilung nicht von Bedeutung.[107] Die Frage des Risikos muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung abzustellen ist.[108]

C.3.2.1.2 Prüfung

117. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte die vorgenannten Voraussetzungen der echten Agentur erfüllt.

1. Eigentumserwerb

118. Ein echter Agent erwirbt grundsätzlich kein Eigentum an den im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Waren und erbringt die im Rahmen des Agenturvertrags ge- oder verkauften Dienstleistungen nicht selbst.[109]

119. Der Wortlaut des […]AgV deutet darauf hin, dass die *«Agenten»* Produkte von [X] beziehen, d. h. käuflich erwerben (müssen), da der […]AgV die Ausdrücke «*Materialbezüge*» (Ziff. 8 Abs. 5 […]AgV) und «*Einkaufsmenge*» (Ziff. 14 […]AgV) enthält. Jedoch erfolgt die Rechnungsstellung nach derzeitigem Kenntnisstand an die Endkundschaft durch [X], was gegen einen Eigentumsübergang der Produkte an die *«Agenten»* spricht.

[102] EU-Vertikalleitlinien, Rz 31 (Risikoarten; drei Arten finanzieller oder wirtschaftlicher Risiken sind von wesentlicher Bedeutung: [1] vertragsspezifische Risiken, die unmittelbar mit den Verträgen zusammenhängen, die der Vertreter für den Auftraggeber geschlossen und/oder ausgehandelt hat; [2] marktspezifische Risiken betreffend Investitionen, die für die Art der vom Vertreter auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind; [3] Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt), 33 (Voraussetzungen).

[103] Praxis der WEKO: RPW 2020/2, 633 Rz 67 f. und Fn 91, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88 und Fn 65, *Marché du livre écrit en français*; RPW 2017/4, 702 f. Rz 50, *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*. Praxis des Sekretariats: Sekretariat, 3.9.2024, *Y.-Agenturverträge*, Rz 78 ff., <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide; RPW 2023/2, 277 Rz 11–13, *Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants*; RPW 2013/4, 481 f. Rz 34, *Costa Kreuzfahrten*; Beratung 54-0612, 23.7.2021, S. 4 f., […] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0444, 19.8.2013, Rz 3 f., […] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0438, 26.6.2013, S. 2 f., […] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0419, 31.8.2012, Rz 4, […] (nicht veröffentlicht); Beratung 54-0331, 10.10.2008, Rz 26 ff., […] (nicht veröffentlicht).

[104] Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47 (nachfolgend: AEUV).

[105] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33. Vgl. auch Rz 116 f.

[106] EU-Vertikalleitlinien, Rz 34, nuanciert WOLFGANG KIRCHHOFF, Die Beurteilung der verschiedenen Arten von Vertriebsverträgen, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 11 N 15 m. w. H.

[107] EU-Vertikalleitlinien, Rz 32.

[108] EU-Vertikalleitlinien, Rz 34. Vgl. RPW 2020/2, 633 Rz 68, *AdBlue*; RPW 2018/2, 256 Rz 88 f., *Marché du livre écrit en français*.

[109] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. a.

Zudem bestätigte die Mehrheit der befragten *«Agenten»*, kein Eigentum an Brandschutzprodukten zu erwerben. Vor diesem Hintergrund kann die Voraussetzung, wonach ein echter Agent kein Eigentum an der verkauften Ware erwirbt, eher als erfüllt betrachtet werden.

2. Kosten im Zusammenhang mit Warenerwerb und Warenlieferung

120. Ein echter Agent beteiligt sich nicht an den Kosten, einschliesslich Beförderungskosten, die mit der Lieferung/Erbringung oder dem Erwerb der Vertragswaren oder -dienstleistungen verbunden sind.[110] Gemäss EU-Vertikalleitlinien schliesst dies nicht aus, dass der Agent Beförderungsleistungen erbringt, sofern die Kosten vom Auftraggeber übernommen werden.[111]

121. Die Mehrheit der *«Agenten»* gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der *«Agenten»* übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgenannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

122. Ziff. 5 Abs. 1 […]AgV hält jedoch fest, dass [X] grundsätzlich keinerlei Spesen vergütet wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen etc.[112] Der *«Agent»* hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Ziff. 8 Abs. 3 […]AgV sieht vor, dass [X] Materiallieferungen ab […] Franken dem *«Agenten»* franko Domizil liefert. Für Materialbezüge unter […] Franken enthält der […]AgV keine Regelung, was darauf hindeutet, dass der *«Agent»* die Ware selbst bei [X] abholen oder die Kosten für die Lieferung selber tragen muss. Zudem erhält der *«Agent»* keine gesondert ausgewiesene Vergütung für die Abholung der Ware bei [X] und die darauffolgende Lieferung an die Endkundschaft.

123. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Kosten für Warenlieferung/-erwerb trägt, ist eher nicht erfüllt.

3. Lagerkosten und -risiken

124. Ein echter Agent hält nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Lagerbestände der Vertragswaren, was die Kosten für die Finanzierung der Lagerbestände und für den Verlust von Lagerbeständen einschliesst.[113] Gemäss EU-Vertikalleitlinien sollte es dem Agenten möglich sein, unverkaufte Waren unentgeltlich an den Auftraggeber zurückzugeben, sofern kein Verschulden des Agenten vorliegt, weil er es beispielsweise versäumt, zumutbare Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahlsicherungen zu erfüllen, um den Verlust von Lagerbeständen zu vermeiden.[114]

125. Die Mehrheit der *«Agenten»* gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der *«Agenten»* übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgenannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

126. Der […]AgV regelt jedoch die Lagerkosten nicht und sieht nicht vor, dass [X] die *«Agenten»* für anfallende Lagerkosten entschädigt. Nach Ansicht von [X] sind die *«Agenten»* nicht verpflichtet, Produkte an Lager zu halten. Die Agentenbefragung deutet demgegenüber darauf hin, dass die *«Agenten»* tatsächlich ein Lager haben müssen, um ihre Aufgaben wahrnehmen zu können und ihnen dafür Kosten entstehen, für welche [X] sie nicht gesondert entschädigt (vgl. Rz 44 ff.).

127. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine Lagerkosten und -risiken trägt, ist eher nicht erfüllt.

4. Haftung für Vertragserfüllung durch Kunden

128. Ein echter Agent übernimmt keine Haftung dafür, dass die Kunden ihre Vertragspflichten nicht erfüllen, mit Ausnahme des Verlustes der Provision des Agenten, sofern dieser nicht für Verschulden haftet.[115] Gemäss EU-Vertikalleitlinien kann dies beispielsweise der Fall sein, wenn er es versäumt, zumutbare Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen oder Diebstahlsicherungen zu erfüllen oder weil er keine angemessenen Massnahmen trifft, dem Auftraggeber oder der Polizei Diebstähle zu melden oder weil er es unterlässt, dem Auftraggeber alle ihm bekannten Informationen hinsichtlich der Zahlungsverlässlichkeit der Kunden zu übermitteln.[116]

129. Gemäss Ziff. 4 Abs. 2 […]AgV werden dem *«Agenten»* bei einem kompletten Debitorenverlust lediglich die Verwaltungskosten zurückvergütet und der *«Agent»* übernimmt bis zu einem Materialanteil bis zu […] Franken das Delkredererisiko ganz und über diesem Schwellenwert zur Hälfte.[117]

130. [X] hält dazu fest, dass die Übernahme des Delkredererisikos gemäss Ziff. 4 Abs. 1 […]AgV in Form eines separaten Entgelts entschädigt werde ([…] %; vgl. Rz 40). [X] fügt weiter an, dass der Zahlungsausfall im Bereich von Brandschutzprodukten und den damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen generell sehr tief sei und die Kosten für die Übernahme des Delkredererisikos mit der Entschädigung von […] % bereits mehr als abgegolten seien.[118]

131. Die kartellrechtlichen Voraussetzungen der echten Agentur sehen nicht vor, dass das Delkredererisiko über die Provision abgegolten werden kann. Der Auftraggeber hat dieses Risiko direkt zu übernehmen, was [X] vorliegend nicht vollständig tut.

132. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht für die Vertragserfüllung durch Kundinnen und Kunden haftet, ist nicht erfüllt.

5. Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden

133. Ein echter Agent übernimmt gegenüber Kunden oder anderen Dritten keine Haftung für Verluste oder Schäden, die durch die Lieferung bzw. die Erbringung

[110] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. b.
[111] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. b. Vgl. zu Transportkosten EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 105 f., *DaimlerChrysler/Kommission*.
[113] EU-Vertikalleitnien, Rz 33 lit. c.
[114] EU-Vertikalleitnien, Rz 33 lit. c.
[115] EU-Vertikalleitnien, Rz 33 lit. d.
[116] EU-Vertikalleitnien, Rz 33 lit. d.
[117] Ziff. 4 Abs. 2 […]AgV: «*Bei einem kompletten Debitorenverlust werden dem Agenten die Verwaltungskosten zurückvergütet. Bei einem Debitorenverlust des Agenten mit Materialanteil ab CHF 1'250.00 trägt der Auftraggeber zusätzlich das Delkredere Risiko des Agenten zur Hälfte mit.*».
[118] Schreiben der [X] vom 27. Februar 2024 betr. Eröffnung Vorabklärung, Rz 19, Beilage 6: Debitorenverluste Agenturen.

der Vertragswaren oder -dienstleistungen verursacht wurden, es sei denn, es liegt ein Verschulden des Agenten vor.[119]

134. Der […]AgV regelt nicht ausdrücklich, dass [X] gegenüber der Kundschaft oder anderen Dritten für Verluste oder Schäden haftet, die durch die Lieferung der Vertragswaren verursacht werden. Nach Angaben von [X] haften die *«Agenten»*, ausser für durch sie verschuldete Schäden, nicht für aufgrund der vermittelten Geschäfte verursachte Schäden. Diese Haftung trage [X] (Rz 42).

135. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent nicht gegenüber Kundinnen und Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden haftet, dürfte erfüllt sein.

6. Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen

136. Ein echter Agent ist weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.[120]

137. Die Mehrheit der *«Agenten»* gab an, dass die Provision, die sie von der [X] erhalten, üblicherweise die Kosten der *«Agenten»* übersteige, was darauf hindeutet, dass die vorgenannten Kosten von der Provision gedeckt sind (vgl. Rz 50).

138. Ziff. 5 Abs. 1 […]AgV hält jedoch fest, dass [X] keinerlei Spesen vergütet, wie z. B. für Fahrzeugkosten, Räumlichkeiten, Essens- oder Kundenauslagen. Der *«Agent»* hat für sämtliche Auslagen selbst aufzukommen. Davon ausgenommen sind die in Ziff. 8 Abs. 4 und 5 […]AgV geregelten Kostenzuschüsse für Fahrzeugwerbung und Messeteilnahmen (Rz 30).

139. Zudem besagt Ziff. 2 Abs. 4 […]AgV, dass sich ein *«Agent»* jederzeit als […]agent des Auftraggebers bekannt gibt und das vorgegebene Corporate Identity (CI) erfüllt. Der *«Agent»* beschriftet sein Geschäftsfahrzeug in angemessener Grösse, dessen Fahrzeug-Grundfarbe, Firmenlogo und Corporate Design (CD) den Richtlinien des Auftraggebers entspricht, wofür der *«Agent»* gemäss Ziff. 8 Abs. 4 […]AgV im Sinne eines Kostenzuschusses anteilmässig entschädigt wird. Nach Ziff. 8 Abs. 4 […]AgV übernimmt [X] für die Erstbeschriftung die Gesamtkosten der Fahrzeugwerbung, danach jedoch lediglich die Hälfte der Kosten für die Fahrzeugwerbung, allerdings maximal […] Franken (Rz 30).

140. Die Agentenbefragung ergab zudem, dass die Mehrheit der befragten *«Agenten»* Werbekosten zu tragen hat, für welche [X] sie nicht gesondert entschädigt (Rz 48 ff.).

141. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine oder nur unwesentliche Kosten für verkaufsfördernde Massnahmen trägt, ist eher nicht erfüllt.

7. Marktspezifische Investitionen

142. Ein echter Agent tätigt keine marktspezifischen Investitionen in Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung, beispielsweise in einen Kraftstofftank beim Kraftstoffeinzelhandel, spezielle Software für den Verkauf von Policen bei Versicherungsvermittlern oder Werbung für Strecken oder Zielorte bei Reisebüros, die Flüge oder Hotelunterkünfte verkaufen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.[121]

143. In Bezug auf die marktspezifischen Investitionen (ausgenommen Werbung) liegen dem Sekretariat nicht genügend Informationen vor, um einschätzen zu können (i) worin die marktspezifischen Investitionen (inkl. CI-Anforderungen) von [X] bestehen und (ii) ob [X] die Kosten dafür trägt. Auf jeden Fall enthält der […]AgV keine entsprechende spezifische Vergütungsklausel. Vorliegend ist unklar, ob die Provision sämtliche marktspezifische Investitionen der *«Agenten»* abdeckt. Die Mehrheit der *«Agenten»* gab allerdings an, dass die Provision ihre Kosten üblicherweise überschreite. Dies deutet darauf hin, dass die Provision ihre marktspezifischen Investitionen deckt.

8. Andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt

144. Ein echter Agent nimmt keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahr (z. B. die Lieferung der Waren), es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.[122]

145. Soweit ersichtlich verlangt [X] im Rahmen des Vertriebs der [X]-Brandschutzprodukte nicht, dass die *«Agenten»* andere Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen.

146. Die Voraussetzung, wonach ein echter Agent keine anderen, nicht vergüteten Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Agenturvertrages auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnimmt, dürfte erfüllt sein.

C.3.2.2 Zwischenfazit

147. Das [X]-Vertriebsmodell bezüglich Brandschutzprodukte erfüllt in der gegenwärtigen Form nach Einschätzung des Sekretariats gestützt auf die verfügbaren Informationen die Voraussetzungen der echten Agentur gemäss EU-Vertikalleitlinien (Rz 112 ff.) nicht. Es liegt somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen [X] und den *«Agenten»* vor. Der zwischen [X] und den *«Agenten»* abgeschlossene […]AgV stellt eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung dar. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen [X] und den «Agenten» liegt auch vor hinsichtlich [X]-Serviceleistungen, da der […]AgV die Grundlage für die vertriebliche Zusammenarbeit zwischen [X] und den *«Agenten»* darstellt und sich diesbezüglich die Frage der *«echten Agentur»* nicht stellt.

[119] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. e.
[120] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. f.
[121] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. g; EuGH, ECLI:EU:C:2006:784, Rz 51, 59, *CEES/CEPSA/Kommission*.
[122] EU-Vertikalleitlinien, Rz 33 lit. h; Handbuch Kartellrecht-KIRCHHOFF (Fn 106), § 11 N 21 m. w. H. Vgl. EuG, ECLI:EU:T:2005:322, Rz 113, *DaimlerChrysler/Kommission*.

C.3.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsabrede

148. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».

149. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».[123] Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis, die Menge und die Qualität, den Service, die Beratung, die Werbung, die Geschäftskonditionen, das Marketing, die Forschung und Entwicklung oder die Lieferbedingungen) beziehen.[124] Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»[125]. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.[126]

150. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.[127] Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.[128]

151. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne.[129] Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant: so namentlich der Inhalt der Kooperation, die mit ihr verfolgten Ziele, der wirtschaftliche und rechtliche Kontext und in dessen Rahmen die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die Funktionsweise und die Struktur der betreffenden Märkte.[130] Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 149 durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.[131]

152. Der zwischen [X] und den *«Agenten»* abgeschlossene […]AgV, der sowohl den Vertrieb der [X]-Brandschutzprodukte als auch die Erbringung von [X]-Serviceleistungen regelt, stellt eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung von Unternehmen verschiedener Marktstufen dar. Der […]AgV enthält einerseits eine Klausel, welche den *«Agenten»* die Erfüllung von Aufträgen (und damit den Passivverkauf) in ihnen nicht zugewiesenen Gebieten untersagt (vgl. Rz 59 ff.). Zudem wird die Preissetzungsfreiheit der *«Agenten»* von [X] eingeschränkt (vgl. Rz 52 ff.). Im Rahmen der Tätigkeit der *«Agenten»* gab [X] den «*Agenten*» eine Preisliste ab und kommunizierte, dass [X] erwarte, dass sich die *«Agenten»* an diese halten. Diese Verhaltensweisen sind objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Ausschaltung der Wettbewerbsparameter Preis und Gebiet zu verursachen. Dies reduziert potenziell den Wettbewerbsdruck zwischen den «*Agenten*», was zu höheren Preisen für [X]-Brandschutzprodukte und -Serviceleistungen führen kann. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass der […]AgV eine Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf den Absatz von [X]-Brandschutzprodukten und die Erbringung von [X]-Serviceleistungen bezweckt oder bewirkt.

C.3.4 Fazit zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

153. Da das Vertriebsmodell von [X] in Bezug auf Brandschutzprodukte die Voraussetzungen für die nach den EU-Vertikalleitlinien vorgesehene echte Agentur nicht vollständig erfüllt und die Gebietszuweisung im […]AgV und die Preisvorgabe der [X] eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, liegen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Auch in Bezug auf [X]-Serviceleistungen liegen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, welche Wettbewerbsabreden vorliegen und ob die Wettbewerbsabreden unzulässig sind (Art. 5 KG).

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

154. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Für Abreden, die von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfasst werden, gilt ausser

[123] BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

[124] Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTB-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

[125] BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[126] BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[127] BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; vgl. u.a. auch BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*.

[128] BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altimum*.

[129] BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[130] Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32 m.w.H., *Super Bock*; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22.

[131] BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

dem die gesetzliche Vermutung, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Kann diese Vermutung widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.[132] Solche Abreden sind unzulässig, falls sie nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 KG).[133]

155. Dementsprechend wird im Folgenden geprüft, ob Anhaltspunkte für vertikale Preis- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG bestehen (C.4.1 f.), ob diese zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (C.4.3), ob ggf. eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (C.4.4) und es ggf. eine Rechtfertigung für die Abreden gibt (C.4.5).

C.4.1 Vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

156. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u. a. dadurch aus, dass zwischen der Herstellerin und ihren Händlerinnen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen besteht (sog. Preisbindung der zweiten Hand; Art. 12 Abs. 1 Bst. a VertBek; vgl. auch Rz 4 VertBek-Erläuterungen[134]).

157. Vertikale Preisabreden können durch direkte Mittel, aber auch indirekte Mittel angewendet werden (Art. 12 Abs. 2 VertBek). Von einer direkten vertikalen Preisabrede ist z. B. auszugehen, wenn eine Anbieterin eine Preiserhöhung verlangt und die Abnehmerin diesem Verlangen nachkommt (vgl. Rz 5 VertBek-Erläuterungen). Beispiele für eine mögliche indirekte vertikale Preisabrede sind Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzen von Lieferungen bzw. Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus (vgl. Rz 6 VertBek-Erläuterungen). Auch Preisempfehlungen können eine vertikale Preisabrede darstellen und sind im Einzelfall zu prüfen (vgl. Rz 8 f. VertBek-Erläuterungen).

158. Für die Beurteilung der Frage, ob Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden zwischen [X] und ihren «*Agenten*» bestehen, ist nach [X]-Brandschutzprodukten und -Serviceleistungen zu differenzieren.

159. In Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte definiert der […]AgV die Provision der «*Agenten*» als Differenz zwischen einem rechnerischen Agentenpreis und einem Listenpreis, wobei weder der […]AgV noch die Preisliste einen Hinweis zur Preissetzungsfreiheit der «*Agenten*» enthält. [X] erläuterte dazu, dass es sich bei den Listenpreisen um Höchstpreise handle (vgl. Rz 56), was gestützt wird durch den Umstand, dass die Mehrheit der «*Agenten*» angab, dass sie in der Festsetzung ihrer Verkaufspreise für [X]-Brandschutzprodukte frei sei. Von den anderen [43 % der] «*Agenten*» gaben [67 %] an, deshalb nicht frei zu sein in der Festsetzung der Verkaufspreise, weil diese nach oben hin begrenzt seien (Rz 57 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint es als plausibel, dass es sich bei den Listenpreisen um Höchstpreise handeln könnte. Gestützt auf den aktuellen Kenntnisstand liegen in Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte keine Anhaltspunkte für eine Preisabrede vor.

160. In Bezug auf [X]-Serviceleistungen ergeben die derzeit verfügbaren Informationen Hinweise, dass [X] von den «*Agenten*» – mindestens hinsichtlich der Servicepreise – erwartet, dass sie sich an den Richtpreisen orientieren. So deutet eine Kommunikation von [X] an die *«Agenten»* darauf hin, dass die Servicekostenpreisliste für die *«Agenten»* verbindlich ist (Rz 86 f.). Dies deutet zumindest darauf hin, dass [X] sich mit den *«Agenten»* über Verkaufs- und Servicepreise ausgetauscht hat, was auf eine entsprechende Koordination zwischen [X] und den *«Agenten»* schliessen lässt. Weder der […]AgV noch die Preislisten weisen zudem darauf hin, dass die Preise als unverbindliche Empfehlungen oder Höchstpreise zu verstehen sind, noch lässt sich die Unverbindlichkeit der Preise anderweitig herleiten. Anders als bei den [X]-Brandschutzprodukten gab die Mehrheit der «*Agenten*» an, in der Preissetzung beim Erbringen von [X]-Serviceleistungen nicht frei zu sein (Rz 90) und die Hälfte der «*Agenten*» gab an, über die Höhe der Anfahrtskosten nicht selbst entscheiden zu dürfen (Rz 91). Vor diesem Hintergrund liegen für den Vertrieb von [X]-Serviceleistungen Anhaltspunkte für eine Preisabrede vor.

161. Zusammenfassend liegen aus Sicht des Sekretariats Anhaltspunkte für vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf den Vertrieb von [X]-Serviceleistungen, nicht aber in Bezug auf [X]-Brandschutzprodukte vor.

C.4.2 Vertikale Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG

162. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG). Es ist zu prüfen, ob Ziff. 1 Abs. 2 Bst. a […]AgV zu einem absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führt.

163. Nach Ziff. 1 Abs. 2 Bst. a […]AgV (vgl. Rz 59) werden den *«Agenten»* Gebiete zugewiesen und es wird ihnen untersagt, Aufträge in einem anderen als dem ihnen zugewiesenen Vertragsgebiet zu tätigen. Ziff. 1 Abs. 2 Bst. a […]AgV spezifiziert nicht, dass lediglich aktive Verkäufe erfasst sein sollen vom Verkaufsverbot, sondern untersagt sie die Erfüllung von (sämtlichen) Aufträgen in andere Gebiete, als in demjenigen, das einem *«Agenten»* jeweils zugewiesen wurde. Die Angaben der *«Agenten»* deuten darauf hin, dass sie die Gebietszuweisung mit Verkaufsbeschränkung als Gebietsschutz verstehen, was die *«Agenten»* veranlasst, Aufträge in fremden Gebieten zu vermeiden (Rz 75). [X] zufolge beträgt der Anteil vermittelter Aufträge in Fremdgebiete ca. 23 %.

[132] BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

[133] BGE 147 II 72, 105 E. 6.5, *Pfizer*.

[134] Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen).

164. Nach Ansicht des Sekretariats ist die vertragliche Gebietszuweisung i. V. m. dem ausdrücklichen Verbot, Aufträge in Fremdgebieten zu tätigen, geeignet, (weitere) gebietsübergreifende Auftragsvermittlungen zu verhindern. Es liegen somit Anhaltspunkte für eine vertikale Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG.

165. Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV verpflichtet *«Agenten»* u.a. «*ausschliesslich Original-Ersatzteile des jeweiligen Herstellers zu verwenden und diese ausschliesslich beim Auftraggeber (Anm. des Sekretariats: der Auftraggeber ist [X]) zu beziehen*…». Wie die WEKO im Fall *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren* festgehalten hat, können Alleinbezugsverpflichtungen, mit denen Vertriebspartner vertraglich verpflichtet sind, Produkte ausschliesslich beim Schweizer Generalimporteur zu beziehen, zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz führen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG.[135] Es ist zu prüfen, ob Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führt.

166. Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV könnte so gelesen werden, dass die *«Agenten»* vertraglich verpflichtet sind, sämtliche Ersatzteile, die sie für Wartungs- und Unterhaltsarbeiten benötigen, bei der [Importeurin] [X] zu beziehen. [X] zufolge handle es sich wie bei den übrigen [X]-Brandschutzprodukten auch bei den Ersatzteilen um eine Vermittlung durch die «*Agenten*» und nicht um einen Kauf und Weiterverkauf. Der Wartungsvertrag, im Rahmen dessen der Kunde auch Ersatzteile beziehe, komme zwischen [X] und dem jeweiligen Endkunden zustande. Die in Ziff. 2 Abs. 3 […]AgV vorgesehene Pflicht, die Ersatzteile ausschliesslich bei [X] «*zu beziehen*», sei daher lediglich Ausdruck der ausschliesslichen Vermittlungstätigkeit für [X].

167. Aufgrund des aktuellen Kenntnisstandes spricht der Umstand, dass der Wartungsvertrag zwischen [X] und Endkundinnen und Endkunden abgeschlossen wird, gegen einen Eigentumserwerb von Ersatzteilen durch *«Agenten»*. Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf eine mögliche Alleinbezugsverpflichtung nicht davon auszugehen, dass Anhaltspunkte für vertikale Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

C.4.3 Widerlegung der gesetzlichen Beseitigungsvermutung

168. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

169. Mit Bezug auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Art. 13 VertBek). Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Es braucht im Rahmen einer Vorabklärung nicht eingehend geprüft zu werden, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann.[136]

C.4.3.1 Marktabgrenzung

170. Der relevante Markt beurteilt sich analog zu Art. 11 Abs. 3 VKU[137] nach einer sachlichen und räumlichen Komponente.[138]

Sachlich relevante Märkte

171. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).[139] Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall. Der Begriff der «Marktgegenseite» bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.[140] Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[141] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung[142] bzw. Vorabklärung.

172. Die Marktgegenseite von [X] sind die Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz. Sie fragen [X] Brandschutzprodukte und damit zusammenhängende [X] Dienstleistungen bei [X] und den «*Agenten*» nach.

173. Es stellt sich die Frage, ob Brandschutzprodukte und damit zusammenhängende Serviceleistungen anderer Anbieterinnen für die Marktgegenseite Substitute zu den [X]-Brandschutzprodukten und -Serviceleistungen darstellen. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird davon ausgegangen, dass das unter einer Marke einer Herstellerin verkaufte Brandschutzprodukt einer bestimmten Kategorie mit einem Brandschutzprodukt der gleichen Kategorie einer anderen Marke funktionell austauschbar ist (vgl. Rz 182). Unter dieser Annahme sind aus Sicht der Endkundschaft ebenfalls mit Brandschutzprodukten zusammenhängende Serviceleistungen von [X] mit denjenigen anderer Anbieterinnen substituierbar.

---

[135] Vgl. RPW 2019/4, 1165 Rz 69, *Bucher Landtechnik – Ersatzteilhandel Traktoren*.
[136] RPW 2020/4a, 1570 Rz 222, *SwissZinc AG*.
[137] Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).
[138] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[139] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[140] RPW 2010/4, 670 Rz 165, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.
[141] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.
[142] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[143] RPW 2022/3, 573 ff., *Vorabklärung i. S. [Brandschutzsystem]-Elemente*; RPW 2011/4, 483 ff., *Vorabklärung i. S. Gebäudeversicherung Bern (GBV)*; RPW 2003/4, 741 ff., *Vorabklärung i. S. Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*.

174. Die WEKO und das Sekretariat haben sich im Zusammenhang mit Brandschutzprodukten noch nicht zur Marktabgrenzung geäussert.[143] Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird von sachlich relevanten Märkten für Brandschutzprodukte und für Serviceleistungen für Brandschutzprodukte ausgegangen. In Verfahren anderer Wettbewerbsbehörden wurden die Märkte ebenso abgegrenzt.[144]

Räumlich relevante Märkte

175. 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).[145] Für die räumliche Marktabgrenzung ist relevant, wo die von einer Wettbewerbsabrede betroffene Marktgegenseite die betroffenen Produkte nachfragt.

176. Vorliegend liegt es nahe, dass die Endkundschaft die Brandschutzprodukte in der Schweiz und ggf. z. T. im umliegenden Ausland nachfragt. In Bezug auf Serviceleistungen an Brandschutzprodukten liegt es nahe, dass die Endkundschaft die Serviceleistungen in der Schweiz oder lokal nachfragt, in einem bestimmten Umkreis des Ortes, an welchem die Serviceleistungen zu erbringen ist.[146]

177. Die WEKO und das Sekretariat haben sich im Zusammenhang mit Brandschutzprodukten noch nicht zur Marktabgrenzung geäussert. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird für Brandschutzprodukte von einem mindestens nationalen Markt ausgegangen und für Serviceleistungen an Brandschutzprodukten von einem nationalen Markt, wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um lokale Märkte handelt.

C.4.3.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

178. Der Interbrand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Frage, ob [X] dem Wettbewerb ausgesetzt ist durch andere Anbieter von Brandschutzprodukten, die Kunden aufgrund der Eigenschaften, der Preise und des Verwendungszwecks der Produkte als austauschbar ansehen.

179. Das Marktvolumen wird von [X] wie folgt geschätzt:

Tabelle 1: Geschätztes Marktvolumen (umsatzbasiert) / Anteil Marke [Y] 2022

Bereich	**Gesamtmarktumsätze Schweiz**	**Gesamtumsatz [X]**
Brandschutzprodukte	[…] Franken	[…] Franken
Dienstleistungen[147]	[…] Franken	[…] Franken

Quelle: Angaben von [X][148]

180. [X] gab in Bezug auf die realisierten Umsätze an, dass davon ca. [90-100] % auf Direktverkäufe inkl. Vermittlungen der *«Agenten»* und ca. [0-10] % auf andere Kanäle (Wiederverkäufer, die Produkte in eigener Regie weiterverkaufen und/oder warten ohne Preisvorgaben) entfallen.

181. Der Marktanteil von [X] beläuft sich gestützt auf ihre Schätzungen für das Jahr 2022 auf rund [0-10] % im Bereich Brandschutzprodukte und auf rund [0-10] % im Bereich Dienstleistungen.

182. Auf die Frage nach den zehn umsatzstärksten Mitbewerbern nannte [X] (in absteigender Reihenfolge) die folgenden Unternehmen:

1. […]
2. […]
3. […]
4. […]
5. […]
6. […]
7. […]
8. […]
9. […]
10. […].

Bei diesen zehn genannten Mitbewerberinnen handelt es sich um Anbieterinnen von Brandschutzprodukten. Die Produkte sind hinsichtlich ihres Verwendungszwecks als mit [X]-Brandschutzprodukten als austauschbar zu betrachten.

183. Die Betrachtung der von den vorstehend genannten Wettbewerberinnen am Markt angebotenen Brandschutzprodukte lässt darauf schliessen, dass diese aus Sicht der Endkundinnen und Endkunden mit [X]-Brandschutzprodukten als austauschbar angesehen

[144] Autorité de la concurrence, décision no 12-D-26 du 20.12.2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, Rz 218 ff.; Conseil de la concurrence, décision no 05-D-23 du 18.5.2005 relative à la saisine de la société France Incendie, S. 1-3; Conseil de la concurrence, décision no 95-D-50 du 4.7.1995 relative à des pratiques relevées sur les marchés de l'installation et de la maintenance des extincteurs, S. 1-3.

[145] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[146] Vgl. Autorité de la concurrence, décision no 12-D-26 du 20.12.2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production, de la commercialisation, de l'installation et de la maintenance des extincteurs, Rz 222.

[147] Der Begriff «*Dienstleistungen*» wurde von [X] nicht definiert, sodass derzeit unklar ist, ob dieser Begriff mit «*Serviceleistungen*» gleichzusetzen ist oder darüber hinaus geht.

[148] Vgl. Stellungnahme [X] vom 20.6.2023, S. 1.

werden können. Daher ist aufgrund der Anzahl konkurrierender Anbieter von Brandschutzprodukten von ausreichendem Interbrandwettbewerb auszugehen. Gestützt auf den aktuellen Kenntnisstand bieten die oben genannten Mitbewerberinnen ebenfalls Service- und Unterhaltsarbeiten für Brandschutzprodukte an, die mit denjenigen von [X] austauschbar sein dürften.

184. Der Intrabrand-Wettbewerb bezieht sich vorliegend insbesondere auf die Frage, ob Endkundinnen und Endkunden trotz der *«Abrede»* Brandschutzprodukte der Marke [Y] über andere Bezugsquellen als die Agenten von [X] beziehen können. Da namhafte/renommierte/grosse Schweizer Online-Händlerinnen Brandschutzprodukte der Marke [Y] verkaufen[149], ist von einem gewissen Mass an Intrabrand-Wettbewerb auszugehen.

C.4.3.3 Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

185. Für die vertikalen Preis- und Gebietsabreden ist vor dem Hintergrund der dargelegten Marktverhältnisse von der Widerlegung der Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen. Dies namentlich, weil auf den Märkten für Brandschutzprodukte und Serviceleistungen ein ausreichendes Mass an Interbrand-Wettbewerb sowie zumindest bzgl. Brandschutzprodukten ein gewisses Mass an Intrabrand-Wettbewerb besteht.

C.4.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

186. Kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, gelten Abreden nach Art. 5 Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 3 KG gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als i.d.R. erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.[150] Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien wie dem Marktanteil der beteiligten Unternehmen sowie tatsächlicher Auswirkungen und der erfolgten Umsetzung der Abrede.

187. Hinsichtlich der oben genannten Abrede zwischen [X] und den *«Agenten»* sind zurzeit keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit hinweisen würden.

C.4.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

188. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

189. Im vorliegenden Fall sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Solche wurden von [X] auch nicht geltend gemacht.

C.5 Ergebnis

190. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist die Frage, ob das von [X] betriebene Vertriebsmodell für [X]-Brandschutzprodukte (inkl. Ersatzteile) sowie diesbezüglicher Serviceleistungen Beschränkungen enthält, die als Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 KG zu betrachten sind.

191. Das [X]-Vertriebsmodell für Brandschutzprodukte erfüllt in der gegenwärtigen Form gestützt auf die verfügbaren Informationen die oben genannten Voraussetzungen der echten Agentur nicht (Rz 153). Gestützt auf den bekannten Sachverhalt bestehen Anhaltspunkte für unzulässige vertikale Gebietsschutzabreden beim Vertrieb von Brandschutzprodukten und den damit verbundenen Serviceleistungen sowie für unzulässige vertikale Preisabreden bei den Serviceleistungen (Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Im Rahmen der Vorabklärung ist es jedoch nicht erforderlich, definitive Schlussfolgerungen über das Vorliegen eines Gesetzesverstosses zu ziehen.[151] Die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG können vorliegend an sich als erfüllt betrachtet werden.

192. Auf die Eröffnung einer Untersuchung kann indes verzichtet werden, wenn die Eröffnung eines solchen Verfahrens unverhältnismässig wäre. Dabei ist die gesamte Interessenlage des Einzelfalls sorgfältig und umfassend zu würdigen. Im vorliegenden Fall weisen sowohl die Angaben von [X] als auch diejenigen ihrer *«Agenten»* zahlreiche Unklarheiten in Bezug auf die vertriebliche Zusammenarbeit auf. So besteht das Vertriebsmodell von [X] aus Elementen verschiedener Vertriebstypen. Dieser Umstand ist ausschlaggebend für die vorstehend identifizierten Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Der Vertrieb von [X] für Brandschutzprodukte und Serviceleistungen ist weder klar geregelt, noch lassen sich die Elemente der verschiedenen Vertriebstypen kartellrechtskonform miteinander kombinieren. Für eine Nichteröffnung einer Untersuchung sprechen die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, denn angesichts der verhältnismässig grossen Anzahl Konkurrentinnen, die allesamt mit [X]-Brandschutzprodukten substituierbare Produkte anbieten, verfügt [X] über geringe Marktanteile im Bereich von rund [0-10] % im Bereich Brandschutzprodukte und rund [0-10] % im Bereich Dienstleistungen. Schliesslich bot [X] bezüglich verschiedener unklarer Punkte im […]AgV dem Sekretariat an, Anpassungen vorzunehmen und offen zu sein, Massnahmen umzusetzen, die das Sekretariat zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen würde im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG.

193. Aus diesen Gründen scheint die Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG nicht angemessen zu sein. Stattdessen werden Massnahmen angeregt, um die Anhaltspunkte für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen.

---

[149] Vgl. https://www.galaxus.ch/en/search?filter=bra%3D4669&q=[Y]%20 feuerl%C3%B6scher&so=4 (22.10.2024).

[150] BGE 147 II 72, 101 ff. E. 6.1 und 6.5, *Pfizer* m. w. H.; BGE 143 II 297, 318 ff. E. 5.2.5, E. 5.6 und E. 9.4.6, *Gaba*; BGE 144 II 246, 262 ff. E. 10, *Altimum SA*.

[151] RPW 2019/3a, 599 Rz 205, *TWINT/Apple*.

194. Setzt [X] die Anregungen nicht um, behält sich das Sekretariat vor, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen (Art. 27 KG).

D Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

195. Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Das Sekretariat regt die folgenden Massnahmen an, um die erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

1. [X] stellt sicher, dass die gewählte Vertriebsform die hierfür geltenden kartellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Falls [X] den Vertrieb über unabhängige Händlerinnen wählen sollte, stellt [X] insbesondere sicher, dass ihre Händlerinnen in der Preissetzung vollkommen frei sind und es keinen unzulässigen Gebietsschutz gibt. Allfällige Preisempfehlungen sind explizit als unverbindlich zu kennzeichnen.
2. Sollte [X] für den Verkauf von Brandschutzprodukten eine echte Agentur betreiben wollen, so sind insbesondere die folgenden Anpassungen vorzunehmen:
   a) Die Agenten sind ausdrücklich zu informieren, dass sie die [X]-Brandschutzprodukte nicht bei [X] kaufen, sondern [X] als Auftraggeber das Eigentum an den Produkten behält (Rz 119).
   b) [X] muss die Lagerkosten für die [X]-Produkte und Ersatzteile vollständig übernehmen (Rz 127).
   c) [X] muss das Delkredererisiko vollständig übernehmen (Rz 132).
   d) Die Agenten sind ausdrücklich zu informieren, dass [X] die Haftung gegenüber Kunden oder Dritten für Verluste oder Schäden vollständig übernimmt (Rz 135).
   e) [X] muss entweder alle Werbekosten übernehmen oder die Agenten für die ihnen entstandenen Werbekosten entschädigen (Rz 141).
   f) [X] muss die marktspezifischen Investitionen (inkl. CI-Anforderungen) klar definieren und die Kosten dafür entweder übernehmen oder die Agenten für die ihnen entstandenen Kosten entschädigen (Rz 143).
3. [X] informiert ihre Vertragspartner (die gegenwärtigen *«Agenten»*) in einer leicht verständlichen Form über die neue Organisation des Vertriebs von [X]-Brandschutzprodukten und damit zusammenhängender Serviceleistungen und über die Rechte und Pflichten, welche die Vertragspartner in dieser Vertriebsform haben und reicht dem Sekretariat die entsprechenden Belege ein.

E Kosten

196. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[152] ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

197. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere unter der Voraussetzung verzichtet, dass [X] sich den angeregten Massnahmen unterzieht und die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt. Damit hat [X] die Verfahrenskosten zu tragen.

198. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

199. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf 305,1 Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- 11,1 Stunden zu 290 Franken, ergebend 3’219,00 Franken;
- 146 Stunden zu 200 Franken, ergebend 29’200,00 Franken;
- 148 Stunden zu 130 Franken, ergebend 19'240,00 Franken.

200. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt 51'659,00 Franken.

201. Vorliegend ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 4 KG, sodass die durch [X] zu bezahlende Gebühr 51'659,00 Franken beträgt.

F Schlussfolgerungen

202. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen;
2. verzichtet darauf, einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung einer Untersuchung zu beantragen, sofern die [X] AG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;
3. erhebt Verfahrenskosten von 51'659,00 Franken;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

[152] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 1.1	**2. Digitalparking AG**

Rapport final du Secrétariat de la COMCO du 17 juillet 2024 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart en l'affaire Digitalparking AG relative à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'art. 7 LCart

A Procédure

A.1 Objet de la procédure

1. L'enquête préalable a trait au domaine des applications de stationnement qui permettent aux utilisateurs de payer le temps de stationnement de leurs véhicules sans argent liquide.[1] En Suisse, de nombreuses applications de stationnement sont disponibles et peuvent être téléchargées, par exemple depuis l'« APP-Store » d'Apple Inc. ou le « Google Play Store » d'Alphabet Inc. Les plus répandues sont (par ordre alphabétique) : allPark[2], EasyPark[3], Park&Pay, Parkingpay, Paybyphone[4], PrestoPark[5], P+Rail[6] et TWINT[7].

2. L'enquête préalable a pour objet d'une part, le contrat qui a permis au TCS SA (ci-après : TCS) d'offrir son application de stationnement « Park&Pay » pour l'utilisation des places de parking gérées par Digitalparking AG (ci-après : Digitalparking) et d'autre part, les conditions de son renouvellement.

3. Afin de déterminer s'il existe des indices permettant de dire que Digitalparking aurait abusé de sa position dominante envers le TCS au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels[8] (ci-après : LCart), l'enquête préalable examine en particulier :

- si le contrat conclu le 30 septembre 2020 entre les entreprises susmentionnées pouvait constituer une discrimination illicite de partenaires commerciaux en matière de prix (art. 7 al. 2 let. b LCart), et
- si les conditions du renouvellement de ce contrat pouvait constituer une imposition illicite de prix inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart).

A.2 Historique de la procédure

4. Le 12 mai 2022[9], sur la base d'une plainte[10] reçue du TCS, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : Secrétariat) a décidé d'ouvrir une observation de marché et a demandé à Digitalparking de prendre position sur les reproches faits à son encontre par le TCS.

5. Le 13 juillet 2022, Digitalparking a fait parvenir sa prise de position.

6. Le 15 décembre 2022, le Secrétariat a décidé d'ouvrir une enquête préalable à l'encontre de Digitalparking et lui a fait parvenir un questionnaire.[11] Cette entreprise a répondu le 1er mars 2023, dans le délai prolongé qui lui avait été imparti.[12]

7. Le 6 juillet 2023, le Secrétariat a rencontré Digitalparking afin que l'entreprise puisse présenter ses activités et expliquer la relation d'affaires avec le TCS. Le 31 août 2023, Digitalparking a fait parvenir un résumé des arguments présentés lors de la rencontre bilatérale.[13]

8. Le 24 avril 2024, le Secrétariat a demandé à Digitalparking de mettre à jour ses données relatives au nombre de communes pour lesquelles l'entreprise offre ses services de stationnement[14], ce que cette entreprise a fait le 28 avril 2024.[15]

B Faits

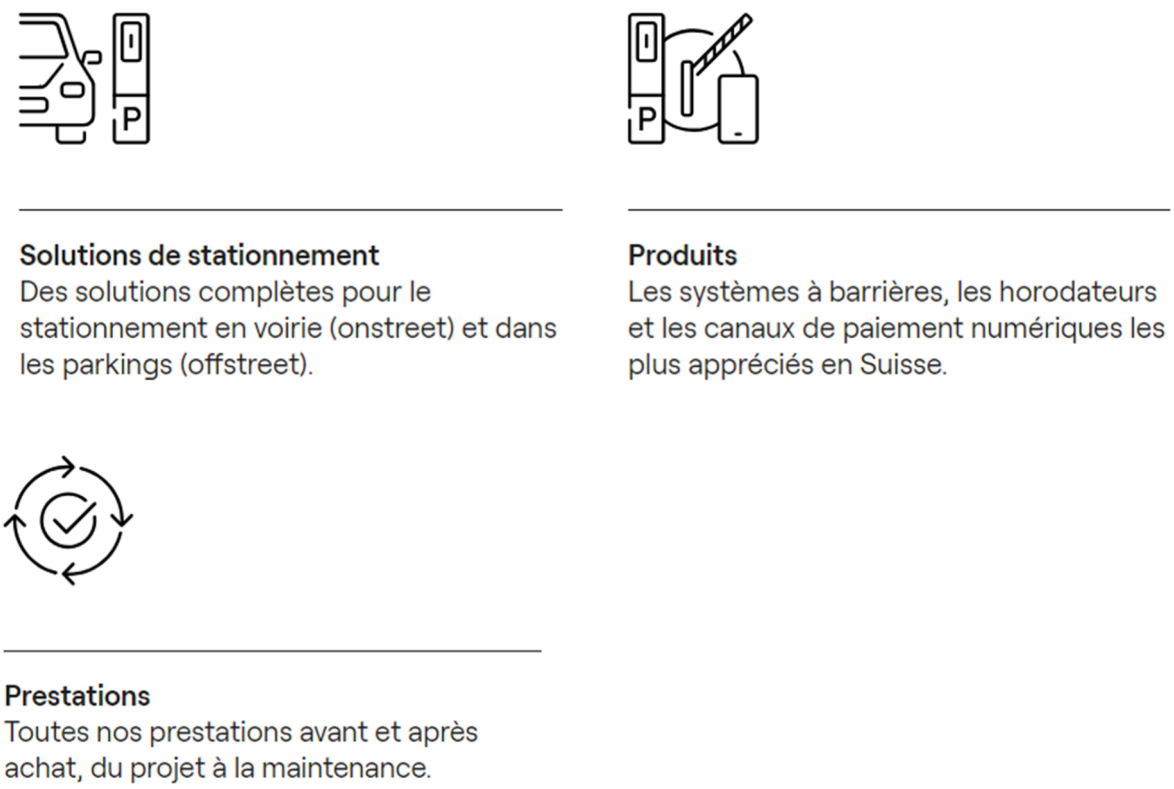
B.1 Digitalparking

9. Digitalparking est une entreprise spécialisée dans le domaine du stationnement payant en Suisse.[16] Elle offre des produits permettant le paiement du stationnement, soit des parcomètres pour les places « *onstreet*[17] » et des caisses automatiques pour celles « *offstreet*[18] ». Elle offre également des infrastructures sous forme de systèmes de barrières, ainsi que la vente de licences pour les softwares utilisés dans la gestion du stationnement. Digitalparking offre aussi des services comme l'étude de projets, l'entretien et la maintenance des systèmes, la formation du personnel, les services de réparation et une " Help Line" en cas de problèmes rencontrés par les

[1] Certaines fonctionnalités supplémentaires sont disponibles suivant les applications, comme la possibilité de rechercher et réserver une place de parking disponible et de prolonger le stationnement.
[2] Application pour le paiement du stationnement développée par Novaconcept SA, entreprise basée à Monthey (Suisse).
[3] Application pour le paiement du stationnement développée par EasyPark AB, entreprise basée à Stockholm (Suède). L'application EasyPark est disponible dans de nombreux pays en Europe ainsi que pour les Etats-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande.
[4] Application pour le paiement du stationnement appartenant au groupe Volkswagen Financial Services AG.
[5] PrestoPark est une marque appartenant à IEM, entreprise franco-suisse spécialisée dans les solutions de gestion du stationnement payant.
[6] Application de paiement développée par les CFF. Cette application permet de trouver facilement une place de stationnement dans une gare. Depuis peu, elle englobe les places de stationnement P+Rail CFF et celles de dix réseaux partenaires, à savoir le BLS, le RhB, les TPF, le SOB, le MGB, les ÖBB, le RBS, l'AVA, l'AB et la Zentralbahn.
[7] TWINT est une application qui permet le paiement auprès de nombreux commerces et de sites Internet. TWINT offre également la possibilité de payer le stationnement.
[8] Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).
[9] Cf. courrier du Secrétariat de la Commission de la concurrence du 12.5.2022.
[10] Cf. courrier du TCS du 28.4.2022.
[11] Cf. courrier du Secrétariat de la Commission de la concurrence du 15.12.2022.
[12] Cf. courrier de Digitalparking du 1.3.2023.
[13] Cf. courrier électronique de Digitalparking du 31.8.2023.
[14] Cf. courrier électronique du Secrétariat du 24.4.2024.
[15] Cf. courrier électronique de Digitalparking du 28.4.2024.
[16] Cf. <www.digitalparking.ch/fr/entreprise/> (16.7.2024).
[17] Places de stationnement situées sur la voie publique.
[18] Places de stationnement dont l'accès est géré à l'aide de systèmes de barrières pour les parkings couverts et non-couverts.

utilisateurs. Les systèmes proposés par Digitalparking pour le stationnement sont largement numériques. En particulier, Digitalparking a développé une application de stationnement pour mobile multifonction appelée « Parkingpay[19] ».

Illustration 1 : Solutions de stationnement développées par Digitalparking :



Source: Site Internet de Digitalparking.[20]

10. Digitalparking tire principalement ses revenus des différents services offerts aux exploitants de places de parc (propriétaires privés et collectivités publiques), en prélevant notamment auprès de tous les exploitants susmentionnés, pour les places *onstreet* et *offstreet*, une commission de [0-10] % sur le montant payé par l'utilisateur pour le paiement de places de stationnement.

11. Avec les offreurs d'application pour le stationnement, Digitalparking a conclu des contrats avec deux applications de stationnement (EasyPark et P+Rail) ainsi qu'avec la solution de paiement TWINT. Digitalparking ne prélève aucune commission auprès de EasyPark, P+Rail et TWINT. En revanche, cette entreprise verse à TWINT un montant de [0-10] % de la transaction effectuée au moyen de cette application en tant que prestataire de services de paiement.[21]

B.2 Application de stationnement du TCS et relation d'affaires avec Digitalparking

12. Le TCS est une association qui représente les intérêts des conducteurs et de la mobilité individuelle en général. Il rassemble environ 1,6 million de membres en Suisse.[22] En tant que plus grand club de mobilité de Suisse, le TCS propose différentes prestations à ses membres, réalise des tests et prend position sur des sujets liés à la politique des transports.

13. Le TCS a développé une application pour mobile multifonction qui offre notamment des services en relation avec le stationnement appelée « Park&Pay ». Cette application propose plusieurs fonctionnalités comme la facturation à la minute pour les places de stationnement, le paiement du stationnement. Elle renseigne également les utilisateurs sur les parkings à proximité et leurs conditions tarifaires.

[19] Selon le site Internet de Digitalparking, l'application développée serait « la plus répandue en Suisse parmi les applications de stationnement », <www.digitalparking.ch/fr/produit/moyens-de-paiement-electroniques/> (16.7.2024).
[20] Cf. <www.digitalparking.ch/fr/> (16.7.2024).
[21] Cf. annexe 13, Präsentation: Skizzierung der Geschäftstätigkeit von Digitalparking vom 6.7.2023, p. 4.
[22] Cf. <www.tcs.ch/fr/> (16.7.2024).

14. Le 30 septembre 2020, le TCS a conclu un contrat[23] avec Digitalparking qui expirait le 31 mars 2022. Conformément à l'art. 3 de ce contrat, Digitalparking prélevait une commission de […] CHF à l'utilisateur de l'application Park&Pay du TCS pour chaque transaction effectuée pour régler un stationnement. La commission de […] CHF était ensuite répartie entre Digitalparking ([…] CHF) et le TCS ([…] CHF).

15. Le 14 septembre 2021, Digitalparking a proposé de nouvelles conditions contractuelles au TCS pour la prolongation du contrat au-delà du 31 mars 2022, date de son expiration. En plus de la commission de Digitalparking de […] CHF pour chaque transaction effectuée avec l'application Park&Pay, Digitalparking demandait au TCS le paiement d'un montant de base mensuel de […] CHF, auquel serait soustrait un montant de 0.75 multiplié par le total des commissions générées mensuellement par les utilisateurs de l'application du TCS.[24] Digitalparking a justifié ces nouvelles conditions en expliquant qu'elle cherchait à couvrir les frais occasionnés par l'intégration de l'application Park&Pay du TCS à son système.

16. Le 2 février 2022, le TCS a informé Digitalparking qu'il considérait que ces nouvelles conditions étaient inacceptables et a demandé de les justifier, ainsi qu'une prolongation du contrat au 30 juin 2022.[25]

17. Le 22 février 2022, Digitalparking a répondu au TCS:

- qu'elle n'était pas obligée de fournir des services qui ne couvrent pas ses coûts ;
- qu'elle s'était efforcée depuis octobre 2020 de chercher des solutions communes avec le TCS afin d'améliorer la présence de l'application Park&Pay sur le marché ;
- que la collaboration avec le TCS ne s'était pas avérée rentable en raison du faible volume généré par les utilisateurs de l'application Park&Pay.[26]

18. Par conséquent, Digitalparking entendait reporter sur le TCS les coûts liés à l'intégration de l'application Park&Pay dans son système, à savoir 200'000 CHF par année, en prévoyant néanmoins la soustraction du montant de base mensuel d'une partie des recettes générées par l'application du TCS. Digitalparking a en outre précisé qu'elle avait formulé sa nouvelle proposition au TCS en septembre 2021 lorsqu'elle avait informé de la résiliation du contrat.[27]

C Considérants

C.1 Champ d'application de la LCart

19. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 al. 1 LCart). La notion d'entreprise au sens de la LCart comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). Digitalparking est une entreprise au sens de la LCart.

20. La LCart s'applique notamment aux entreprises qui sont puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). La question de la position de Digitalparking sur le marché, ainsi que l'adéquation de son comportement avec la LCart seront analysées ci-après.

21. 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). En l'espèce, le TCS reproche à Digitalparking (entreprise active sur le territoire suisse) de ne pas accepter son application de stationnement pour le paiement des places de parking en Suisse. L'état de fait en question entre donc dans le champ d'application territorial de la LCart.

C.2 Pratiques illicites d'entreprises en position dominante

22. Les pratiques d'entreprises en 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). De tels comportements sont énumérés à titre exemplatif à l'art. 7. al. 2 LCart. Il convient d'examiner, au cas par cas, si un comportement au sens de cette disposition constitue une entrave, respectivement un désavantage au sens de l'art. 7. al. 1 LCart.[28]

C.2.1 Position dominante

23. 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 (art. 4 al. 2 LCart).

24. Pour déterminer si Digitalparking détient une position dominante, il convient tout d'abord de définir le marché relevant.

C.2.1.1 Marché relevant

25. En droit des cartels, la définition du marché relevant se détermine – par analogie avec l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises[29] – en fonction des produits ou services qui sont substituables, du point de vue matériel et géographique, pour les partenaires potentiels de l'échange.[30]

C.2.1.1.1 Partenaires potentiels de l'échange

26. Digitalparking met en relation a) les exploitants de places de stationnement et b) les détenteurs de véhicules dont certains utilisent les solutions développées par c) les développeurs d'applications de stationnement:

[23] Cf. annexe 4 de la dénonciation du TCS du 28.4.2022.
[24] Cf. annexe 5 de la dénonciation du TCS du 28.4.2022. La formule de rémunération demandée par le TCS est: […] CHF – 0.75 x (total des commissions de […] CHF générées mensuellement).
[25] Cf. annexe 6 de la dénonciation du TCS du 28.4.2022.
[26] Cf. annexe 7 de la dénonciation du TCS du 28.4.2022.
[27] Cf. annexe 7 de la dénonciation du TCS du 28.4.2022.
[28] Cf. ATF 139 I 72, consid. 10.1.2, *Publigroupe*.
[29] Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).
[30] ATF 139 I 72 consid. 9.1 et les références citées, *Publigroupe*; ATF 129 II 497 consid. 6.3.1, *Entreprises Électriques Fribourgeoises (EEF)*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.1, *Hallenstadion*; ATF 129 II 18 consid. 7.2 et 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

a. Les exploitants de places de stationnement offrent d'une part des espaces pour le stationnement de véhicules en voirie (*onstreet*) et d'autre part des espaces de stationnement dans des lieux délimités, comme les parkings fermés ou en sous-sols (*offstreet*), nécessitant l'installation de barrières, de systèmes de reconnaissance de plaques d'immatriculation ainsi que des caisses automatiques.

b. Les détenteurs de véhicules cherchent des places de stationnement où ils peuvent parquer leurs véhicules pour une durée plus ou moins longue. Ils peuvent régler le stationnement avec de l'argent liquide, des cartes bancaires, des solutions de commerce électronique ou des applications de stationnement.

c. Les développeurs d'applications de stationnement mettent à disposition des détenteurs de véhicules des applications leur permettant de payer le temps de stationnement effectif voire dans certains cas de rechercher des places de stationnement, de les réserver et de prolonger le stationnement. Ils sont intéressés de mettre leurs solutions à disposition du plus grand nombre d'exploitants de places de stationnement et du plus grand nombre d'utilisateurs (effet de réseau).

27. Dans le cas d'espèce, les partenaires potentiels de l'échange sont d'une part, Digitalparking et d'autre part, les développeurs d'application de stationnement, comme le TCS avec son application Park&Pay.

C.2.1.1.2 Marché de produits

28. Le marché de produits comprend tous les produits ou services qui sont considérés comme substituables par les partenaires potentiels de l'échange en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

29. Dans le cas d'espèce, le marché de produits comprend les systèmes de stationnement, en particulier les interfaces permettant aux développeurs d'applications de stationnement d'offrir leurs services à leurs utilisateurs (p.ex. recherche de places libres, facturation à la minute, paiement à distance, etc.). Il peut être renoncé à une délimitation plus étroite du marché de produits, par exemple en distinguant le stationnement *onstreet* du stationnement *offstreet*, dans la mesure où l'enquête préalable n'a pas mis en lumière de comportement abusif de Digitalparking, comme il sera démontré ci-dessous.

C.2.1.1.3 Marché géographique

30. 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).

31. Digitalparking offre ses solutions d'administration des places de stationnement aux communes suisses[31] et aux exploitants privés de places de stationnement sur tout le territoire suisse. Le TCS a développé une application qui puisse être utilisée le plus largement possible sur l'ensemble du territoire helvétique. Par conséquent, il cherche à la faire fonctionner sur des systèmes de stationnement qui couvrent, si possible, le plus grand nombre de places de stationnement dans toute la Suisse.

32. Par conséquent, le marché géographique peut être considéré comme étant national.

C.2.1.1.4 Position de Digitalparking sur le marché relevant

33. En novembre 2022, Digitalparking était active dans le domaine du stationnement dans environ […][32] communes suisses.[33] Cette entreprise offrait ses produits et services numériques dans […] des 10 plus grandes communes de Suisse et dans […] des 20 plus grandes, pour le stationnement *onstreet* administré par lesdites communes[34]. En avril 2024, le nombre de communes pour lesquelles Digitalparking proposait ses services de stationnement s'élevait à […].[35]

34. D'autres entreprises offrant des services similaires sont présentes sur tout le territoire suisse. Elles développent des solutions globales de stationnement qui comprennent des équipements pour les places de stationnement, des logiciels et d'autres services annexes. A ce sujet, relevons l'existence des deux entreprises suivantes :

- L'entreprise IEM basée à Genève a été fondée en 1986. Elle offre des solutions pour le stationnement *onstreet* et *offstreet* sur le marché suisse et à l'étranger[36]. En Suisse, elle a installé plus de 10'000 équipements.[37] Elle a développé aussi l'application de stationnement Prestopark.
- SKIDATA a été fondée en 1977 en Autriche et est présente sur les quatre continents.[38] En 2001, elle a été rachetée par Kudelski Group[39]. L'entreprise est active dans les domaines du stationnement *onstreet* et *offstreet*, de la vente des abonnements de ski, du contrôle d'accès aux enceintes sportives et des infrastructures de chargement pour les véhicules électriques. L'entreprise ne propose pas d'application de

[31] Cf. <www.digitalparking.ch/fr/solution/onstreet/>. La grande majorité des contrats liant Digitalparking et les communes aurait suivi des procédures d'appels d'offres publics.
[32] Cf. annexe 9 de la prise de position de Digitalparking du 1.3.2023.
[33] La Suisse compte au total 2'136 communes au 1.1.2024. Cf. <www.bfs.admin.ch/asset/fr/24065860 > (16.7.2023).
[34] Digitalparking proposerait ses services pour le stationnement dans les villes suivantes (classement en fonction de la taille): Zürich, Bâle, Lausanne, Berne, Winterthur, Lucerne, St. Gall, Lugano, Bienne, Bellinzone, Köniz, Fribourg, Coire, Schaffhouse, La Chaux-de-Fonds et Sion. Cf. prise de position de Digitalparking du 1er mars 2023. À noter que la ville de Bâle propose sa propre application appelée: « ParkSmart Basel » qui offre des services similaires aux autres applications disponibles en Suisse.
[35] Cf. courrier électronique du 28.4.2024.
[36] L'entreprise est présente dans 12 pays et elle a ouvert des succursales en Italie, Norvège et à Singapour. Cf. <www.iemgroup.com/ch-fr/une-societe-suisse/a-propos-iem/> (16.7.2024).
[37] Cf. <www.iemgroup.com/ch-fr/une-societe-suisse/references/> (16.7.2024).
[38] Cf. <www.skidata.com/fr-ch/references> (16.7.2024).
[39] Kudelski Group est une multinationale basée à Cheseaux-sur-Lausanne en Suisse. Elle est spécialisée dans la sécurité digitale ainsi que les solutions numériques pour la télévision payante et les systèmes d'accès sécurisé. Cf. <www.nagra.com>.

stationnement mais a développé une technologie qui permet de régler le stationnement depuis son mobile multifonction, en scannant directement le code QR imprimé sur le ticket de stationnement.[40] Le 22 février 2024, Kudelski Group a annoncé son intention de vendre sa filiale SKIDATA.[41]

35. En résumé, Digitalparking est en mesure d'offrir un nombre important de places de stationnement sur tout le territoire suisse aux détenteurs de véhicules qui souhaitent utiliser les applications de stationnement. En raison des effets de réseau importants qui existent sur ce marché, les développeurs d'application de stationnement sont intéressés à entretenir des relations d'affaires avec Digitalparking qui est un acteur important sur le territoire suisse. La question d'une éventuelle position dominante de Digitalparking sur le marché des systèmes de stationnement peut toutefois être laissée ouverte dans la mesure où l'enquête préalable n'a pas décelé d'indices d'abus, comme il sera démontré dans les paragraphes suivants.

C.2.2 Pratiques illicites

36. Selon 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. Le deuxième alinéa de cette disposition donne une liste exemplative de comportements destinée à illustrer ou à concrétiser l'alinéa 1.

37. La double question qui se pose est de savoir si:1) les conditions commerciales contenues dans le contrat initial du 30 septembre 2020 entre Digitalparking et le TCS - différentes de celles offertes aux autres fournisseurs d'applications de stationnement comme EasyPark, TWINT et P+Rail - pouvaient constituer des pratiques illicites au sens de l'art. 7 al. 2 let. b LCart et si 2) les nouvelles conditions commerciales auxquelles était soumis le renouvellement dudit contrat pouvaient constituer des pratiques illicites au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

C.2.2.1 Discrimination en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7 al. 2 let. b LCart)

38. Selon l'art 7 al. 2 let. b LCart, la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales est considérée comme un comportement illicite de la part d'une entreprise dominante sur le marché si trois conditions soient réunies: 1) l'existence d'une discrimination 2) qui entraîne une restriction à la concurrence et 3) sans être légitimée par des motifs économiques.[42] Concernant la discrimination, celle-ci ne doit pas aller aussi loin que le caractère inéquitable selon l'art. 7 al. 2 let. c LCart.[43] Ce critère implique que l'entreprise en position dominante traite de façon identique les partenaires commerciaux qui se trouvent dans une situation similaire. Elle n'implique pas l'obligation de traiter l'ensemble des partenaires de la même façon.[44] Des distinctions peuvent dès lors être faites en fonction des circonstances particulières de chaque cas et eu égard aux prestations fournies par les partenaires de l'échange.

39. Selon le contrat du 30 septembre 2020 (cf. N 14 s.), Digitalparking prélevait à l'utilisateur de l'application de stationnement du TCS, une commission de […] CHF et rétrocédait […] CHF au TCS lors du règlement d'une taxe de stationnement au moyen de l'application Park&Pay.

40. Aucune commission de ce type n'est en revanche prélevée par Digitalparking à un utilisateur d'une autre application (cf. N 11). Toutefois,

- Digitalparking verse une commission de [0-10] % à TWINT sur le montant du stationnement[45], même si Digitalparking ne prélève pas de commission auprès de TWINT lors du règlement de son stationnement au moyen de cette application ;
- Digitalparking […] pour le règlement du stationnement avec l'application P+Rail. Les partenariats de Digitalparking avec l'application P+Rail et le SwissPass ne sont pas explicitement comparables avec ceux des autres partenaires comme TWINT ou EasyPark, car les CFF sont aussi exploitants de parkings et leurs solutions numériques P+Rail et le SwissPass sont compatibles principalement avec leurs propres parkings.

41. Il convient de relever que l'utilisateur de l'application de EasyPark doit s'acquitter d'une commission de 15 % ou au minimum de 0.39 CHF pour le règlement de chaque stationnement.[46] Pour les utilisateurs réguliers de cette application, il est possible de souscrire un abonnement mensuel de 4.95 CHF et ne plus devoir s'acquitter de cette commission.[47] Cet exemple démontre que la capacité concurrentielle du TCS n'est pas entravée par la commission de […] CHF perçue par Digitalparking auprès des utilisateurs de l'application de stationnement du TCS. En effet, pour un coût de stationnement de 1 CHF, un utilisateur de l'application d'Easypark payera en définitive 1.39 CHF alors que l'utilisateur de l'application du TCS payera […] CHF.

42. En résumé, les conditions contractuelles de Digitalparking sont différentes selon les développeurs d'application. TWINT, avec plus de 5 millions utilisateurs actifs en 2023[48] et EasyPark, dont l'application de stationnement paraît être la plus utilisée en Europe, détiennent manifestement toutes deux une force de négociation plus importante que le TCS, lequel était un nouvel

[40] Le paiement s'effectue avec les solutions de paiements électroniques. Cf. <www.skidata.com/fr-ch/solutions/stationnement-mobilite/paiement-numerique-et-sur-place> (17.6.2024).
[41] Cf. <www.skidata.com/pr-news/the-kudelski-group-and-skidata-issue-a-strategic-update>.
[42] EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2e éd. 2012, art. 7 II N 89.
[43] CR concurrence-CLERC/KËLLEZI (n. 42), art. 7 II N 88.
[44] CR concurrence-CLERC/KËLLEZI (n. 42), art. 7 II N 90.
[45] Cf. annexe 10 de la prise de position de Digitalparking du 1.3.2023. p. 1.
[46] Cf. annexe 13, Präsentation: Skizzierung der Geschäftstätigkeit von Digitalparking vom 6.7.2023, p. 6.
[47] Cf. annexe 13, Präsentation: Skizzierung der Geschäftstätigkeit von Digitalparking vom 6.7.2023, p. 6.
[48] Cf. <www.twint.ch/fr/press/twint-590-millions/>.

entrant sur le marché. Digitalparking, étant principalement rémunérée par les exploitants de place de stationnement en fonction du volume des frais payés par les utilisateurs de véhicules automobiles, cette entreprise a un intérêt à travailler prioritairement avec des développeurs d'application représentant un nombre élevé d'utilisateurs actifs, pouvant accroître le volume des taxes de stationnement et générer ainsi un chiffre d'affaires plus important pour cette entreprise. On ne saurait donc exiger d'une entreprise qu'elle offre des conditions identiques à tous ses partenaires commerciaux, alors même que ceux-ci ne lui apportent pas tous les mêmes avantages.

43. Par conséquent, le Secrétariat considère qu'il n'y a pas d'indices pour conclure que le prélèvement d'une commission de […] CHF par Digitalparking auprès de l'utilisateur de l'application Park&Pay du TCS remplirait les conditions de l'art. 7 al. 2 let. b LCart en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart.

C.2.2.2 Imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart)

44. Selon l'art. 7 al. 2 let. c LCart, l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables est considérée comme un comportement illicite de la part d'une entreprise dominante sur le marché s'il n'est pas justifié par des motifs économiques légitimes. Selon la jurisprudence récente, il ne suffit pas qu'il y ait un lien de causalité entre la position dominante et un prix inéquitable. Il faut encore que le prix ait été « imposé », élément essentiel dans l'énoncé de fait légal. Cela implique que les prix soient inéquitables et qu'ils aient été imposés, par exemple lorsque l'entreprise dominante sur le marché utilise ou menace d'utiliser des moyens pour donner du poids dans l'obtention d'un certain prix.[49]

45. En l'espèce, compte tenu de l'arrivée à échéance du contrat fixée au 31 mars 2022, Digitalparking a transmis le 14 septembre 2021 au TCS une nouvelle proposition de contrat (cf. N 15). Selon cette proposition, Digitalparking demandait un montant de base mensuel de […] CHF, auquel serait soustrait un montant de 0.75 multiplié par le total des commissions générées mensuellement par les utilisateurs de l'application du TCS.

46. Afin d'examiner si les conditions proposées au TCS pour le renouvellement du contrat peuvent être considérées comme inéquitables au sens de la LCart, il y a lieu de rappeler les conditions proposées aux trois autres fournisseurs d'applications (TWINT, P+Rail et EasyPark) avec celles proposées au TCS par Digitalparking, puis d'évaluer si la nouvelle proposition contractuelle de Digitalparking proposée au TCS est abusive au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

47. Le tableau comparatif suivant présente un résumé des commissions prélevées et versées par l'entreprise Digitalparking suivant les différentes applications mobiles pour des taxes de stationnement d'un montant de 1.00 CHF, à savoir :

a. Une commission de [0-10] % prélevée sur le montant payé par l'utilisateur des applications pour le paiement d'une place de stationnement auprès de tous les exploitants de places de stationnement *onstreet* et *offstreet* (cf. N 10).

b. Une commission de […] CHF prélevée par transaction effectuée au moyen de l'application du TCS (cf. N 14).

c. Une commission versée à TWINT de [0-10] % de la transaction effectuée au moyen de cette application en tant que prestataire de services de paiement (cf. N 11).

Tableau 1 : Comparatif des revenus obtenus en fonction des différentes applications:

	TWINT	EasyPark	P+Rail	TCS
Frais de stationnement	1.000	1.000	1.000	1.000
Commission de Digitalparking [0-10] %	[…]	[…]	[…]	[…]
Commission par transaction [0-10] %	[…]	[…]	[…]	[…]
Commission prélevée aux utilisateurs	[…]	[…]	[…]	[…]
Revenus (CHF)	[…]	[…]	[…]	[…]

48. Comme le démontre ce tableau, pour des taxes de stationnement se montant à 1.00 CHF, la collaboration avec le TCS serait à première vue la plus lucrative pour Digitalparking par rapport aux autres applications.

49. Cependant, il faut tenir également compte du volume des taxes de stationnement engendré par chaque fournisseur d'application. Par rapport à l'application du TCS, EasyPark enregistrerait un volume des taxes de stationnement en forte hausse, ce qui rendrait cette collaboration profitable pour Digitalparking[50]. Au cours de la relation contractuelle entre Digitalparking et le TCS, le volume des taxes de stationnement généré était de […] CHF en octobre 2020 et a atteint un sommet à […] CHF en septembre 2021. À titre de comparaison, le volume des taxes de stationnement généré par EasyPark en octobre 2020 se montait à […] CHF et à […] CHF en septembre 2021.

[49] TF, 2C_698/2021 du 18.4.2024 consid. 7.5, *Swisscom AG et TF*, 2C_561/2022 du 23.4.2024 consid. 12.2 ss, *Swisscom AG*.
[50] Cf. prise de position de Digitalparking du 31.8.2023, N 7.

50. Au cours de la période du 30 septembre 2020 au 31 mars 2022, la relation contractuelle avec le TCS a généré un volume de taxes de stationnement de […] CHF comparé à un volume de […] CHF généré par l'entreprise EasyPark.

[…]

Graphique du volume des taxes de stationnement généré mensuellement par le TCS et EasyPark (en CHF) pour la période de mars 2020 au 31 mars 2022 (Source : Digitalparking[51])

51. Selon une analyse interne de Digitalparking, le volume des taxes de stationnement généré annuellement par l'application du TCS durant la période du 1er septembre 2020 au 31 août 2021 serait de [0-10] % du volume total provenant des différents canaux numériques.[52] À titre de comparaison, le volume généré par l'application Parkingpay de Digitalparking était de [50-60] % et celui généré par TWINT de [30-40] %.

52. Les 6 et 14 septembre 2021, Digitalparking a informé dans deux courriers électroniques[53] au TCS, six mois avant l'échéance du contrat, que la relation commerciale n'était pas rentable pour Digitalparking, étant donné que le nombre de transactions effectuées avec l'application Park&Pay du TCS était inférieur aux prévisions des deux entreprises. Selon le courrier électronique du 6 septembre 2021, au cours des douze derniers mois de la relation commerciale liant les deux entreprises, l'application du TCS aurait généré […] transactions de la part de […] utilisateurs.[54]

53. Le 14 septembre 2021, Digitalparking a proposé au TCS de lier la poursuite de la relation d'affaires à une contribution mensuelle se montant à […] CHF, auquel serait soustrait un montant de 0.75 multiplié par le total des commissions générées mensuellement par les utilisateurs de l'application du TCS (cf. N 15). Selon Digitalparking, cette proposition contractuelle aurait permis de couvrir les coûts engagés pour assurer la compatibilité de l'application Park&Pay du TCS avec le système de Digitalparking ainsi que les coûts salariaux estimés à […] CHF[55] et les services de « Help Line » de Digitalparking. Cette proposition contractuelle de Digitalparking tenait compte du volume des transactions effectuées avec l'application du TCS mensuellement. De plus, Digitalparking a expliqué au TCS que si le volume des taxes de stationnement réglées avec l'application du TCS augmentait par un facteur 10, alors le TCS n'aurait plus besoin de payer un montant mensuel additionnel.[56]

54. Il ressort de ce qui précède que l'application du TCS n'a pas connu le développement escompté par Digitalparking durant la période où cette entreprise était liée contractuellement avec le TCS. La nouvelle proposition de Digitalparking liée au renouvellement du contrat a été faite en tenant compte des coûts engendrés par une intégration de l'application du TCS dans le système de Digitalparking. Cette proposition incluait toutefois un système de barème dégressif, afin de faire profiter le TCS de l'éventuel succès à venir de sa propre application. Par ailleurs, cette proposition a été faite initialement le 14 septembre 2021 et le TCS a attendu le 2 février 2022 pour reprendre contact avec Digitalparking. Au vu de ces circonstances, il ne paraît pas pouvoir être considéré que le montant de […] CHF ait été imposé au TCS. En outre, ce montant dégressif paraît avoir été calculé en fonction de critères objectifs, à savoir le fait pour Digitalparking de couvrir les coûts afférents à une intégration de l'application du TCS dans son système.

55. Par conséquent, le Secrétariat considère qu'il n'y a pas d'indice pour conclure que les conditions du renouvellement du contrat proposé par Digitalparking au TCS rempliraient les conditions de l'art. 7 al. 2 let. c LCart en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart.

C.2.2.3 Résultat

56. Etant donné les éléments développés ci-dessus, le Secrétariat considère qu'il n'y a pas d'indices d'abus d'une éventuelle position dominante de Digitalparking à l'égard du TCS au sens de l'art. 7 al. 2 let. b et c LCart en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart. Partant, il clôt la procédure sans suite.

C.3 Coûts

57. Les enquêtes préalables au sens de l'art. 26 LCart sont soumises à émoluments (art. 53a al. 1 let. a LCart avec renvoi explicite à l'art. 26 LCart). Selon l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur les émoluments LCart[57], est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Selon l'art. 3 al. 2 let. b OEmol-LCart, les participants qui ont provoqué une enquête préalable ne doivent pas payer d'émoluments si l'enquête préalable ne révèle aucun indice de restriction illicite de la concurrence.[58]

58. Dans le cas présent, Digitalparking ne doit pas supporter de frais de procédure, car il n'existe pas d'indices de restrictions illicites à la concurrence (art. 3 al.2 let. b OEmol-LCart).

D Conclusions

59. Le Secrétariat se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les considérations qui précèdent :

1. clôt l'enquête préalable sans suite,
2. informe les entreprises participantes de l'issue de cette procédure et
3. publie le présent rapport au recueil Droit et politique de la concurrence (DPC).

[51] Cf. prise de position de Digitalparking du 31.8.2023, N 8 ss.
[52] Cf. prise de position de Digitalparking du 13.7.2022, N 28.
[53] Cf. annexe 7 de la prise de position de Digitalparking du 13.7.2022, p. 1 ss.
[54] Cf. annexe 7 de la prise de position de Digitalparking du 13.7.2022, p. 3.
[55] Cf. prise de position de Digitalparking du 1.3.2023, N 18.
[56] Cf. annexe 7 de la prise de position de Digitalparking du 13.7.2022, p. 1.
[57] Ordonnance du 25.2.1988 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart, RS 251.2).
[58] DPC 2023/3, 616 N 107, *Google News*.

B 1	**4. Beratungen** Conseils Consulenze
B 1.4	**1. [Meldepflicht zufolge Anwendung von Art. 4 Abs. 3 VKU]**

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

1. Sachverhalt

1. Am […] habe X. […] der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) […] Zusammenschlussvorhaben zwischen X. und […] Y. […][1] gemeldet. […] Der Umsatz der durch X. zu übernehmenden Unternehmensteile habe [über 100] Millionen Franken betragen.[2] Die WEKO habe den Vollzug […] genehmigt.[3]

2. […].[4]

3. Am […] habe X. dem Sekretariat den Entwurf der Meldung eines weiteren Zusammenschlussvorhabens eingereicht, wobei sich nach Rückmeldung des Sekretariats in der Folge die eigentliche Meldung des Zusammenschlussvorhabens «aus verschiedenen Gründen» verzögert habe, weil das Finalisieren und der Abschluss der Verpflichtungsgeschäfte nicht wie geplant hätten erfolgen können.[5]

4. Am […] seien zwischen X. und […] Y. «die massgeblichen Verpflichtungsgeschäfte» hinsichtlich eines [weiteren] Zusammenschlussvorhabens […] abgeschlossen worden. Der Umsatz der durch X. zu übernehmenden Unternehmensteile betrage [unter 100] Millionen Franken.[6] Die Voraussetzungen für eine Meldung des Zusammenschlussvorhabens seien nicht erfüllt, weil die zu übernehmenden Unternehmensteile [von Y.] die Umsatzschwelle von 100 Millionen Franken gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreichen würden.[7]

5. Das Sekretariat habe im Rahmen von Telefongesprächen am […] erwähnt, dass eine Meldepflicht dann nicht ausgeschlossen sei, wenn ein Zusammenschlussvorhaben in Umgehung von Art. 4 Abs. 3 [der Verordnung vom 17. 6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)] nicht während der entsprechenden Zweijahresfrist gemeldet worden sei.[8]

6. X. führt aus, dass eine Umgehung aus den nachstehenden Gründen nicht gegeben sei:

- Die Absicht, die Kooperation zwischen X. und […] Y. […] auszubauen, habe zwar bereits [während der Zweijahresfrist gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU] bestanden. Bis zum […] sei jedoch weder ein Verpflichtungsgeschäft noch eine schriftliche Absichtserklärung oder dergleichen unterzeichnet worden. Die Verpflichtungsgeschäfte betreffend das Zusammenschlussvorhaben […] seien erst [nach Ablauf der Zweijahresfrist gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU] rechtsgültig unterzeichnet worden.[9]
- Der Umfang der zur Übernahme vorgesehenen [Unternehmensteile] habe sich seit dem Meldungsentwurf […] (Rz 3) mehrfach verändert. […]. […].[10]
- Eine für die Meldung des Zusammenschlussvorhabens […] zentrale Person sei verstorben, so dass entsprechende Arbeiten während einiger Zeit keine Priorität gehabt hätten.[11]
- Zufolge […] seien die Entscheidungswege länger und komplexer geworden.[12]

7. X. hat dem Sekretariat mit seiner Beratungsanfrage vom 7. November 2024 einen Meldungsentwurf vom 7. November 2024 mit umfangreichen Beilagen in Bezug auf das Zusammenschlussvorhaben […] eingereicht.

2. Frage

8. Untersteht das im Meldungsentwurf vom 7. November 2024 beschriebene Zusammenschlussvorhaben […] im Zeitpunkt der Beratungsanfrage vom 7. November 2024 der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG?[13]

3. Beurteilung

9. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss (a) 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 (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten. Gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU sind zwei oder mehr Vorgänge zwischen denselben Unternehmen zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen innerhalb von zwei Jahren für die Umsatzberechnung als einziger Zusammenschluss anzusehen, wobei der Zeitpunkt des letzten Geschäftes massgebend ist.

[1] […].
[2] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 1 f., Beilage 1 Rz 73.
[3] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 2 […].
[4] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 2. […].
[5] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 3.
[6] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 1 f.
[7] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 1, 3 f., Beilage 1 Rz 71.
[8] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 4, Beilage 1 Rz 73.
[9] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 2 f.
[10] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 3.
[11] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 3.
[12] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 3, Beilage 1 Rz 20.
[13] Beratungsanfrage vom 7.11.2024, S. 4.

10. Zu prüfen ist, ob eine allfällige Nichtmeldung des Zusammenschlussvorhabens […] als Verletzung der Meldepflicht (Art. 35 KG) einzustufen wäre, weil das Verpflichtungsgeschäft zwar formell nach Ablauf der Zweijahresfrist gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU bezüglich des Unternehmenszusammenschlusses […] abgeschlossen wurde, materiell jedoch bereits vorher bestand und zur «Umgehung» der Meldepflicht erst später formell abgeschlossen wurde. Wäre dies der Fall, wären die Umsätze der im Rahmen des Unternehmenszusammenschlusses […] übernommenen Unternehmensteile ([über 100] Millionen Franken; Rz 1) und der im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens […] zu übernehmenden Unternehmensteile ([unter 100] Millionen Franken; Rz 4) für die Umsatzberechnung zu addieren, womit letzteres meldepflichtig sein könnte.

11. Damit die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen die in Art. 9 KG vorgesehene Meldepflicht nicht durch eine schrittweise Übernahme von Teilen des Zielunternehmens umgehen (sog. Salamitaktik), definiert Art. 4 Abs. 3 VKU einen Zeitraum von zwei Jahren, während dem gleichsam unterstellt wird, dass Vorgänge zwischen denselben Unternehmen zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen einen einzigen Zusammenschluss darstellen. Angesichts der damit in einer bundesrätlichen Verordnung vorgesehenen Definition einer eigentlichen «période suspecte» von zwei Jahren darf bei Vorgängen zur Erlangung der Kontrolle, die mehr als zwei Jahre auseinanderliegen, eine Umgehung der Meldepflicht nicht leichthin angenommen werden.[14] Es müssen mithin triftige Gründe für die Annahme einer Umgehung vorliegen. Solches kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich ein Unternehmen vor Ablauf der Zweijahresfrist an die Wettbewerbsbehörden wendet und ein Zusammenschlussvorhaben als bereit zur Meldung deklariert, das Zusammenschlussvorhaben in der Folge jedoch in gleicher oder nahezu identischer Form erst nach Ablauf der Zweijahresfrist definitiv meldet, ohne dass nachvollziehbare Gründe für das Ausbleiben der eigentlichen Meldung während der Zweijahresfrist ersichtlich sind.

12. Vorliegend bestehen auf der Grundlage der Beratungsanfrage vom 7. November 2024 keine genügenden Hinweise, um von einer solchen Umgehung auszugehen. Insbesondere geht daraus nicht hervor, dass X. das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerbsbehörden vor Ablauf der Zweijahresfrist in gleicher oder nahezu identischer Form als bereit zur Meldung deklariert hätte. Zwar ist bemerkenswert, dass der […]vertrag vom […] und der […]vertrag vom […] jeweils im zweiten Absatz der Präambel unter gegenseitiger Bezugnahme aufeinander festhalten, dass der jeweils andere Vertrag «[…]» abgeschlossen worden sei, während die Unterschriften vom […] datieren. Nur gestützt hierauf kann jedoch nicht von triftigen Gründen für die Annahme einer Umgehung ausgegangen werden. Zu ergänzen ist, dass das Sekretariat den mit Beilagen rund 732 Seiten umfassenden Meldungsentwurf vom 7. November 2024 zwar konsultiert hat. Im Rahmen einer Beratung kann jedoch nicht erwartet werden, dass das Sekretariat den Meldungsentwurf umfassend prüft, ohne dass X. die im vorliegenden Kontext relevanten Stellen substanziiert vorbringt.[15]

13. Diese Einschätzung beruht auf der Beratungsanfrage vom 7. November 2024.[16] In einem Verfahren betreffend eine Verletzung der Meldepflicht (Art. 35 KG) würde der Untersuchungsgrundsatz gelten (Art. 39 KG i. V. m. Art. 12 VwVG[17]), so dass die Wettbewerbsbehörden ein breiteres Spektrum an Beweismitteln (z. B. Telefonnotizen aus einschlägigen Verfahren) berücksichtigen könnten.[18]

14. Zusammengefasst bestehen auf der Grundlage der Beratungsanfrage vom 7. November 2024 keine ausreichenden Hinweise, dass das im Meldungsentwurf vom 7. November 2024 beschriebene Zusammenschlussvorhaben […] im Zeitpunkt der Beratungsanfrage vom 7. November 2024 der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG unterstehen würde.

4. Vorbehalt

15. Die vorliegende Beurteilung beruht einzig auf den von X. gemachten Angaben in der Beratungsanfrage vom 7. November 2024. Zusätzliche oder abweichende tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen. Das vorliegende Schreiben gibt die Einschätzung des Sekretariats wieder und bindet die WEKO nicht.

---

[14] RPW 2023/4, 770 Rz 12, *Valora Schweiz AG – Ausbau der Kooperation mit der Volare-Gruppe im Tankstellenshop-Geschäft*.

[15] Vgl. im Sinne eines Anhaltspunktes die zivilprozessualen Regeln zur Substantiierung gemäss BGer, 4A_443/2017 vom 30.4.2018, E. 2.2.2: «Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird […], dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen».

[16] SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-Autor), Art. 23 N 48.

[17] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

[18] Vgl. auch BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 42 N 1.

B 1.4	**2. SIA Value Methode**

I. Einleitung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) untersuchte die Leistungs- und Honorarordnungen (nachfolgend: LHO) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) (nachfolgend: SIA) im Rahmen einer Vorabklärung.[1] Gegenstand der genannten Vorabklärung waren insbesondere die in den LHO vorgesehenen Formeln zur Berechnung von Honoraren. Darin erkannte das Sekretariat mutmasslich unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG.[2]

2. Der SIA nahm daraufhin Anpassungen vor.[3] Ausserdem strebte der SIA langfristig die Ausarbeitung neuer kartellrechtskonformer Methoden zur Unterstützung der Planerinnen und Planer bei der Honorarberechnung an. In diesem Zusammenhang stellte der SIA dem Sekretariat Anfang 2023 eine geplante Applikation zur Schätzung des planerischen Aufwands für Architektinnen und Architekten vor. Diese sogenannte «*Value App*» beurteilte das Sekretariat unter gewissen Vorbehalten und Voraussetzungen als kartellrechtskonform.[4]

3. Auf die Value App soll über eine internetbasierte sogenannte «*Aufwandermittlungsplattform*» zugegriffen werden können. Die von der Value App zur Aufwandsschätzung verwendete Methodik bezeichnet der SIA als «*Value Methode*». Diese entspricht gemäss Angaben des SIA nach wie vor der vom Sekretariat im Rahmen der genannten Beratung bereits beurteilten Methode.

4. Zusätzlich zur Value Methode sollen künftig weitere Berechnungsarten hinzukommen und ebenfalls über die Aufwandermittlungsplattform zugänglich sein. Zu solchen allfälligen zusätzlichen Berechnungsarten liegen aktuell keine Informationen vor. Der SIA definiert im Entwurf zu einer revidierten LHO SIA 102[5] (nachfolgend: LHO SIA 102) aber die Anforderungen, welche solche zusätzlichen Berechnungsarten erfüllen müssen.

5. Gegenstand der vorliegenden Beratung sind die vom SIA vorgelegten Elemente des «*Gesamtkonzepts Aufwandermittlung*». Dazu gehört ein Konzept zur erwähnten Aufwandermittlungsplattform einschliesslich gewisser neuer Angaben zur Value App. Teil des Gesamtkonzeptes Aufwandermittlung sind auch die revidierten LHO einschliesslich der dem Sekretariat vorliegenden Version der LHO SIA 102.

6. Nachfolgend werden zunächst die Ausführungen des SIA zur Aufwandermittlungsplattform zusammengefasst. In diesem Zusammenhang wird dargelegt, wie die Value App in diese Plattform eingebunden werden soll. Zudem werden weitere, im Vergleich zur letzten Beratung neue Angaben des SIA zur Value App zusammengefasst. Zusätzlich werden die allgemeinen Anforderungen an datenbasierte Methoden zur Kalkulation von Aufwand und Honoraren gemäss Art. 3 der LHO SIA 102 erläutert (Rz 8 ff.). Wie erwähnt sind diese Anforderungen für noch zu entwickelnde Berechnungsmethoden, die ebenfalls über die Aufwandermittlungsplattform zugänglich sein sollen, massgebend.

7. Anschliessend werden weitere in der LHO SIA 102 enthaltene relevante Neuerungen dargestellt. Dabei handelt es sich um die in Art. 3 vorgesehene Empfehlung von Kalkulationshilfen Dritter durch den SIA (Rz 20) und um die in Art. 7 geregelte Honorarberechnung nach projektspezifischen Merkmalen (Rz 21 ff.). Schliesslich wir der beschriebene Sachverhalt kartellrechtlich gewürdigt (Rz 24 ff.).

II. Sachverhalt

Zweck und Betrieb der Aufwandermittlungsplattform

8. Zweck der Aufwandermittlungsplattform ist die Schätzung des zeitlichen Aufwandes für planerische Leistungen. Auf dieser Grundlage können die Planerinnen und Planer anschliessend ihr Honorar berechnen.

9. Die Aufwandermittlungsplattform soll vom SIA betrieben werden. Dieser ist auch für den Support zuständig. Über die Plattform sollen verschiedene Anwendungen zur Ermittlung des Aufwandes zugänglich sein. Stand heute handelt es sich dabei ausschliesslich um die Value App. Es ist aber vorgesehen, dass zusätzliche Anwendungen dazukommen sollen. Der SIA kann allen diesen Anwendungen Zugang zur gleichen Datengrundlage gewähren. Diese wird nachfolgend beschrieben (Rz 10 ff.). Anschliessend wird dargelegt, wie diese Daten ausgewertet und für Nutzerinnen und Nutzer zugänglich gemacht werden sollen (Rz 17 f.).

Datengrundlage

10. Aktuell gibt es noch keine Datensätze, welche der SIA den Programmiererinnen und Programmierern der genannten Anwendungen zur Aufwandsermittlung zur Verfügung stellt.[6] Vielmehr sollen diese Daten noch erhoben werden. Konkret ist vorgesehen, dass die Nutzerinnen und Nutzer der Plattform Daten zu von ihnen bereits abgeschlossenen Projekten in anonymisierter Form eingeben können. Dabei handelt es sich um den tatsächlich angefallenen Stundenaufwand sowie um Objekteigenschaften, die einen Einfluss auf diesen Aufwand haben.

[1] RPW 2019/2, 284 ff., *SIA-Honorarordnungen*.
[2] RPW 2019/2, 289 ff. Rz 50 ff., *SIA-Honorarordnungen*.
[3] RPW 2019/2, 294 ff. Rz 85 ff., *SIA-Honorarordnungen*.
[4] RPW 2023/1, 100 ff., *SIA – Value App*.
[5] Es handelt sich um den Entwurf für die von November 2024 bis Februar 2025 stattfindende Vernehmlassung. Gemäss Angaben des SIA werden aktuell auch noch andere LHO revidiert. Diese enthalten mutmasslich äquivalente Bestimmungen wie die LHO SIA 102. Das Sekretariat hat nur die LHO SIA 102 geprüft. Die übrigen LHO sind nicht Gegenstand dieser Beratung.
[6] Mit der Value Methode kann schon heute der mutmassliche Aufwand geschätzt werden. Zur dazu verwendeten Datengrundlage vgl. RPW 2023/1, 103 f. Rz 15 ff., *SIA – Value App*.

11. Im Rahmen der Beratung zur Value App reichte der SIA Informationen zu den von der Value Methode zur Voraussage des Zeitaufwandes verwendeten Objekteigenschaften ein. Diese Eigenschaften wurden von Forschenden der Eidgenössisch Technischen Hochschule in Zürich identifiziert. Ziel war es, diejenigen Objekteigenschaften auszuwählen, mit welchen der vorausgesagte Zeitaufwand möglichst gut prognostiziert werden kann.[7] Mutmasslich sollen jedenfalls diese von der Value Methode zur Schätzung des Aufwandes benötigten Objekteigenschaften sowie der tatsächliche Zeitaufwand über die Aufwandermittlungsplattform erfasst werden.

12. Die von der Value Methode verwendeten Objekteigenschaften sind gemäss SIA genau definiert.[8] In zahlreichen Workshops sei geprüft worden, ob die Nutzerinnen und Nutzer diese Definitionen verstehen. Ausserdem hat der SIA vor, Schulungen anzubieten. So soll sichergestellt werden, dass die Nutzerinnen und Nutzer der Aufwandermittlungsplattform wissen, was unter den zur Aufwandsermittlung verwendeten Objekteigenschaften zu verstehen ist.[9]

13. Nutzerinnen und Nutzer der Aufwandermittlungsplattform können also für ihre abgeschlossenen Projekte den tatsächlichen Zeitaufwand sowie die relevanten Objekteigenschaften in anonymisierter Form eingeben. Diese Dateneingabe verursacht bei den Nutzerinnen und Nutzern einen gewissen Aufwand. Der SIA will deshalb einen Anreiz zur Eingabe dieser Daten schaffen. Nutzerinnen und Nutzer, die solche Daten über einen längeren Zeitraum und in ausreichender Qualität eingeben, können als Gegenleistung die Value App kostenlos nutzen.

14. Die eingegebenen Daten werden in einer Datenbank des SIA erfasst. Der SIA hat darin aber keinen Einblick, ausser in diejenigen Daten, die für Rechnungsstellung und Support erforderlich sind (z.B. Rechnungsadresse). Auch auf diese Daten können nur diejenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des SIA zugreifen, die für diese Aufgaben zuständig sind. Ausserdem müssen sich diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verpflichten, die Daten nicht weiterzugeben.

15. Die eingegebenen Daten werden von einem vom SIA unabhängigen Treuhandunternehmen validiert, plausibilisiert, aggregiert und wenn nötig zusätzlich anonymisiert.[10] Erst dann werden die aufbereiteten Daten an diejenigen Unternehmen weitergegeben, welche die Applikationen zur Aufwandsberechnung programmieren. Beim Beispiel der Value App handelt es sich dabei um die a r c experts AG.

16. Dritte, welche sich auf die vom SIA erhobenen Daten zur Aufwandsermittlung stützen, können grundsätzlich auch weitere Datenquellen verwenden. Die Anforderungen an die entsprechende Datenerhebung sind dieselben wie für die Value App und in Art. 3.5 der LHO SIA 102 präzisiert. Sie entsprechen den vom Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung «*SIA-Honorarordnungen*» aufgestellten Anforderungen.[11]

Datenauswertung und Publikation

17. Der SIA selber wertet weder die über die Aufwandermittlungsplattform erhobenen noch andere Daten zum Zweck der Aufwandsermittlung aus. Stattdessen erfolgt die Auswertung durch vom SIA unabhängige Dritte (z.B. die a r c experts AG). In Art. 3.6 der LHO SIA 102 sind die Anforderungen an solche Datenauswertungen sowie an deren Publikation präzisiert. Sie entsprechen den vom Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung «*SIA-Honorarordnungen*» aufgestellten Anforderungen.[12]

18. Aktuell existiert wie erwähnt erst eine Methode zur Auswertung der über die Aufwandermittlungsplattform erhobenen Daten. Dabei handelt es sich um die Value Methode. In der letzten Beratung stellte das Sekretariat fest, dass die Value Methode die vom Sekretariat aufgestellten und in der LHO SIA 102 wiedergegebenen Anforderungen unter gewissen Vorbehalten erfüllt.[13] Im Rahmen der vorliegenden Beratung reicht der SIA zusätzliche Informationen zur Value Methode ein. Namentlich wird präzisiert, (i) wie die Unsicherheit der Aufwandsschätzung transparent gemacht wird und (ii) wie die Gebühren für die Nutzung der Value App festgelegt sind. Diese beiden Punkte werden nachfolgend erläutert.

i. Die Unsicherheit der durch die Value Methode vorgenommenen Schätzung soll mittels eines 80 %-Prognoseintervalls[14] ausgewiesen werden.

ii. Die Value App soll allen Interessierten gegen eine Gebühr offenstehen. Die Gebühr soll die Kosten decken. Es ist nicht vorgesehen, damit einen Gewinn zu erzielen. SIA-Mitglieder sollen die Value App für fünf Projekte pro Jahr kostenlos nutzen können. Nichtmitglieder zahlen 50 Franken pro Projekt. Alternativ können Jahresabonnemente gelöst werden. Diese unterscheiden sich in Bezug auf die maximale Anzahl möglicher Abfragen. Die Jahresabonnemente kosten für Nichtmitglieder doppelt so viel wie für SIA-Mitglieder. Gemäss Angaben des SIA steht es Nichtmitgliedern frei, Mitglied zu werden.[15] Zusätzlich ist vorgesehen, den Zugang zur Value App zusammen mit weiteren Angeboten (z.B. den LHO) als Gesamtpaket anzubieten.[16]

[7] RPW 2023/1, 100 f. Rz 6 ff., *SIA – Value App*.
[8] Dem Sekretariat liegen weder die genauen Definitionen der von der Value Methode verwendeten Objekteigenschaften noch der von den Nutzerinnen und Nutzern neu einzugebenden Daten vor.
[9] Vgl. RPW 2023/1, 105 f. Rz 26, Spiegelstrich 4, Punkt (i), *SIA – Value App*.
[10] Dem Sekretariat liegen keine Informationen dazu vor, wie das vom SIA zu beauftragende Treuhandunternehmen die erhobenen Daten validieren, plausibilisieren, aggregieren und allenfalls anonymisieren wird.
[11] RPW 2019/2, 295 Rz 93, *SIA-Honorarordnungen*.
[12] RPW 2019/2, 295 Rz 94, *SIA-Honorarordnungen*.
[13] RPW 2023/1, 104 f. Rz 26, *SIA – Value App*.
[14] Der tatsächliche Aufwand befindet sich mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,8 innerhalb dieses 80 %-Prognoseintervalls.
[15] Allerdings erfolgt die Aufnahme als Mitglied gemäss der Internetseite des SIA nur unter bestimmten Voraussetzungen: Natürliche Personen können Einzelmitglied werden, wenn sie einen Abschluss in den Bereichen Bau, Technik oder Umwelt vorweisen. Zusätzlich gibt es je nach Art des Abschlusses weitere Voraussetzungen. Juristische Personen können Firmenmitglied werden, wenn sie (i) in der Planung und Beratung in Bau, Technik oder Umwelt tätig sind und (ii) ein Einzelmitglied des SIA Teil der operativen Geschäftsleitung ist (https://cms.sia.ch/de/api/getMedia/164, 20.1.2025).
[16] Die für solche Gesamtpakete vorgesehenen Preise sind dem Sekretariat nicht bekannt.

19. Ausserdem bekräftigt der SIA erneut seine Absicht, die Value Methode periodisch validieren zu lassen. Anhand der neu über die Aufwandermittlungsplattform erhobenen Daten (Rz 10 ff.) soll die Voraussage des Zeitaufwands durch die Value Methode mit dem tatsächlichen Aufwand verglichen werden. Falls grössere Abweichungen auftreten, soll die Methode angepasst werden.[17]

Empfehlung von Kalkulationshilfen durch den SIA

20. Der SIA kann Kalkulationshilfen Dritter gemäss Art. 3.3 der LHO SIA 102 unter bestimmten Voraussetzungen empfehlen. Eine dieser Voraussetzungen ist eine erfolgreiche Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Aspekte durch unabhängige ausgewiesene Expertinnen oder Experten (Art. 3.4.2 LHO SIA 102).

Honorarberechnung nach projektspezifischen Merkmalen gemäss Art. 7 LHO SIA 102

21. In Art. 7 der LHO SIA 102 ist die Honorarberechnung nach projektspezifischen Merkmalen geregelt. Namentlich werden in Art. 7 im Wesentlichen die Umstände aufgezählt, die einen Einfluss auf den Aufwand haben können und deshalb bei der Festlegung des Honorars berücksichtigt werden sollen. Im Gegensatz zur Value Methode ergibt sich aber keine konkrete Schätzung des Stundenaufwandes oder des Honorars.

22. In Art. 7.2.1.4 sind die verschiedenen Phasen der Projektplanung angegeben. Zusätzlich ist für jede der drei wichtigsten Phasen eine Bandbreite zum Anteil des zeitlichen Aufwandes angegeben, der typischerweise auf die jeweilige Phase entfällt. Grundlage für diese Bandbreiten ist gemäss SIA eine statistische Auswertung.[18] Diese Bandbreiten können gemäss LHO SIA 102 als «*Ausgangslage und Grössenordnung*» verwendet werden.

23. Abgesehen von den erwähnten Bandbreiten enthält Art. 7 der LHO SIA 102 keine quantitativen Angaben dazu, wie die aufgezählten Umstände bei der Einschätzung des planerischen Aufwandes oder des Honorars genau berücksichtigt werden sollen.

III. Kartellrechtliche Beurteilung

Aufwandermittlungsplattform und Value App

24. Der SIA beabsichtigt, seinen Mitgliedern sowie der interessierten Öffentlichkeit über die Aufwandermittlungsplattform die Value App sowie weitere Methoden zur Berechnung von Aufwand und Honoraren zugänglich zu machen und die dazu erforderlichen Daten zu erheben und an Dritte weiterzugeben. Nachfolgend wird geprüft, ob es sich dabei um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handeln könnte.

25. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

26. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich also durch die drei Tatbestandsmerkmale des (i) bewussten und gewollten Zusammenwirkens (ii) zwischen mindestens zwei Unternehmen, (iii) das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

27. Vorliegend könnte das Tatbestandselement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens erfüllt sein. Das könnte zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Austausch von Informationen über die Aufwandermittlungsplattform zu einer Koordination der von den Mitgliedern des SIA offerierten Preisen für planerische Leistungen führen würde. Da es sich bei den Mitgliedern des SIA jedenfalls teilweise um Unternehmen handelt, könnten in diesem Fall die ersten beiden Tatbestandsmerkmale erfüllt sein.

28. Ob vorliegend tatsächlich ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt, wird offengelassen, weil die Aufwandermittlungsplattform und die Value App keine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt oder bewirkt, wie nachfolgend gezeigt wird. Aus diesem Grund handelt es sich bei der Implementierung und Nutzung der Aufwandermittlungsplattform durch den SIA bzw. seine Mitglieder nicht um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

29. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die daran beteiligten Unternehmen «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*». Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Ein Bewirken liegt vor, wenn die zu beurteilende Verhaltensweise zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.[19]

30. Im Rahmen seiner Beratung zur Value App hat das Sekretariat bereits geprüft, ob eine Vereinbarung zwischen Mitgliedern des SIA, Daten auf die in der Beratung beschriebene Art und Weise zu erheben, auszuwerten und im Rahmen der Value App zu publizieren, objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Das Sekretariat stellte unter gewissen Vorbehalten fest, dass dies nicht der Fall ist.[20]

31. Die im Rahmen der aktuellen Beratung zusätzlich vorliegenden Informationen zur Aufwandermittlungsplattform und zur Value App werfen diesbezüglich keine neuen Bedenken auf. Insbesondere aus den nachfolgend dargelegten Gründen ist die im Rahmen der vorliegenden Beratung beschriebene Datenerhebung sowie deren Auswertung und Publikation über die Aufwandermittlungsplattform und die Value App auch unter Berücksichtigung dieser neuen Informationen nicht objektiv geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen:

[17] Vgl. RPW 2023/1, 105 Rz 26, Spiegelstrich 4, Punkt (iii), *SIA – Value App*.
[18] Diese statistische Auswertung liegt dem Sekretariat nicht vor. Dem Sekretariat ist auch nicht bekannt, welche Daten ausgewertet wurden.
[19] BGE 147 II 72, 84 f. E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[20] RPW 2023/1, 104 f. Rz 26, *SIA – Value App*.

- Die über die Aufwandermittlungsplattform erhobenen Daten sollen von einem vom SIA unabhängigen Treuhandunternehmen validiert, plausibilisiert, aggregiert und wenn nötig anonymisiert werden (Rz 15). Falls das vom SIA zu beauftragende Treuhandunternehmen die erwähnten Prüfungen korrekt durchführt, wird dadurch sichergestellt, dass weder die Mitglieder des SIA noch andere Nutzerinnen oder Nutzer Einblick in unternehmensspezifische Daten erhalten. Ausserdem wird soweit möglich verhindert, dass die zur Schätzung des Aufwandes verwendeten Daten auf fehlerhaften Daten beruhen.
- Die erhobenen Daten sollen nicht durch den SIA selber, sondern durch Dritte ausgewertet werden (Rz 17). Dadurch sinkt die Gefahr, dass der SIA ungebührlichen Einfluss auf die Auswertungen nehmen könnte.
- Es ist vorgesehen, dass über die Aufwandermittlungsplattform verschiedene Applikationen zur Berechnung des Aufwandes oder des Honorars verfügbar sein werden (Rz 9). Wenn der SIA die erhobenen Daten verschiedenen Dritten zur Verfügung stellt, kann dadurch Wettbewerb zwischen Anbieterinnen dieser Applikationen entstehen.
- Die Unsicherheit der Aufwandsschätzung soll bei der Value App durch ein Prognoseintervall ausgewiesen werden (Rz 18). Damit entfällt der vom Sekretariat im Rahmen der letzten Beratung angebrachte entsprechende Vorbehalt.[21]
- Die zur Nutzung der Value App vorgesehenen Gebühren ermöglichen es auch Nichtmitgliedern, auf die Value App zuzugreifen. Insbesondere ist es möglich, auch nur für ein einzelnes Projekt den Aufwand schätzen zu lassen (Rz 18). Damit ist der Zugang der Auftraggeberinnen und Auftraggeber gewährleistet.
- Es ist vorgesehen, die Aufwandsprognosen der Value App regelmässig zu überprüfen und bei Abweichungen die Value Methode anzupassen (Rz 19). Dadurch sinkt die Gefahr, dass der prognostizierte Aufwand systematisch vom tatsächlichen Aufwand abweicht.
- Allfällige zusätzliche über die Aufwandermittlungsplattform verfügbare Applikationen müssen die in Art. 3 der LHO SIA 102 genannten Anforderungen erfüllen. Diese entsprechen den vom Sekretariat im Rahmen der einschlägigen Vorabklärung entwickelten Grundsätzen (Rz 16 f.). Ausserdem empfiehlt der SIA nur Kalkulationshilfen, die wettbewerbsrechtlich geprüft wurden (Rz 20). Bei einer korrekten Umsetzung dieser Grundsätze fällt damit auch in Bezug auf weitere Applikationen die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gering aus.

Honorarberechnung nach projektspezifischen Merkmalen gemäss LHO SIA Art. 7

32. In Art. 7 der LHO SIA 102 werden die Umstände beschrieben, die einen Einfluss auf den Aufwand haben und die deshalb bei der Berechnung von Aufwand und Honorar berücksichtigt werden sollen. Nachfolgend wird geprüft, ob es sich bei einer allfälligen Vereinbarung von Mitgliedern des SIA, sich an die LHO SIA 102 zu halten, aufgrund der in Art. 7 vorgesehenen Bestimmungen um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handeln könnte. Diesbezüglich wird wiederum ausschliesslich geprüft, ob eine solche Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken könnte (Rz 25 ff.).

33. Aus den in Art. 7 der LHO SIA 102 aufgezählten relevanten Umständen ergibt sich für kein Projekt eine eindeutige Voraussage des mutmasslichen Aufwandes oder eines angemessenen Honorars. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Berücksichtigung der dort genannten Umstände zu einer einheitlichen Schätzung des Aufwandes durch verschiedene Planerinnen und Planer führen könnte. Vielmehr dienen die in Art. 7 der LHO SIA 102 festgehaltenen Grundsätze als Orientierungshilfe für beide Marktseiten (Planerinnen und Planer und Auftraggeberinnen und Auftraggeber) bei der individuellen projektspezifischen Berechnung von Aufwand und Honorar. Ausserdem können sich vom SIA unabhängige Dritte bei der Entwicklung von Kalkulationshilfen bei Bedarf darauf stützen.

34. Auch die in Ziffer 7.2.1.4 angegebenen, auf statistischen Auswertungen basierenden Bandbreiten für den normalerweise auf bestimmte Projektphasen entfallenden Aufwandsanteil (Rz 22) ändert nichts an dieser Einschätzung. Die Bandbreiten sind relativ gross und es wird klargestellt, dass diese als «*Ausgangslage und Grössenordnung*» zu verstehen sind. Dass der auf eine bestimmte Projektphase entfallende Anteil des Aufwandes je nach Projekt auch von den angegebenen Bandbreiten abweichen kann, wird dadurch verdeutlicht, dass vor jeder Bandbreite zusätzlich «*ca.*» steht. Ausserdem ist jedenfalls nicht offensichtlich, dass selbst eine einheitliche Anwendung der Bandbreiten zu einer Harmonisierung der Honorarforderungen führen würde. Diese reichen nicht aus, um den Aufwand einzuschätzen – dazu sind zahlreiche weitere Abschätzungen erforderlich. Zu diesen weiteren Abschätzungen enthält Art. 7 der LHO SIA 102 keine quantitativen Vorgaben.

35. Aus diesen Gründen sind die Bestimmungen in Art. 7 der LHO SIA 102 nicht objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Es liegen keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

Fazit

36. Die vorangehend beschriebene im Rahmen des Gesamtkonzeptes Aufwandermittlung vorgesehene Erhebung und Auswertung von Daten sowie die Publikation der Ergebnisse im Rahmen der Aufwandermittlungsplattform und insbesondere der Value App sind voraussichtlich kartellrechtskonform. Gleiches gilt für den Entwurf der SIA LHO 102.

[21] RPW 2023/1, 105 Rz 26, *Spiegelstrich 4*, Punkt (ii), *SIA – Value App.*

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

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. Transport de marchandises et déchets en Valais**

Décision du 10 juin 2024 en l'affaire enquête relative à l'art. 27 LCart concernant Transport de marchandises et déchets en Valais relative à des accords illicites selon l'art. 5 al. 3 LCart contre

1. *Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny, à Martigny 1*
   représentée par […]
2. *Favre et Studer SA, à Grône*
3. *Centre de Transferts Martigny SA, à Martigny*
4. *RETRIPA VALAIS SA, à Monthey*
5. *TMR Transports de Martigny et Régions SA, à Martigny*

Table des matières

A En procédure 109
A.1 Objet de l'enquête 109
A.2 Destinataires de l'enquête 109
A.2.1 Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny 109
A.2.2 Favre et Studer SA 110
A.2.3 TMR Transports de Martigny et Régions SA 110
A.2.4 RETRIPA VALAIS SA 110
A.2.5 C.entre de Transferts Martigny SA 110
A.3 Déroulement de la procédure 110
A.3.1 Ouverture d'une enquête le 27 avril 2021 et perquisitions 110
A.3.2 Autodénonciation de Favre et Studer 113
B En fait 113
B.1 Remarques générales concernant l'établissement des faits 113
B.2 Marchés de la collecte et du transport des déchets 114
B.2.1 Cycle du déchet 114
B.2.2 Activités des entreprises actives dans le cycle du déchet (de la collecte à l'exutoire) 116
B.2.3 Pratique des marchés publics pour la collecte et le transport des déchets en Valais 119
B.3 Soumission de [...] (2019) 122
B.3.1 Objet de la preuve 123
B.3.2 Moyens de preuve 123
B.3.3 Appréciation des preuves 127
B.3.4 Résultats de l'administration des preuves 129
B.4 Soumission de Fully (2013) 130
B.4.1 Objet de la preuve 130
B.4.2 Moyens de preuve 130
B.4.3 Appréciation des preuves et des renseignements 132
B.4.4 Résultats de l'administration des preuves 134
B.5 Soumission de Martigny-Combe (2019) 134
B.5.1 Objet de la preuve 135
B.5.2 Moyens de preuve 135
B.5.3 Appréciation des preuves 136
B.6 Création d'un centre de transfert à Martigny (CTM) 137
B.6.1 Moyens de preuve 137
B.6.2 Appréciation des preuves 144
C Considérants 148
C.1 Champ d'application 148
C.1.1 Champ d'application personnel 148
C.1.2 Champ d'application matériel 148
C.1.3 Champ d'application territorial 148
C.1.4 Champ d'application temporel 148
C.2 Compétence de la Commission plénière de la COMCO 149
C.3 Prescriptions réservées 149

C.4 Accord illicite en matière de concurrence 149
C.4.1 Introduction 149
C.4.2 Accord en matière de concurrence 149
C.4.3 Suppression de la concurrence efficace 151
C.4.4 Affectation notable de la concurrence 153
C.4.5 Justification par des motifs d'efficacité 154
C.5 Accord illicite en matière de concurrence : [...] (2019) 155
C.5.1 Accord en matière de concurrence 155
C.5.2 Suppression de la concurrence efficace 156
C.5.3 Affectation notable de la concurrence 157
C.5.4 Conclusion intermédiaire 158
C.5.5 Justification pour des motifs d'efficacité économique 158
C.5.6 Résultat 158
C.6 Accord illicite en matière de concurrence: Fully (2013) 158
C.6.1 Accord en matière de concurrence 158
C.6.2 Affectation notable de la concurrence 159
C.6.3 Justification pour des motifs d'efficacité économique 159
C.6.4 Résultat 160
C.7 Accord illicite en matière de concurrence: Martigny-Combe (2019) 160
C.8 Accord illicite en matière de concurrence: CTM 160
C.8.1 Accord en matière de concurrence 160
C.8.2 Qualification selon l'art. 5 al. 1 ou al. 3 let. a LCart 93
C.8.3 Affectation notable de la concurrence 161
C.8.4 Justification pour des motifs d'efficacité économique 162
C.8.5 Résultat 162
D Mesures 162
D.1 Mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart et approbation des accords amiables 162
D.2 Sanction 164
D.2.1 En général 164
D.2.2 Conditions 164
D.2.3 Calcul de la sanction 166
D.2.4 Résultat 169
D.3 Documents saisis et données électroniques dupliquées 169
E Frais 169
F Résultat 170
G Dispositif 171

A En procédure

A.1 Objet de l'enquête

1. La présente enquête est divisée en trois objets. Le premier objet vise à déterminer si les sociétés Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny (ci-après: Favre Martigny) et Favre et Studer SA (ci-après: Favre et Studer) ont conclu un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart[1] en coordonnant leur comportement dans le cadre d'un appel d'offres de la commune de [...], organisé en […], pour […].

2. Le deuxième objet a pour but de déterminer si la société RETRIPA VALAIS SA (ci-après: Retripa) a conclu un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 et/ou 3 LCart en contactant des concurrents potentiels afin de sonder leurs intérêts pour l'appel d'offres de Fully, organisé en 2013, concernant la gestion de la déchetterie ainsi que la collecte du papier, du carton et du verre dans des écopoints.

3. Le troisième objet consiste à analyser si la création et l'opération de l'entreprise Centre de Transferts Martigny SA (ci-après: CTM) par Favre Martigny, Retripa et TMR Transports de Martigny et Régions SA (ci-après: TMR) constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, le cas échéant illicite.

4. D'autres objets ont été analysés dans le cadre de la présente enquête, sans toutefois que des infractions à la LCart aient pu être constatées. En particulier et en raison de sa proximité matérielle avec la création du CTM, l'appel d'offres de la commune de Martigny-Combe (en 2019) est également exposé dans la présente décision (N 220 ss et 401 ss), sans toutefois qu'un accord illicite en matière de concurrence ne puisse être retenu.

A.2 Destinataires de l'enquête

A.2.1 Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny

5. La société anonyme Favre Martigny, créée en 1923, est implantée dans la zone industrielle de Martigny dans le canton du Valais (Bas-Valais), où elle a également son siège. Elle est spécialisée dans le transport national et international, ainsi que dans le service de bennes, la collecte de déchets de toutes sortes (spéciaux, hospitaliers, etc.) et le service de voirie intercommunal. Son parc comprend une quarantaine de véhicules et plus de 200 bennes de 4 à 40 m^3.[2]

6. Bertrand Favre est Président du conseil d'administration et administrateur de la société Favre Martigny. Son frère Marc-Henri Favre est administrateur.[3]

[1] Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251).
[2] <www.favre-sa.ch> (31.1.2024).
[3] Actes du dossier officiel (ci-après: « A ») IV.1, l. 62 et A IV.3, l. 54.

A.2.2 Favre et Studer SA

7. La société anonyme Favre et Studer, fondée en 1954, est située à Grône dans le canton du Valais (Valais central), où elle a également son siège. Son activité principale est le transport courte distance: camions basculants, service de la voirie, multibennes, multilift, mais aussi location bennes, location utilitaires. L'entreprise dispose en outre d'un centre de collecte des déchets.[4]

8. Louis Studer est Président du conseil d'administration de la société Favre et Studer.[5]

A.2.3 TMR Transports de Martigny et Régions SA

9. La société anonyme TMR est avant tout une entreprise de transports publics active dans l'exploitation de lignes ferroviaires, lignes de bus et gestion de l'infrastructure, entretien du matériel roulant, soit routier soit ferroviaire. Accessoirement, TMR a un département camionnage mais le gros du volume d'affaires est fait dans le domaine des transports publics.[6] Environ 10 % de l'activité de TMR est vouée au camionnage et moins de […] % de l'activité de camionnage concerne le ramassage des déchets. Ainsi, […] % de l'activité de TMR se rapporte au ramassage des déchets.[7] TMR est active pour la collecte des ordures ménagères dans les communes de Bourg-Saint-Pierre, de Liddes et d'Orsières ainsi que pour Martigny-Combe et Saxon.[8] L'intégralité des ordures est amenée à la SATOM.[9]

10. Martin von Kaenel est le directeur général de TMR.[10]

A.2.4 RETRIPA VALAIS SA

11. La société anonyme Retripa dispose de trois sites: un centre de tri à Massongex pour les déchets verts, le papier et le bois, un petit centre de transfert à Saillon ainsi qu'un centre de tri à Vétroz pour la ferraille et un peu toutes les matières.[11] L'activité principale de Retripa concerne le tri et le recyclage; à l'origine, il s'agissait principalement du papier et actuellement, la société traite de toutes les matières sauf des déchets dangereux et des ordures ménagères.[12]

12. Xavier Mahue est le directeur général de Retripa; Philippe Morand le directeur commercial et exploitation; Samuel Lonfat le directeur administratif et financier.[13]

A.2.5 Centre de Transferts Martigny SA

13. La société anonyme CTM est un centre de tri et de transfert pour divers déchets situé à Martigny. Elle est détenue par trois actionnaires, soit Favre Martigny, TMR et Retripa.

14. Philippe Morand est directeur de l'exploitation,[14] Xavier Mahue siège au conseil d'administration[15] et Samuel Lonfat en est le secrétaire.[16] Martin von Kaenel est le Président du conseil d'administration tandis que Marc-Henri Favre en est Vice-Président et Bertrand Favre, membre.[17]

15. Le 18 octobre 2023, le CTM a annoncé que ses actionnaires et son conseil d'administration avaient décidé sa dissolution et sa liquidation.[18]

A.3 Déroulement de la procédure

A.3.1 Ouverture d'une enquête le 27 avril 2021 et perquisitions

16. En accord avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) a ouvert l'enquête *22-0508: Transport de marchandises et déchets en Valais* le 27 avril 2021 au sens de l'art. 27 LCart contre Favre Martigny et ses sociétés affiliées, Favre et Studer et ses sociétés affiliées, ainsi que contre inconnues.[19]

17. A la suite d'une plainte, le Secrétariat disposait d'indices selon lesquels plusieurs entreprises avaient coordonné leurs offres notamment dans le cadre d'un appel d'offres de la commune de [...], organisé en […], pour […]. Ce soupçon, s'il s'avérait fondé, pouvait constituer un accord sur les prix, un accord sur la restriction des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, ou un accord sur une répartition géographique des marchés ou en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 1 en lien avec l'al. 3 LCart).

18. Le 28 avril 2021, des perquisitions ont été opérées par le Secrétariat auprès des entreprises Favre Martigny, d'une part, et Favre et Studer, d'autre part.[20]

19. Suite à l'ouverture de l'enquête, […] de l'entreprise Favre et Studer a été entendu par le Secrétariat le 28 avril 2021.[21] […] de Favre Martigny a également été entendu par le Secrétariat le même jour,[22] tandis que […] de Favre Martigny a été entendu par le Secrétariat le 29 avril 2021.[23]

20. Suite à la perquisition dans ses locaux, Favre Martigny a scellé l'intégralité des documents papier et des données électroniques saisis par le Secrétariat.[24] Entre le 30 avril 2021 et le 6 octobre 2021, les scellés de Favre Martigny ont été levés dans une procédure à l'amiable avec le Secrétariat produisant 27 actes de procédure au total.[25]

---

[4] <www.favre-studer.com/historique-entreprise-transport-logistiques-valais> (31.1.2024).
[5] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 65.
[6] A IV.5, l. 90 à 100.
[7] A IV.5, l. 97 à 100.
[8] A IV.5, l. 111 à 112.
[9] A IV.5, l. 113 à 116.
[10] A IV.5, l. 90.
[11] A IV.6, l. 81 à 85.
[12] A IV.6, l. 88 à 91.
[13] A IV.6, l. 85 à 87.
[14] A IV.6, l. 636 à 637.
[15] A IV.6, l. 638.
[16] A IV.6, l. 647 à 648.
[17] A I.28, p. 19, réponse à la question 35.
[18] A I.94 et A I.95.
[19] A I.3 et I.4; A I.13.
[20] A II.A.2 et A II.B.2.
[21] Dossier 24-0163, A XI.A.3.
[22] A IV.1.
[23] A IV.3.
[24] A II.A.2.
[25] A II.A.3 à A.II.A.29.

21. Une fois les scellés levés, les recherches dans les données électroniques de Favre Martigny ont débuté en novembre 2021. Suite aux recherches électroniques tant dans les données de Favre Martigny que de Favre et Studer, le Secrétariat a entendu les parties à nouveau en juin 2022. […] a été entendu en date du 7 juin 2022 principalement sur les faits pertinents concernant le premier objet de la présente enquête, soit l'appel d'offres de [...].[26] […] et […] ont été entendus en date du 22 juin 2022 sur l'ensemble des objets de l'enquête.[27]

22. En date du 4 juillet 2022, le Secrétariat a sollicité l'entraide administrative de la part des communes de [...], de Saxon, d'Isérables, de Martigny-Combe, de Saillon, de Fully, d'Evionnaz et de Martigny.[28] L'entraide administrative concernait les appels d'offres dans le domaine de la collecte et du transport de déchets en tous genres et demandait des communes concernées les procès-verbaux d'ouverture des offres, les décisions d'adjudication ainsi que les copies des offres déposées. Toutes les communes ont répondu aux demandes d'entraide du Secrétariat et, entre le 28 juillet 2022 et le 5 septembre 2022, elles ont déposé les documents sollicités par le Secrétariat.[29] Aucune commune n'a fait valoir de secrets de fonction dans les documents transmis au Secrétariat. Les informations considérées cependant comme relevant potentiellement du secret d'affaires ont été caviardées dans les actes intégrés au dossier.

23. En date du 2 septembre 2022, le Secrétariat a envoyé à Favre Martigny un questionnaire qui visait principalement à éclaircir les faits pertinents concernant le CTM, notamment suite à l'audition du 22 juin 2022.[30]

24. Dans son courrier du 16 septembre 2022, Favre Martigny a requis le procès-verbal de l'audition du 22 juin 2022 tout comme une prolongation de délai pour répondre au questionnaire du 2 septembre 2022.[31] En date du 20 septembre 2022, le Secrétariat a transmis le procès-verbal du 22 juin 2022 avec ses propositions de caviardage et a prolongé au 20 octobre 2022 le délai imparti pour répondre au questionnaire du 2 septembre 2022, tout en convoquant […] et […] à deux nouvelles auditions les 17 et 23 novembre 2023.[32] En date du 24 octobre 2022, Favre Martigny a envoyé ses réponses au questionnaire du 2 septembre 2022; elle y demandait notamment à plusieurs reprises un avis de droit du Secrétariat sur la licéité du CTM.[33]

25. Au vu des réponses longues et complètes déposées par Favre Martigny en date du 24 octobre 2022, le Secrétariat a annulé les auditions prévues en novembre 2022.[34] En date du 16 novembre 2022, Favre Martigny a demandé au Secrétariat si sa mandante pouvait participer à une société, respectivement à une structure, telle que le CTM. Favre Martigny a en outre répété vouloir collaborer pleinement avec le Secrétariat.[35] En date du 17 novembre 2022, le Secrétariat a expliqué à Favre Martigny qu'il était impossible pour le Secrétariat de se prononcer à ce stade sur le CTM et qu'un nouveau questionnaire complémentaire lui serait adressé prochainement. Succinctement, le Secrétariat a également précisé certains griefs potentiels à l'encontre du CTM.[36]

26. En date du 24 novembre 2022, le Secrétariat a envoyé à Favre Martigny un questionnaire complémentaire portant principalement sur le CTM mais aussi sur l'appel d'offres de Martigny-Combe.[37] En date du 9 décembre 2022, Favre Martigny a requis une prolongation de délai pour répondre à ce questionnaire[38], laquelle lui a été accordée jusqu'au 16 janvier 2023.[39]

27. En date du 5 janvier 2023, le Secrétariat a soumis à la Présidente de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) une demande visant à étendre l'enquête aux entreprises TMR, Retripa et CTM, ainsi qu'à leurs éventuelles sociétés affiliées respectives.[40]

28. En date du 23 janvier 2023, Favre Martigny a demandé de prolonger une ultime fois le délai imparti pour répondre au questionnaire du 24 novembre 2022, avançant qu'elle était en attente d'informations du CTM.[41] Les réponses au questionnaire du 24 novembre 2022 ont finalement été déposées en date du 31 janvier 2023.[42]

29. Le 31 janvier 2023 également, le Secrétariat a étendu l'enquête contre Retripa, TMR et le CTM avec l'accord d'un membre de la présidence.[43] L'extension de l'enquête a été communiquée le même jour aux parties originales à l'enquête.[44]

30. L'extension de l'enquête visait à déterminer les faits en lien avec la création du CTM en obtenant de plus amples informations sur son fonctionnement, son effet sur la concurrence et les flux d'informations entre ses actionnaires en vue de déterminer si la création et la gestion de l'entreprise CTM devaient être appréciées sous l'angle d'une opération de concentration au sens de l'art. 4 al. 3 LCart et/ou d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. En cas d'un ou plusieurs accords, l'existence d'une éventuelle restriction à la concurrence devait analysée au sens de l'art. 5 al. 1 et/ou 3 LCart ainsi qu'une éventuelle justification au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. L'extension de l'enquête devait également permettre au Secrétariat d'éclaircir certains comportements en lien avec les appels d'offres de diverses communes du Bas-Valais, notamment les appels d'offres des communes de Fully (2013) et de Martigny-Combe (2019) et de conclure à l'existence ou non d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et/ou 3 LCart.

[26] Dossier 24-0163, A XI.A.7
[27] A IV.4.
[28] A V.1, A V.2, A V.3, A V.4, A V.5, A V.6, A V.7 et A V.8.
[29] A V.17, A V.20, A V.21, A V.28, A V.29, A V.30, A V.30.1, A V.31, A V.32, A V.33, A V.33.1, A V.33.2, A V.33.3, A V.33.4 et A V.33.5.
[30] A I.17.
[31] A I.15.
[32] A I.16.
[33] A I.20, notamment à la réponse 20.
[34] A I.21 et A I.22.
[35] A I.23 et A I.24.
[36] A I.25 et A I.26.
[37] A I.27 et A I.28.
[38] A I.29 et A I.30.
[39] A I.31.
[40] A I.32.
[41] A I.35.
[42] A I.36 et A I.42.
[43] A I.39, A I.40 et A I.41.
[44] A I.37 et A I.38.

31. Le 3 février 2023, le Secrétariat a pris contact avec les entreprises Retripa et TMR pour convenir de dates d'auditions.[45]

32. Le 16 février 2023, le Secrétariat a cité à comparaître […] pour l'entreprise TMR le 21 février 2023.[46] Le même jour, le Secrétariat a cité à comparaître […] et […] pour l'entreprise Retripa le 21 mars 2023.[47]

33. En date du 17 février 2023, l'extension de l'enquête a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce.[48]

34. En date du 14 mars 2023, les pièces saisies et sélectionnées pour être intégrées au dossier ont été soumises à Favre Martigny avec une proposition de caviardage des secrets d'affaires ainsi qu'un délai au 20 avril 2023 pour se prononcer.[49] En date du 20 mars 2023, Favre Martigny a demandé une prolongation de délai pour prendre position sur la proposition de caviardage du Secrétariat jusqu'au 30 juin 2023.[50] Le Secrétariat a accordé une prolongation de délai au 22 mai 2023.[51]

35. En date du 3 avril 2023, le Secrétariat a transmis à Retripa le procès-verbal d'audition du 21 mars 2023 avec ses propositions de caviardage ainsi qu'un questionnaire.[52] Le 3 avril 2023 également, le Secrétariat a transmis à TMR le procès-verbal de l'audition du 21 février 2023 avec ses propositions de caviardage et un questionnaire.[53]

36. Le 12 avril 2023, Retripa a demandé une prolongation de délai pour se prononcer sur les propositions de caviardage du Secrétariat et répondre au questionnaire du 3 avril 2023,[54] laquelle lui a été accordée jusqu'au 26 avril 2023.[55]

37. Le 17 avril 2023, TMR a répondu au questionnaire ainsi qu'aux propositions de secrets d'affaires du Secrétariat en demandant que d'autres éléments soient caviardés.[56] Le lendemain, soit le 18 avril 2023, le Secrétariat a accepté partiellement les propositions de caviardage de TMR.[57]

38. Le 20 avril 2023, Retripa a accepté les propositions du Secrétariat tout en demandant que d'autres éléments soient caviardés,[58] ce que le Secrétariat a accepté par courrier du 4 mai 2023.[59]

39. Le 4 mai 2023, les pièces saisies auprès de Favre et Studer et sélectionnées pour être intégrées au dossier ont été soumises à Favre et Studer avec propositions de caviardage des secrets d'affaires.[60]

40. Le 5 mai 2023, le Secrétariat a envoyé un questionnaire aux entreprises P & L Perraudin Transports SA, Samuel Rossier Transports SA, Primfer SA et Fleutry SA afin de se renseigner sur leurs domaines d'activités.[61] Leurs réponses sont parvenues en date du 11, 17 et 23 mai 2023.[62]

41. En date du 5 mai 2023, Favre et Studer a demandé des caviardages supplémentaires sur les pièces à intégrer au dossier, notamment concernant les tarifs indiqués dans ses offres [...].[63] Le 10 mai 2023, le Secrétariat a refusé de caviarder les tarifs dans les offres de Favre et Studer préparées et finalisées pour la commune de [...], considérant que l'intérêt des autres parties à la procédure à avoir accès à ces informations l'emportait sur l'intérêt de Favre et Studer à les garder secrètes.[64]

42. En date du 22 mai 2023, Favre Martigny a répondu aux propositions de secrets d'affaires de l'autorité, lesquelles ont été acceptées après quelques modifications.[65]

43. En date du 24 juillet 2023, le Secrétariat a transmis à Favre Martigny, TMR et Retripa la note du Secrétariat sur les accords amiables ainsi que les conditions générales de négociations.[66] Les trois entreprises y ont répondu favorablement en signant les conditions générales préludant l'ouverture de négociations.[67] Les mêmes documents ont été transmis à Favre et Studer en date du 11 septembre 2023.[68] Favre et Studer y a également répondu favorablement.[69]

44. En date du 16 août 2023, des actes supplémentaires ainsi que les réponses aux questionnaires de Favre Martigny ont été soumis avec des propositions de secrets d'affaires à Favre Martigny,[70] laquelle y a répondu en date du 11 octobre 2023.[71] En date 19 octobre 2023, Favre Martigny a pris connaissance des procès-verbaux de Favre et Studer,[72] et a reçu une copie de certains actes.[73]

45. En date du 18 octobre 2023, les trois actionnaires du CTM ont annoncé au Secrétariat avoir décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise CTM.[74]

46. Trois entreprises ont signé un accord amiable en date du 7 novembre 2023;[75] le dernier accord a été signé en date du 29 novembre 2023.[76]

47. En date du 6 décembre 2023, l'autorité a informé les parties des prochaines échéances de la procédure suite à la signature des accords amiables.[77]

[45] A I.43.
[46] A I.47 et A I.49.
[47] A I.48.
[48] A I.49.
[49] A I.51, A I.52 et A I.53.
[50] A I.54.
[51] A I.57.
[52] A I.56.
[53] A I.55.
[54] A I.58.
[55] A I.59.
[56] A I.60.
[57] A I.61.
[58] A I.62.
[59] A I.65.
[60] A I.63 et A I.64.
[61] A V.C.1, A V.C.2, A V.C.3 et A V.C.4.
[62] A V.C.5, A V.C.6, A V.C.7 et A V.C.8.
[63] A I.66.
[64] A I.67.
[65] A I.69, A I.70 et A I.71.
[66] A I.a.1, A I.b.1 et A I.c.1.
[67] A I.a.2, A I.b.2 et A I.c.2.
[68] A I.d.1.
[69] A I.d.2.
[70] A I.72, A I.73 et A I.74.
[71] A I.87 et A I.88.
[72] A I.96.
[73] A I.97.
[74] A I.94 et A I.95.
[75] A I.a.3, A I.b.3 et A I.d.3.
[76] A I.c.3.
[77] A I.100, A I.101, A I.102 et A I.103.

A.3.2 Autodénonciation de Favre et Studer

48. Au cours de la perquisition de l'entreprise Favre et Studer, cette dernière a procédé à une autodénonciation par renvoi du formulaire de marqueur pour les autodénonciations, daté et signé du 28 avril 2021.[78] Le Secrétariat a confirmé la réception du marqueur à l'entreprise Favre et Studer par e-mail du 28 avril 2021.[79]

49. Favre et Studer a complété son autodénonciation, laquelle se limite uniquement à l'appel d'offres de [...], lors des auditions du 28 avril 2021 et du 7 juin 2022.[80]

B En fait

B.1 Remarques générales concernant l'établissement des faits

50 Lors de l'établissement des faits, les autorités de la concurrence appliquent les règles suivantes: les dispositions de la PA sont applicables à la procédure d'enquête, dans la mesure où la LCart n'y déroge pas (art. 39 LCart).

51. Conformément à la maxime inquisitoire, les autorités de la concurrence sont tenues d'établir d'office les faits de manière correcte et complète (art. 39 LCart en lien avec l'art. 12 PA). La charge de la preuve pour l'ensemble des faits pertinents leur incombe.[81] Cela vaut pour tous les types de restrictions à la concurrence, et ce aussi bien pour les circonstances à charge qu'à décharge (p. ex. les motifs justificatifs). L'obligation de prouver les faits allégués incombant aux autorités est complétée par l'obligation de collaborer prévue à l'art. 13 PA,[82] notamment lorsque l'entreprise concernée fait valoir des circonstances qui sont dans son propre intérêt (p. ex. motifs justificatifs économiques): si elle dispose des informations et des moyens de preuve correspondants (p. ex. documents internes à l'entreprise), elle doit les communiquer spontanément à l'autorité.

52. Le principe de la libre appréciation des preuves s'applique également à l'établissement des faits dans la procédure administrative de droit des cartels (art. 39 LCart en lien avec l'art. 19 PA et l'art. 40 PCF[83]). Il en résulte notamment que la preuve peut également être administrée au moyen d'indices,[84] pour autant que le degré de preuve requis soit atteint.

53. En général, la preuve d'un fait est apportée lorsque les autorités de la concurrence sont convaincues de sa réalisation selon des critères objectifs. La réalisation du fait n'a pas besoin d'être établie avec certitude (c'est-à-dire sans aucun doute), il suffit que d'éventuels doutes paraissent négligeables.[85] Les doutes abstraits et théoriques ne sont pas déterminants, car ils sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Il doit s'agir de doutes importants et insurmontables, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent au vu des circonstances objectives.[86]

54. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, il n'y a pas lieu de poser des exigences excessives en matière de degré de la preuve lorsqu'une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée en raison de la nature de l'affaire. Cela vaut en particulier *« dans le contexte du droit de la concurrence [...], d'autant plus que les connaissances économiques sont toujours entachées d'une certaine incertitude »* et qu'elles ne pourraient pratiquement jamais être prouvées si les exigences en matière de degré de la preuve étaient exagérées.[87] La complexité des faits économiques et des relations de cause à effet exclut régulièrement une administration stricte de la preuve. En ce qui concerne de tels faits, il suffit, selon la jurisprudence, que les autorités soient convaincues qu'ils existent avec une vraisemblance prépondérante (c'est-à-dire élevée).[88]

55. Si un fait important ne peut être établi avec la certitude requise par le degré de preuve correspondant, la question se pose de savoir à la charge de qui cela se répercute dans la procédure. En général, c'est à celui qui déduit des droits de l'existence d'un fait qu'il incombe d'en apporter la preuve (voir art. 8 CC[89]). Par conséquent, le fardeau de la preuve objective incombe à celui qui fait valoir son droit pour les faits qui fondent ce droit, et à son contradicteur pour les faits qui empêchent ou suppriment le droit en question. Dans une procédure administrative de droit des cartels, il s'agit de déterminer s'il y a eu infraction au droit des cartels et – le cas

[78] Dossier 24-0163, A XI.A.1.
[79] Dossier 24-0163, A XI.A.2.
[80] Dossier 24-0163, A XI.A.3 et A XI.A.7.
[81] MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), 2e éd. 2021, art. 39 N 58 et les références citées; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2e éd. 2012, art. 39 N 34.
[82] ATF 129 II 18 consid. 7.1 et les références citées, *Sammelrevers*; TF, 2C_845/2018 du 3.8.2020 consid. 4.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; TF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.2.2.2, *Hors Liste*; BSK KG-SCHOTT (n. 81), art. 39 N 59 et les références citées; ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (éd.), 2018, art. 39 N 49 et les références citées; CR Concurrence-Martenet (n. 81), art. 39 N 33; CLÉMENCE GRISEL RAPIN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR) V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (éd.), 2e éd. 2023, N H.35 ss.
[83] Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273).
[84] TAF, B-771/2012 du 25.6.2018 consid. 6.5.5.6 et 6.5.5.8, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; TAF, B-552/2015 du 14.11.2017 consid. 4.4, Türprodukte; AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in: VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (éd.), 2e éd. 2019, art. 19 N 18 et les références citées.
[85] TF, 2A.500/2002 du 24.3.2003 consid. 3.5, confirmé dans ATAF 2010/63 consid. 9.2 et ATAF 2012/33 consid. 6.2.1; TAF, B-2597/2017 du 19.1.2022 consid. 5.2, *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 54 et les références citées; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 617 et les références citées; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 102; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, « *Si unus cum una*… »: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 118 et les références citées; PATRICK L. KRAUSKOPF/MARKUS WYSSLING, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Krauskopf (éd.), 3e éd. 2023, art. 12 N 197, 200.
[86] ATF 124 IV 86 consid. 2a; TF, 6B_249/2020 consid. 2.4.2; TF, 6B_108/2022 consid. 3.1.
[87] ATF 147 II 72 consid. 3.4.4, *Hors Liste*; ATF 139 I 72 consid. 8.3.2 et 9.2.3.4, *Publigroupe*; ATF 144 II 246 consid. 6.4.4, *Altimum*; voir sur l'ensemble de façon détaillée: BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 103 et les références citées; spécifiquement pour les accords: BSK KG-REINERT (n. 81), art. 4 al. 1 N 25; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 56.
[88] TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 156 ss, *ADSL II*; TAF, B-581/2012 du 16. 9. 2016 consid. 5.5.2, *Nikon*; ATF 144 II 246 consid. 6.4.4, *Altimum*; ATF 139 I 72 consid. 8.3.2, *Publigroupe*.
[89] Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Code civil, CC; RS 210).

échéant – dans quelle mesure une sanction doit être prononcée. Si les faits qui permettent de conclure à une infraction au droit et – le cas échéant – à la sanction définie ne peuvent être prouvés, les autorités de la concurrence en supportent les conséquences.

56. Compte tenu des exigences susmentionnées, il en résulte en l'occurrence les faits qui vont suivre.

B.2 Marchés de la collecte et du transport des déchets

B.2.1 Cycle du déchet

57. Les principaux déchets dont la collecte est généralement demandée par les collectivités publiques sont les ordures ménagères, le papier et le carton, le verre ainsi que la ferraille et le PET. Afin d'obtenir une indication représentative des volumes de déchets et de leur importance, les tonnages estimés des entreprises Retripa, Favre Martigny et TMR échangés en vue de la création du CTM sont représentés dans le tableau ci-dessous, qui indique ainsi en pourcentage les déchets principaux que le CTM aurait traités lors de sa troisième année d'activité selon les prévisions des parties en 2019.[90] Etant donné que Retripa, Favre Martigny et TMR sont les trois principales entreprises actives dans la collecte de déchets dans la région d'activité du CTM, ces chiffres sont représentatifs de la répartition générale par type de déchets dans cette même région.

Déchets	Pourcentage
Ordures ménagères	**[20-30] %**
Papier	**[10-20] %**
Verre	**[10-20] %**
Bois	**[10-20] %**
Déchets verts	**[10-20] %**
Autres déchets	**[15-25] %**

58. Il ressort de cette analyse que les ordures ménagères, le papier et le carton ainsi que le verre sont les déchets les plus importants en termes de volume. A eux seuls, ils représentent plus de la moitié des déchets que les trois actionnaires amèneraient au CTM. A côté de ces déchets, qui sont en général collectés pour le compte des collectivités publiques, le bois et les déchets verts représentent quasiment un quart des tonnages estimés pour le CTM.

59. Chaque déchet est caractérisé par le volume à traiter ainsi que par sa valeur, respectivement par la possibilité de valoriser ultérieurement le déchet en tant que matière. Par exemple, les ordures ménagères sont des déchets avec un volume important pouvant même contraindre le transporteur à effectuer la collecte deux fois par semaine.[91] Les ordures ménagères ne peuvent être ni recyclées ni valorisées (hormis par la source de chaleur dégagée lors de l'incinération) et doivent être éliminées dans un délai court dans une usine d'incinération définie à l'avance. A l'inverse, les volumes de verre sont en général plus faibles que ceux des ordures ménagères lors des collectes et le verre peut être entreposé plus longtemps que les ordures ménagères. Le choix de l'exutoire, soit le lieu où les déchets collectés sont transportés (p. ex. une usine d'incinération), est en général laissé libre.[92] En outre, il est valorisable, c'est-à-dire que le verre est une matière qui peut être recyclée et être réutilisée. Vu leurs différences en termes de volume et de valeur, le cycle du déchet des ordures ménagères et du verre sont différents et la concurrence peut être différente entre les deux cycles de déchets.

60. Le cycle du déchet se divise au moins en quatre étapes, comme illustré dans le graphique ci-dessous. Il s'agit des étapes suivantes: dépôt, collecte, transport et exutoire. Cas échéant, le transport des déchets peut être optimisé par le biais d'un centre de transfert, où les déchets sont accumulés avant d'être transportés, lorsqu'une quantité suffisante est atteinte, vers l'exutoire. Cela permet des gains en matière de temps et de ressources (carburant, notamment).[93]

[90] A III.A.40.
[91] Par exemple, en [...], les habitants de la commune de [...] ont produit environ 660 tonnes d'ordures ménagères contre environ 160 tonnes de carton et papier; A V.A.20, section 1.3 et 2.3 de l'Avenant N°1 du [...].
[92] A I.42 annexes 2 et 3; A V.20 Avenant N 1 modifié et daté du […].
[93] Il y sera revenu sous B.2.2.6 ci-dessous.

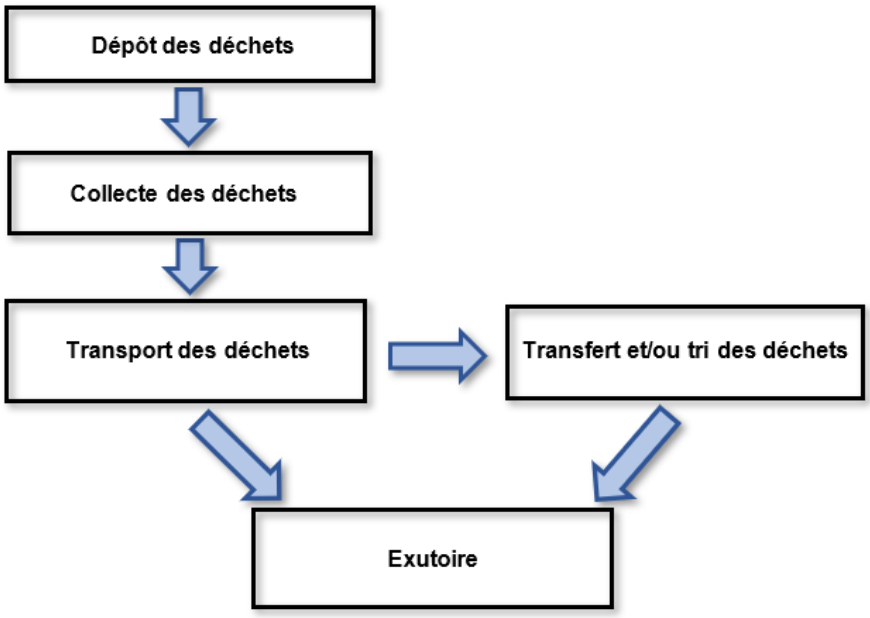


Figure 1: Résumé du cycle du déchet

B.2.1.1 Dépôt des déchets

61. Le dépôt du déchet consiste à réceptionner les déchets des privés, des communes et des entreprises dans un lieu prévu à cet effet. Dans le cas d'une commune, il peut s'agir d'une déchetterie. Dans le cas de déchets importants et réguliers, la commune met en place des points de collecte, lesquels sont souvent soit des moloks, soit des bennes. Lorsqu'un type de déchet est produit régulièrement et en grande quantité, comme pour le papier et le carton ou les ordures ménagères, le dépôt du déchet peut se faire au pas de la porte (c'est-à-dire que les habitants déposent concrètement leurs sacs poubelle dans la rue, devant leur domicile).

62. Les entreprises actives dans la collecte et le transport de déchets (que l'on désignera par la suite par « transporteurs ») sont en général en concurrence pour la location de bennes permettant de recevoir les déchets des privés et autres entreprises. Parfois, elles peuvent également être en concurrence pour la gestion des déchetteries communales.

B.2.1.2 Collecte des déchets

63. La collecte des déchets se distingue par la modalité du dépôt du déchet et sa quantité. En général, les déchets laissés au pas de la porte comme les ordures ménagères ou le papier et le carton sont ramassés à des dates régulières. Il s'agit d'une collecte sèche, selon le jargon des professionnels, ou une collecte au pas de la porte.[94] Lorsque le dépôt des déchets se fait en des points précis, dits des points de collecte, alors le transporteur se rend sur une base hebdomadaire ou bimensuelle pour vider les points de collecte. Alternativement, la vidange des points de collecte se fait sur appel. En outre, pour les ordures ménagères ainsi que le papier et le carton, un camion à compression est nécessaire.[95] En effet, ces déchets prennent rapidement du volume pour un poids faible. Il est nécessaire par conséquent d'effectuer une première massification lors de la collecte elle-même pour optimiser le volume et donc le nombre de transports à effectuer. Toute entreprise ne possédant pas de camion à compression ne peut offrir ses prestations pour la collecte des ordures ménagères, du papier et du carton. Il est donc nécessaire de disposer d'un camion approprié et la nature de la concurrence dans le domaine du transport des déchets est ainsi naturellement influencée par le parc de véhicules de chaque entreprise.

B.2.1.3 Transport des déchets

64. Une fois le déchet collecté, il est transporté jusqu'à l'exutoire. Il existe principalement deux façons de procéder. La première consiste à effectuer un transport direct jusqu'à l'exutoire une fois que la collecte est terminée. Cette façon de faire est privilégiée lorsque le camion concerné est plein et/ou lorsque le passage par un centre de transfert implique un détour trop important.[96]

65. La deuxième façon consiste à transférer les déchets dans un centre de transfert afin de massifier et d'optimiser les déchets. L'optimisation consiste à cumuler des déchets en vue de les transporter dans le plus grand véhicule possible afin de limiter les trajets (vers l'exutoire) et donc les coûts.[97] La massification consiste quant à elle à réduire le volume du déchet (en le compactant) pour en transporter une plus grande quantité dans un même volume donné.[98]

[94] A IV.5, l. 208 à 212, A IV.6, l. 164 à 165.
[95] A IV.6, l. 128 à 137.
[96] A IV.4, l. 913 ss.
[97] A IV.5, l. 349 à 352.
[98] A IV.4, l. 840 s.; A IV.5, l. 361 à 365.

66. Un exemple concret d'optimisation est donné par le quai de Favre Martigny (ci-après: Quai Favre), qui accueille des ordures ménagères collectées avec des camions poubelles (soit des véhicules conçus pour la collecte et le transport de déchets tels que les ordures ménagères) d'une charge utile d'environ 10 tonnes[99] en capacité pour ensuite transporter les tonnes collectées dans un véhicule à quatre essieux d'une capacité de […] vers l'exutoire.[100] Le résultat est une diminution du nombre de trajets entre le Quai Favre et l'exutoire, ce qui permet au transporteur de réduire ses coûts.

67. Quant aux centres de tri, ils ont pour but, comme leur nom l'indique, de trier les déchets. Il existe différents types de verres ou différents types de carton, lesquels n'ont pas la même valeur pour l'exutoire.[101] Trier des déchets permet également de pouvoir valoriser des déchets qui pris pelle-mêle n'auraient guère de valeur et seraient éliminés dans une usine d'incinération.[102] Le triage des déchets est de plus en plus imposé par les clients des transporteurs, en vue de leur valorisation.[103]

68. Le transporteur possédant un centre de transfert et/ou de tri dispose donc d'un avantage concurrentiel pour les déchets qui y transitent, ce qui peut influencer la concurrence sur le marché de la collecte et du transport de déchets.

B.2.1.4 Exutoire

69. Il existe en général un exutoire spécifique pour chaque type de déchet. Parfois, le nombre d'exutoires est très limité comme dans le cas du papier en Valais, où Retripa est le seul acteur.[104] Dans d'autres cas, le nombre d'exutoires est plus important, comme pour la ferraille. Par ailleurs, les ordures ménagères doivent nécessairement être incinérées dans une usine d'incinération prédéterminée à l'avance. Les communes sont actionnaires de ces usines, suivant les régions dans lesquelles elles se trouvent, et imposent, lors des appels d'offres relatifs à la collecte des ordures ménagères, que ces dernières soient traitées par l'usine d'incinération dont elles sont actionnaires.[105] Les communes du Bas-Valais incinèrent leurs ordures ménagères à la SATOM; les communes du Valais central à l'UTO. Les conditions de la concurrence pour le transport et la collecte des déchets peuvent être influencées par les exutoires disponibles.

70. En résumé, la concurrence dans le cycle du déchet est potentiellement affectée par différents facteurs. De manière non exhaustive, il s'agit du volume du déchet à collecter (type de collecte), de la manière dont le déchet doit être collecté (camion à compression), de la possibilité de valoriser le déchet, du recours à un centre de transfert et/ou de tri ou encore du nombre et de la localisation des exutoires disponibles.

B.2.2 Activités des entreprises actives dans le cycle du déchet (de la collecte à l'exutoire)

B.2.2.1 Activités de voirie

71. Les activités de voirie comprennent à tout le moins le ramassage en des points précis ou la collecte des déchets au pas de la porte, dite de collecte sèche.[106] Retripa a également mentionné que les activités de nettoyage public (balayage des rues, etc.) tombent aussi sous cette notion,[107] alors que TMR a indiqué que la voirie couvrait également l'activité d'exploitation de déchetteries.[108] Les déchets concernés comprennent notamment les ordures ménagères, le papier et le carton, pour la collecte desquels un camion à compression est nécessaire. Une entreprise ne possédant pas de camions à compression n'est pas en mesure d'effectuer la collecte de ces déchets.[109]

72. Favre et Studer, Favre Martigny ainsi que TMR possèdent des camions à compression, dont des camions poubelles. Favre Martigny possède une flotte importante de camions poubelles.[110] Quant à TMR, elle a déclaré posséder seulement un camion poubelle et qu'elle a cherché à en louer un auprès de Favre Martigny pour remplacer leur camion poubelle le temps que celui-ci soit réparé.[111]

73. TMR limiterait sa participation aux appels d'offres publics pour le ramassage et le transport de déchets dans le Bas-Valais et ne participerait pas aux appels d'offres dans le Valais central.[112] Son rayon d'action serait déterminé par la proximité entre le lieu de ramassage et l'exutoire ainsi que le lieu de sa base et relèverait d'une logique de proximité limitée par les moyens à disposition. En outre, pour avoir plus de moyens, TMR devrait acheter un deuxième camion poubelle et la barrière d'entrée pour un tel achat se situerait entre CHF 600'000.- à 700'000.- en matière de volume de contrat. Vu qu'un véhicule s'amortirait sur 10 ans, une durée de contrat de 10 ans serait optimum ([...]), mais la plupart des appels d'offres publics auraient une durée de 4 à 5 ans. En outre, le ramassage des déchets occuperait l'équivalent de […] personnes chez TMR, lesquelles pourraient être employées ailleurs au besoin.[113]

74. Retripa a indiqué que la collecte et le transport de déchets ne font pas partie de ses activités principales et qu'il y a lieu de distinguer entre les services de voirie et les services de transport de bennes que Retripa effectue pour les déchetteries qu'elle gère ainsi que pour les clients industriels.[114] Retripa a également indiqué ne pas effectuer du tout de collecte sèche (porte à porte) et n'avoir jamais été historiquement active dans ce domaine en Valais.[115] Elle n'a par ailleurs jamais collecté

[99] Voir p. ex. le document « Liste du parc des véhicules affectés au service de la voirie » fourni par Favre Martigny [...]; A V.A.20.
[100] A I.42, réponse 13.a.
[101] A IV.6, l. 331 ss.
[102] A I.42, annexe 6.
[103] A I.42, annexe 6.
[104] A IV.4, l. 656 ss.
[105] A IV.3, l. 68 à 71.
[106] A IV.5, l. 208 à 212; A IV.6, l. 161 à 165.
[107] A IV.6, l. 161 s.
[108] A IV.5, l. 208 à 210.
[109] A IV.6, l. 128 à 137.
[110] Voir par exemple le document « Liste du parc des véhicules affectés au service de la voirie » fourni par Favre Martigny [...]; A V.A.20.
[111] A IV.5, l. 138 à 143.
[112] A IV.5, l. 221 à 226.
[113] A IV.5, l. 227 à 242.
[114] A IV.6, l. 92 à 95.
[115] A IV.6, l. 96 à 101.

des ordures ménagères en Valais,[116] ce qui est démontré dans les estimations des volumes pour le CTM échangées entre ses actionnaires, dans lesquelles Retripa n'indique aucune tonne pour les ordures ménagères.[117] En général, Retripa ne répond pas aux appels d'offres lorsque des camions poubelles sont requis.[118] Ceci est également corroboré par les déclarations de Favre Martigny selon lesquelles Retripa n'a pas vocation à effectuer de la collecte.[119] Retripa a indiqué en outre ne posséder aucun camion poubelle jusqu'en 2018 en Valais avant d'en acquérir un dans la région du Chablais.[120] Par conséquent, Retripa ne prestait aucune activité de voirie jusqu'en 2018. Dès 2018, elle a pu déployer des activités dans le domaine de la voirie, mais uniquement dans la région du Chablais. Elle est en particulier demeurée inactive entre 2018 et l'ouverture de l'enquête dans le domaine de la voirie dans la région du coude du Rhône soit la région du Bas-Valais allant de Riddes à Saint-Maurice.[121]

75. Aux côtés des entreprises Favre Martigny, Favre et Studer et TMR, les entreprises suivantes prestent des services de voirie selon Retripa: Constantin (Sierre-Salgesch), Rey Frédéric (Montana), Gilles Mittaz (Lens), Dayer (Hérémence), Luginbühl (Sion), Germanier (Vétroz et Conthez), Samuel Rossier Transports SA (Val de Bagnes), Mariéthoz (Nendaz), Délétroz (Anzères), Masserey (Crans-Montana). Toutes ces entreprises disposeraient de camions poubelles et, si elles sont situées en montagne, elles offriraient également leurs services pour le déneigement des routes.[122]

76. TMR a déclaré qu'en matière de voirie, ses concurrents usuels sont Favre Martigny, Retripa ainsi que Samuel Rossier Transports SA.[123] Quant à Favre Martigny, elle serait confrontée dans le domaine de la voirie et dans la région de Martigny aux transporteurs suivants: TMR, Retripa, Samuel Rossier Transports SA et P & L Perraudin Transports SA.[124] Il y a lieu de relever que cette dernière entreprise ne possède un camion à compression que depuis 2019.[125]

77. Il ressort des déclarations des parties que les concurrents usuels pour la voirie, à tout le moins en ce qui concerne le papier et le carton ainsi que les ordures ménagères dans la région du Bas-Valais allant de Riddes à Saint-Maurice, sont TMR, Favre Martigny et Samuel Rossier Transports SA. Retripa est tout au plus un concurrent potentiel au vu de ses déclarations tandis que P & L Perraudin Transports SA, entretemps rachetée par Samuel Rossier Transports SA[126], est un concurrent mais seulement à partir de 2019. Suivant les marchés, d'autres concurrents peuvent également apparaître comme par exemple Favre et Studer ou [...] pour l'appel d'offres de la commune [...]. Il ne s'agit toutefois pas à proprement parler de concurrents usuels pour la région, c'est-à-dire de concurrents régulièrement actifs dans la région.

B.2.2.2 Activités de bennes

78. L'activité de bennes consiste à déposer une benne pour un client privé ou une collectivité publique et à collecter les déchets qui y sont déposés, soit à une date régulière et fixe, soit sur appel, suivant le volume de déchets qui y sera déposé. Le transporteur se charge alors de transporter les déchets jusqu'à l'exutoire ou jusqu'à un centre de transfert et/ou de tri.[127]

79. Tous les transporteurs actifs dans le domaine de la voirie le sont également dans le domaine du transport de bennes. Il existe cependant un grand nombre d'acteurs actifs dans le transport de bennes sans l'être dans celui de la voirie. Par exemple, Retripa est active dans le domaine du transport de bennes alors qu'elle n'est pas active dans la voirie en Valais (hormis dans le Chablais et qu'à partir de 2018). Retripa a par ailleurs confirmé que beaucoup plus d'entreprises offrent leurs services dans le transport de bennes que dans la voirie. Certaines entreprises de construction auraient aussi des bennes, tout comme des ferrailleurs. Le marché des bennes comprendrait une trentaine de concurrents (sans compter les entreprises de construction).[128]

80. TMR a également indiqué qu'elle faisait face à plus de concurrents dans le domaine du transport de bennes et de marchandises sur route. Elle a indiqué, comme concurrent pour le transport de bennes, l'entreprise Bérard à Vollèges en précisant qu'il y en avait certainement d'autres, sans toutefois les nommer.[129]

81. Dans les réponses au questionnaire du 2 septembre 2022, Favre Martigny a transmis au Secrétariat un dossier illustratif de la concurrence dans le domaine des bennes.[130] Il en ressort que les entreprises suivantes sont actives dans l'activité de bennes dans la région de Martigny: Fleutry, Perraudin, Bader, TMR, Retripa, Moret Frères SA, Rossier Transports, Bennes Budget, de même que SRS du groupe Helvetia Environnement.[131]

82. En conclusion, l'activité de bennes ne présuppose pas de disposer d'un camion à compression et un plus grand nombre d'entreprises sont actives dans le domaine du transport de bennes par rapport à la voirie.

[116] A IV.6, l. 106 à 112.
[117] Voir p. ex. A IV.4, annexe C.4.
[118] A IV.6, l. 140 à 150.
[119] A IV.4, l. 1056.
[120] A IV.6, l. 599 à 601.
[121] Cela ressort en particulier des déclarations de Retripa concernant [...]. En effet, Retripa avait prévu d'utiliser des camions à compression situés dans la région du Chablais dans le cas-où elle aurait remporté cet appel d'offres; A IV.6, l. 145 à 147 et l. 593 à 596.
[122] A IV.6, l. 166 à 175.
[123] A IV.5, l. 249 à 254.
[124] A I.42, p. 17, réponse à la question 29 c.
[125] A V.C.6, réponse à la question 6.
[126] A IV.5, l. 250 et A I.60, réponse à la question 4; Samuel Rossier a ainsi été inscrit comme administrateur de la société P & L Perraudin SA en mars 2022: <https://vb.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-115.077.615> (25.01.2024).
[127] A noter que les activités de gestions de déchetteries, dans la mesure où elles n'impliquent pas de tri des déchets, se recoupent en partie avec l'activité de location de bennes; A IV.5, l. 312 s et 320 s.
[128] A IV.6, l. 182 à 188.
[129] A IV.5, l. 255 à 260.
[130] A I.20, p. 8 et annexe 32.
[131] A I.20, annexe 32.

B.2.2.3 Transport de déchets

83. Il s'agit d'une activité similaire à l'activité de bennes, hormis que le transporteur ne possède pas la benne qui contient les déchets. Le transporteur se contente de recueillir des déchets en un point précis pour le compte d'une autre entreprise ou pour son propre compte afin de transporter ces déchets vers le point suivant, lequel est en général l'exutoire, un centre de transfert ou un centre de tri.[132] Toute entreprise possédant un camion approprié peut effectuer ces transports.

84. TMR a indiqué que pour le transport de marchandises sur routes (et non pas que de déchets), les entreprises suivantes seraient des concurrentes: Bérard, Samuel Rossier Transports SA, Moret, Fleutry, Zwissig et Volken.[133] Favre Martigny a quant à elle indiqué que les transporteurs suivants sont actifs dans le transport de marchandises sur route (et non pas que de déchets): Schöni Transport AG, Berthod Transports SA, Martin Transports SA, Rosso Transports SA, TMR, Samuel Rossier Transports SA, Roulin Frères SA et Constantin Transport AG.[134]

85. Les concurrents pour le transport de marchandises sur routes proviennent de tout le Valais et non pas que de la région de Riddes à Saint-Maurice. Il s'ensuit que le nombre de concurrents (au moins potentiels) pour le transport de marchandises sur route est bien plus important que le nombre de concurrents dans le domaine de la voirie.

B.2.2.4 Exutoire

86. L'activité d'exutoire est exercée par Retripa pour le papier et le carton,[135] ainsi que pour le bois.[136] En outre, le concurrent le plus proche de Retripa en tant qu'exutoire pour le papier et le carton se trouve bien plus loin (dans le canton de Vaud) et par conséquent Retripa fait office d'exutoire pour le papier et le carton pour bon nombre de sociétés de transport établies en Valais.[137]

87. D'après ses déclarations, Retripa trie le carton et le papier par voie mécanique, optique et manuelle. Le carton est séparé du reste des matières et expédié dans une autre usine, qui recycle le carton, comme l'entreprise Model en Suisse ou Saica à l'étranger. Le papier est divisé en deux filières: une filière du « tissue », soit du papier-mouchoir avec par exemple, l'entreprise Tela en Suisse ou Lucchese en Italie et une autre filière pour le papier imprimé avec par exemple, l'entreprise Perlen-Papier en Suisse, UPM en Allemagne ou encore Golbey en France. Retripa prépare la matière première pour l'industrie selon les cahiers de charge en triant et optimisant le papier et le carton sur son site de Massongex. Le carton peut également directement être traité depuis le site de Vétroz pour la mise en balle.[138] Les solutions suisses pour recycler la matière première sont à chaque fois privilégiées lorsqu'elles ne sont pas saturées.[139]

88. Retripa a également déclaré fixer son prix de reprise du papier et du carton en fonction du prix de vente (aux entreprises recyclant le papier, citées sous N 87 ci-dessus). Les indices EUWID (indice allemand) et COPACEL (indice français) révèlent la tendance des prix de vente mais chaque usine fixe ses propres prix et négocie ses conditions de reprise selon ses disponibilités.[140] Les prix pratiqués par les usines peuvent varier fortement par rapport aux indices principalement lors d'évènements majeurs comme le COVID, l'arrêt de la reprise des matières premières par la Chine ou la guerre en Ukraine.[141] Le prix de reprise du papier et du carton est communiqué par e-mail et par courrier tant aux transporteurs qu'aux communes. Il est usuel que des transporteurs contactent Retripa pour leur demander le cours du jour.[142] Retripa adapte ses prix une fois par mois lorsque les nouveaux prix de rachat pour la matière première sont reçus et communique ensuite aux communes et aux transporteurs en général par e-mail ou par téléphone les changements répercutés sur les prix.[143]

89. En ce qui concerne les ordures ménagères, le seul exutoire en Bas-Valais est la SATOM, à Monthey[144]. TMR a indiqué que, pour le verre, elle utilisait les exutoires suivants: Retripa (sur le site de Massongex), la SATOM ou Favre Martigny.[145]

B.2.2.5 Déchetterie

90. L'activité de déchetterie consiste à gérer une déchetterie communale desservant principalement des privés. L'activité consiste à mettre des bennes à disposition, à accueillir les personnes privées en contrôlant leur autorisation, à les diriger vers les différentes bennes ainsi qu'à peser les déchets lors de l'entrée ou de la sortie. Pour gérer une déchetterie, il faut également un site qui correspond aux critères environnementaux et donc avoir un permis pour son exploitation.[146] Lorsque la déchetterie ne pratique pas le tri, des bennes suffisent; dès lors que du tri est effectué sur place, il est nécessaire d'avoir des machines pour transporter les déchets, comme des trax, ou des déchiqueteuses à bois.[147]

91. Le personnel des déchetteries doit être formé et doit connaître notamment toutes les matières tout comme savoir comment les séparer. La sécurité est importante, notamment avec les batteries ou les piles. Si, auparavant, on engageait des gens mis à disposition par les communes (chômeurs en fin de droit, personnes aux services sociaux, etc.), actuellement le choix se porte sur du personnel formé.[148] D'après Retripa, cette dernière n'a pu répondre qu'à un seul appel d'offres, soit pour la déchetterie de Fully en 2013 (voir section B.4).

[132] Voir par exemple A IV.4, l 519 à 522.
[133] A IV.5, l. 261 à 264.
[134] A I.42, p. 17, réponse à la question 29 c.
[135] A IV.6, l. 329 à 330.
[136] A I.28, p. 10, réponse aux questions 3 et 4.
[137] A I.28, p. 10, réponse à la question 3.
[138] A IV.6, l. 331 à 345.
[139] A IV.6, l. 347 à 352.
[140] A IV.6, l. 353 à 360.
[141] A IV.6, l. 361 à 369.
[142] A IV.6, l. 378 à 385.
[143] A IV.6, l. 389 à 409.
[144] Voir N 69 ci-dessus.
[145] A IV.5, l. 149 s.; concernant Favre Martigny, elle se limite plutôt à optimiser le transport du verre sur son quai de transfert (voir N 97 ci-dessous).
[146] A IV.5, l. 306 à 324.
[147] A IV.5, l. 319 à 322.
[148] A IV.6, l. 307 à 315.

92. Des entreprises qui font l'objet de l'enquête, Retripa est la seule à gérer des déchetteries dans le Bas-Valais. En tout, elle gère 15 déchetteries, dont des déchetteries intercommunales.[149]

93. TMR ne gère pas de déchetterie sauf en partenariat avec soit Retripa, soit la SATOM.[150] Dans de tels cas, TMR s'occupe du transport des déchets jusqu'à l'exutoire.[151] La gestion d'une déchetterie est un business annexe ne correspondant pas à l'axe de développement stratégique de TMR, qui a indiqué ne pas avoir les compétences pour la gestion complète d'une déchetterie communale et être « purement un transporteur ».[152] Les déclarations de Retripa ont confirmé que TMR est un sous-traitant pour le transport vers l'exutoire pour les déchetteries de Sembrancher, Salvan et Finhaut, que Retripa gère.[153] Favre Martigny ne gère pas de déchetterie.[154]

94. A côté de Retripa, les acteurs suivants gèrent au moins une déchetterie: L'UTO, qui serait semi-privée, ainsi que Recovis, Samuel Rossier Transports SA (Verbier et Val de Bagnes) et Primaz (Evionnaz et Collonges).[155] Il ressort de ce qui précède que le nombre d'acteurs actifs dans la gestion de déchetteries est significativement plus faible que pour les autres domaines d'activité.

B.2.2.6 Quai de transfert et centre de tri

95. La gestion d'une déchetterie ressemble fort à la gestion d'un centre de transfert et/ou de tri comme le CTM, en ce sens qu'il s'agit avant tout d'accueillir, répartir et, le cas échéant, de trier les déchets qui y sont apportés, à la différence qu'un tel centre de transfert et/ou de tri est destiné avant tout aux transporteurs qui y apportent des volumes importants alors qu'une déchetterie est destinée aux personnes privées qui y déposent des quantités faibles de déchets divers.

96. TMR dispose d'un centre de tri installé sur le site des Vorziers depuis la création du CTM. Lors de son audition du 21 février 2022, […] a déclaré que le but du site des Vorziers, dans le contexte de la création du CTM, était de regrouper des petits volumes de déchets afin de les transporter dans des centres de valorisation (exutoires).[156] Le site des Vorziers est composé d'un terrain de 22'000 m^2 et d'une place goudronnée libre, respectivement louée au CTM.[157] D'autres activités de TMR ont lieu sur le site des Vorziers. Avant la création du CTM, TMR ne disposait pas de site de tri ou de transfert[158] et ne pratiquait ni l'optimisation ni la massification des déchets.[159]

97. Dans ses réponses au questionnaire complémentaire du 24 novembre 2022, Favre Martigny a précisé les différences existantes entre un centre de transfert et un centre de tri, car ces deux structures n'auraient pas la même vocation.[160] Le processus général d'un quai de transfert est le suivant: il s'agit d'un changement de contenant sans travail sur le déchet. Les camions amènent des petites quantités et en accédant à la partie supérieure du quai, les déversent directement par gravité dans des contenants plus grands. Lorsque les contenants plus grands sont remplis, ils sont transportés vers l'exutoire et le transport est ainsi optimisé. Les déchets suivants relèvent au moins de cette logique: verre, ordure, papier et carton.[161]

98. A l'inverse, un centre de tri se traduit en premier lieu par un travail sur les matières. Les déchets apportés sont généralement déversés sur le sol. Puis la matière est travaillée (déchiquetage du bois, p. ex.), les différents éléments sont séparés entre eux (recyclables, incinérables, inertes…). Une fois le tri opéré, les déchets sont rechargés dans le moyen le plus approprié pour maximiser le transport (bennes de 40 m^3 et semi-remorque de 90 m^3).[162]

99. Le site des Vorziers est uniquement un centre de tri et non pas un centre de transfert, tandis que le Quai Favre est seulement un centre de transfert et non pas un centre de tri.

B.2.2.7 Conclusion intermédiaire

100. Il ressort de ce qui précède que seul un nombre limité d'entreprises prestent leurs services dans le domaine de la voirie. Dans la région du coude du Rhône, soit la région allant de Riddes à Saint-Maurice, il s'agit principalement de Favre Martigny, de TMR et de Samuel Rossier Transports SA en ce qui concerne la collecte, en particulier des ordures ménagères et du papier et carton. Dans ce domaine, Favre Martigny possède plus de camion à compression que TMR, qui n'en possède qu'un seul.

101. Un plus grand nombre d'entreprises prestent leurs services de bennes et de transport tandis qu'un nombre limité d'acteurs prestent leurs services dans la gestion de déchetteries. Retripa est un acteur essentiel et spécialisé dans la gestion des déchetteries. A l'exception de Samuel Rossier Transports SA, qui semble toutefois limiter ses activités de voirie au Val de Bagnes, Retripa est en effet le seul transporteur dans le secteur allant de Saint-Maurice à Riddes à gérer des déchetteries.

B.2.3 Pratique des marchés publics pour la collecte et le transport des déchets en Valais

102. Si les différentes étapes du cycle du déchet influencent la concurrence dans le domaine de la collecte et du transport de déchets comme vu au titre précédent (N 57 ss), les collectivités publiques peuvent également influencer la concurrence dans les marchés publics. Dans ce qui suit, les marchés publics ayant fait l'objet de demandes d'entraide administrative adressées à diverses communes du Bas Valais sont présentés (N 103 ss). Il en ressort que les pratiques sont hétérogènes

[149] A IV.6, l. 279 à 286.
[150] A IV.5, l. 298 à 305.
[151] A IV.5, l. 275 à 280 et A IV.6, l. 294 à 306.
[152] A IV.5, l. 246 s. et 325 à 327.
[153] A IV.6, l. 251 à 254.
[154] A IV.4, l. 655.
[155] A IV.6, l. 287 à 293.
[156] A IV.5, l. 331 à 334.
[157] A IV.5, l. 335 à 342.
[158] A IV.5, l. 343 à 348.
[159] A IV.5, l. 349 à 368.
[160] A I.42, p. 15, réponse à la question 29 a et annexe 6.
[161] A I.42, annexe 6.
[162] A I.42, annexe 6.
[163] A V.A.31.

entre entités publiques (N 118 ss); par ailleurs, certaines pratiques, notamment l'abus des procédures de gré à gré, pourraient limiter la concurrence sur le marché de la collecte et du transport des déchets au détriment des collectivités publiques.

B.2.3.1 Demandes d'entraide administrative

103. La commune de Martigny-Combe a publié en date du 26 octobre 2012 l'appel d'offres « Collecte, pesage et transport des ordures ménagères » avec une procédure ouverte.[163] Les entreprises TMR et Favre Martigny ont été les deux seules entreprises à y répondre. Le tableau suivant récapitule les offres déposées. Favre Martigny a remporté l'adjudication.

Entreprise	Collecte et pesage	Transport
Favre Martigny	CHF […]/tonne	CHF […]/tonne
TMR	CHF […]/tonne	CHF […]/tonne

104. En date du 11 octobre 2019, la commune de Martigny-Combe a procédé à quatre appels d'offres en suivant la procédure par invitation.[164] Elle a invité les entreprises Retripa, TMR, Favre Martigny et Samuel Rossier Transports SA à soumettre des offres pour la « Collecte des ordures », le « Transport des ordures ménagères », la « Collecte du Verre » et la « Collecte du papier ». Ainsi, chaque appel d'offres correspondait à un déchet particulier. Seules les entreprises TMR et Favre Martigny y ont répondu et le tableau suivant résume le résultat de ces quatre appels d'offres.

Appel d'offres	Entreprise	Collecte et pesage
Collecte des ordures ménagères	**Favre Martigny**	CHF […] par tournée
	TMR	CHF […] par tournée
Transport des ordures ménagères	**Favre Martigny**	CHF […]/tonne
	TMR	CHF […]/tonne
Collecte du verre	**Favre Martigny**	CHF […] par tournée
	TMR	CHF […] par tournée
Collecte du papier	**Favre Martigny**	CHF […] par tournée
	TMR	CHF […] par tournée

105. La commune d'Evionnaz a signé un nouveau contrat avec Favre Martigny en date du 6 août 2018 après avoir dénoncé le précédent contrat, conclu également avec Favre Martigny. Ce faisant la commune d'Evionnaz a attribué le marché au gré à gré sans recourir à une procédure sur invitation.[165] Il n'est pas possible de calculer l'exacte valeur de ce contrat, toutefois, Favre Martigny a estimé une valeur de CHF […] comme moyenne annuelle.[166] Vu que le nouveau contrat a été conclu pour le premier août 2018 jusqu'au 31 décembre 2024, soit pour une période de six ans et demi, la valeur totale de ce marché est d'environ CHF […], soit au-delà de la valeur seuil de CHF 150'000.- prévue par l'accord intercantonal sur les marchés publics pour les procédures de gré à gré.[167] Le marché aurait dû faire l'objet au moins d'une procédure sur invitation.

106. En décembre 2015, la commune d'Isérables et Favre Martigny ont conclu un contrat d'une durée minimale de dix ans portant sur « *le transport […] de bennes à ordures ménagères/commerciales, le transport et la récupération du papier/carton, du verre trié par couleurs et de l'alu/fer blanc* ». Ce marché a été attribué à Favre Martigny en gré à gré, car, selon la commune d'Isérables, les valeurs seuils maximales n'étaient pas atteintes.[168] Or, la valeur annuelle moyenne pour l'enlèvement des ordures ménagères à Isérables s'élève à CHF […] selon les informations fournies par Favre Martigny.[169] Ainsi, en considérant uniquement les ordures ménagères sur 10 ans, la commune d'Isérables aurait dû organiser à tout le moins une procédure sur invitation (voir annexe 2 AIMP), voire une procédure ouverte selon la valeur des prestations autres que le transport des bennes à ordures ménagères.

[164] A V.A.31.
[165] A V.A.24.
[166] A I.42, annexe 2.
[167] Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RS/VS 726.1-1), Annexe 2.
[168] A V.A.28.
[169] A I.42, annexe 2.

107. La commune de Martigny a attribué trois marchés publics en gré à gré à Favre Martigny en novembre 2020 pour la *« collecte et transport du verre et l'alufer blanc »* d'une valeur annuelle de CHF […], pour le *« transport des objets encombrants, du matériel inerte et du matériel SENS/SWICO de la déchetterie de Martigny »* d'une valeur annuelle de CHF […] et pour le « *Transport des déchets du dégrilleur de la STEP de Martigny* » d'une valeur annuelle de CHF […]. Ces trois contrats sont conclus pour une durée de deux ans, prolongeables d'année en année.

108. La commune de Martigny a également organisé un appel d'offres en procédure ouverte dès le 8 mai 2020 pour la *« collecte des ordures ménagères et commerciales et des déchets recyclables »*, auquel seules les entreprises TMR et Favre Martigny ont répondu.[170] Le tableau suivant récapitule le résultat de l'ouverture des offres. Favre Martigny a remporté cet appel d'offres.

Entreprises	Collecte des ordures ménagères et commerciales et des déchets recyclables
Favre Martigny	CHF […]
TMR	CHF […]

109. […].

[…]

110. Durant le courant de l'année 2013, la commune de Fully a lancé un appel d'offres en procédure ouverte pour l'exploitation de la déchetterie communale et la prise en charge de déchets (le papier et le carton, ainsi que le verre) aux points de collecte.[171] Cet appel d'offres est le deuxième objet de la présente enquête (N 183 ss). Une seule offre, celle de Retripa, est parvenue à la commune de Fully, signée et datée du 11 septembre 2013. Retripa a donc remporté l'adjudication.

111. Dans le courant de l'année 2011, la commune de Fully a, par procédure ouverte, lancé un appel d'offres pour la « *collecte, pesage, enlèvement et acheminement des ordures ménagères* ». Trois entreprises ont déposé des offres et Favre Martigny a remporté l'appel d'offres résumé dans le tableau ci-dessous.

Entreprises	Collecte, pesage, enlèvement et acheminement des ordures ménagères
Favre Martigny	CHF […] par tonne
SRS Swiss Recycling Services SA	CHF […] par tonne
TMR et Fleutry Transports	CHF […] par tonne

112. La commune de Saxon a lancé un appel d'offres par procédure ouverte en date du 26 juillet 2005 pour le ramassage et transport des ordures ménagères et commerciales.[172] En plus des ordures ménagères, y était inclus également le ramassage du papier et du carton; en outre, le contrat avait une durée minimale de 10 ans du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2015 pouvant par la suite être renouvelé tacitement pour une période de deux ans. Seules Favre Martigny et TMR ont déposé des offres, reportées dans le tableau suivant.

Entreprises	Ramassage et transport des ordures ménagères et commerciales
Favre Martigny	CHF […] par année
TMR	CHF […] par année

113. TMR a remporté l'appel d'offres et le contrat a été renouvelé au moins jusqu'au début de l'enquête.[173]

[170] A V.A.33.2.
[171] A V.A.21.
[172] A V.A.29.
[173] A IV.5, l. 111 à 112.

114. La commune de Saillon était en relation contractuelle avec l'entreprise Favre Martigny pour l'enlèvement des ordures ménagères et commerciales au moins depuis 1998.[174] Il ne ressort pas des documents transmis lors de l'entraide administrative que le contrat a été conclu avec Favre Martigny suite à un appel d'offres sur invitation ou une procédure ouverte. Dans le courant de l'année 2019 et suite à l'introduction de la taxe au sac en 2018 ayant entrainé une diminution de la quantité d'ordures ménagères de la commune de Saillon d'environ 30 %, Favre Martigny a souhaité revoir ses tarifs de collecte et de transport des ordures ménagères et commerciales en vigueur.[175]

115. Favre Martigny a ainsi dénoncé le 26 juin 2019 le contrat alors en cours. En date du 5 novembre 2019, la commune de Saillon a octroyé en gré à gré à l'entreprise P & L Perraudin Transports SA de Saillon la collecte des ordures ménagères et commerciales ainsi que leur transport du centre de transfert de Saillon à la SATOM, pour une durée de 3 ans et un prix de CHF […] (hors taxes) la tonne pour le transport des ordures ménagères et de CHF […] (hors taxes) pour la collecte du lundi et de CHF […] pour la collecte du mercredi.[176] Vu que la commune estimait un total d'environ 450 tonnes d'ordures par année, le prix total annuel des prestations de l'entreprise P & L Perraudin Transports SA pour la commune de Saillon s'élève à environ CHF […] (52 tournées multipliées par CHF […] [CHF […] pour la collecte du lundi et CHF […] pour celle du mercredi] plus le prix de transfert à la SATOM de 450 tonnes annuelles[177] multipliées par CHF […]). Comme le contrat dure trois ans, la valeur totale du marché s'élève donc à CHF […]. Or, l'AIMP prévoit que les marchés publics de services dont la valeur excède CHF 250'000.- doivent faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective.[178]

116. Enfin, Favre Martigny a mentionné dans une prise de position le cas de la commune de Bagnes qui, dans un appel d'offres de 2020, ne laissait qu'un délai d'un mois entre la publication de l'appel d'offres et le début du mandat. Selon Favre Martigny, ce même appel d'offres prévoyait le transport des déchets collectés auprès d'une déchetterie dont la localisation (à Vollèges) favorisait les entreprises basées dans le Val de Bagnes. Enfin, toujours selon Favre Martigny, les critères environnementaux de l'appel d'offres du Val de Bagnes étaient désuets et se référaient à des normes de 2006-2007, prévoyant des limites d'émissions de 3 à 5,5 fois plus élevées que les normes en vigueur en 2020.[179]

117. Favre Martigny a également rapporté un cas similaire quoique plus ancien dans la commune d'Orsières, qui avait laissé un délai de six jours ouvrables à Favre Martigny pour répondre à un appel d'offres portant sur la collecte des ordures ménagères, leur transport à la SATOM ainsi que la gestion de la déchetterie et des centres de tri de la commune.[180]

B.2.3.2 Pratiques hétéroclites dans les marchés publics

118. Il ressort des demandes d'entraide administrative que les appels d'offres concernant la voirie diffèrent sensiblement selon les communes. Certaines communes, comme celle de [...], mettent au concours un marché comprenant la collecte et le transport de plusieurs déchets pour une durée de [...] ans. La commune de Fully par exemple est même allée plus loin: elle a lié dans son appel d'offres la gestion d'une déchetterie avec la collecte et le transport du papier, du carton et du verre aux points de collecte. D'autres communes, comme celle de Martigny-Combe, préfèrent au contraire une durée de contrat beaucoup plus courte (de deux ans et demi) et mettent au concours chaque prestation de manière séparée. Finalement, certaines communes, à l'instar de celle d'Evionnaz, de Saillon ou encore d'Isérables, ont tout simplement adjugé en gré à gré des marchés dépassant les seuils permettant cette procédure, ce qui semble non seulement contrevenir au droit des marchés publics, mais risque également de nuire aux intérêts financiers de ses communes en ne mettant pas les différents acteurs en concurrence.

119. La durée du contrat peut également influencer la concurrence dans le sens où une durée trop courte est moins favorable à de nouveaux investissements en véhicules adaptés, alors qu'une durée plus longue serait plus propice pour investir. […] a ainsi déclaré qu'une durée de dix ans [...] était intéressante pour investir. Par conséquent, une durée trop courte de contrat pourrait favoriser l'entreprise déjà en place sur le marché et limiter la concurrence potentielle, en particulier des acteurs plus petits. Si le paramètre de la durée n'est pas nécessairement un problème pour un marché avec un nombre d'acteurs suffisants, il devient plus que pertinent dans un marché réduit avec un nombre limité d'acteurs.

120. Les pratiques du Val de Bagnes et d'Orsières évoquées par Favre Martigny sont également un obstacle à la concurrence. La fixation de courts délais pour l'envoi des offres favorise évidemment le prestataire en place, qui connaît déjà le terrain et a déjà le personnel et les équipements nécessaires affectés au marché concerné.

121. En conclusion, les différentes pratiques des communes en matière d'appels d'offres pour la collecte et le transport des déchets – comme la durée des contrats et la séparation des prestations demandées – influencent l'offre et donc affectent la concurrence sur le marché.

B.3 Soumission de [...] ([…])

122. La commune de [...], située en [...], a publié un appel d'offres (procédure sur invitation) le [...] pour […].[181] Dans le cadre de cet appel d'offres, elle a invité […] entreprises de transport situées dans le Bas-Valais ainsi que dans le Valais central à soumettre leurs offres. Parmi ces entreprises, ont notamment été invitées l'entreprise Favre Martigny, située à Martigny dans le Bas-Valais à [...], ainsi que l'entreprise Favre et Studer, située à Grône en Valais central à [...].

[174] A V.A.10.
[175] A V.10, p. 20.
[176] A V.10, p. 21, 29 et 35.
[177] Selon les estimations de la commune de Saillon; A V.10, p. 27.
[178] Annexe 2 AIMP.
[179] A I.42, annexe 8.
[180] A I.42, annexe 8.
[181] A V.A.20.

[…]

123. Le Tableau 1 ci-dessous résume les montants des offres saisies dans le procès-verbal d'ouverture des offres de la soumission organisée par la commune de [...]:

Entreprises	Offres (en CHF)	Différence (en %)
Favre Martigny	231'993.65	
Retripa	[…]	[5-20]
TMR	[…]	[25-40]
[…]	[…]	[45-60]

Tableau 1: récapitulatif du montant des offres selon procès-verbal d'ouverture des offres

124. Dans le cadre de l'appel d'offres précité, le reproche de coordination de comportement est adressé, d'une part, à Favre Martigny et, d'autre part, à Favre et Studer. Il est précisé que c'est l'entreprise Favre Martigny qui avait le marché avant le nouvel appel d'offres de la commune de [...],[182] et qu'elle l'a obtenu à nouveau suite à l'appel d'offres de […].[183]

B.3.1 Objet de la preuve

125. Il convient d'examiner ci-après, d'un point de vue factuel, s'il existait entre Favre Martigny et Favre et Studer une ou plusieurs manifestations de volontés concordantes de coordonner leurs comportements concernant l'appel d'offres de la commune de [...] pour […] en […]. Si la coordination est avérée, il conviendra d'examiner quel était le but poursuivi par les entreprises en coordonnant leurs offres, si elles se sont effectivement comportées conformément à leur consensus et, le cas échéant, quelles ont été les conséquences de ce comportement.

126. Dans les considérants qui suivent, il s'agit ainsi d'examiner les points suivants:

- l'existence d'un consentement entre Favre Martigny et Favre et Studer (N 166);
- les buts d'un tel consentement poursuivis par Favre Martigny et par Favre et Studer (N 180);
- si Favre Martigny et Favre et Studer se sont effectivement comportés conformément à ce qui était attendu, et quelles ont été les conséquences de ce comportement (N 181).

B.3.2 Moyens de preuve

B.3.2.1 Pièces

127. Pour examiner les questions de fait pertinentes pour le cas d'espèce, l'autorité se fonde sur les pièces suivantes:

- Courrier d'accompagnement et conditions générales de l'appel d'offres du […] sur invitation de la commune de [...] pour […], adressés à Favre et Studer.[184]
- 1re offre pour la commune de [...] (Avenant no 3, daté du […]), calculée et complétée par […] de Favre et Studer, signée et datée du […].[185]
- 2e offre pour la commune de [...] (Avenant no 3, daté du […]), calculée et complétée par […] de Favre et Studer, signée et datée du […].[186]
- Réponses de la commune de [...] du […] aux questions des soumissionnaires, respectivement corrections de l'appel d'offres du […].[187]
- E-mail envoyé par […][188] de l'entreprise Favre et Studer à la commune de [...] en date du […][189]:

  […]

- Courrier de la commune de [...] du 6 novembre […] envoyé à la COMCO, accompagné de l'e-mail susmentionné ainsi que d'une analyse des coûts des soumissions.[190]
- Réponses de la commune de [...] du 19 décembre […] au questionnaire du Secrétariat du 26 novembre […].[191]
- Autodénonciation de Favre et Studer (Formulaire A - Marqueur pour les autodénonciations) du 28 avril 2021.[192]
- Contrat pour l'enlèvement des ordures ménagères et commerciales de la commune de [...] pour la période [...].[193]
- Réponse à la demande d'assistance administrative de la commune de [...].[194]

[182] A IV.3, l. 121.
[183] A I.1, annexe 1.
[184] A V.A,20.
[185] A III.B.3.
[186] A III.B.5.
[187] A III.B.4.
[188] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 161.
[189] A I.1, p. 5 et première annexe à l'annexe 1.
[190] A I.1, annexe 1.
[191] A I.1, annexe 2.
[192] Dossier 24-0163, A XI.A.1.
[193] III.A.504.
[194] V.A.20.

B.3.2.2 Renseignements des parties

B.3.2.2-1 Favre et Studer

128. Dans son autodénonciation du 28 avril 2021, […] a indiqué que suite à un appel de […] de Favre Martigny ainsi qu'à un entretien, la société Favre et Studer a renoncé à déposer une offre pour la commune de [...] en ce qui concerne le ramassage des ordures ménagères. Sous « Effets de la prétendue infraction », il a répété *« Renoncer au dépôt de l'offre »*.

a. Audition du 28 avril 2021

129. Durant la première audition le 28 avril 2021 lors de la perquisition de l'entreprise Favre et Studer, […] a déclaré qu'il a eu des contacts avec l'entreprise concurrente Favre Martigny dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...].[195] Selon […], c'est […] qui a pris l'initiative de ces contacts.[196] Il aurait d'abord été contacté par téléphone par […] après avoir reçu l'invitation de la commune de [...] à soumettre une offre. […] lui aurait demandé s'il allait remplir l'offre, ce à quoi […] lui aurait répondu qu'il remplirait l'offre.[197]

130. Toujours d'après […], […] l'a rencontré lors d'une assemblée de l'Association des Transporteurs et des Recycleurs de déchets du Valais romand et du Chablais (ci-après: l'ATRED), qui a selon toute vraisemblance eu lieu le […], après s'être parlés par téléphone.[198] Sur la question de savoir ce que […] souhaitait, […] a répondu qu'il ne voulait pas que Favre et Studer soumissionne, car Favre Martigny s'intéressait à ce marché et que cette dernière entreprise essayait d'avoir le moins de concurrents possible à l'ouverture des offres.[199] Sur la question confirmatrice de savoir si quelqu'un de Favre Martigny lui a demandé de ne pas soumettre d'offre, respectivement de renoncer à soumettre l'offre établie, […] a répondu « oui ».[200] Cette discussion aurait eu lieu avant la remise des offres.[201]

131. […] a également indiqué que c'est lui seul qui a décidé de renoncer à soumettre l'offre qu'il avait calculée.[202] Sur la question de savoir quel risque l'entreprise Favre et Studer aurait pris si elle avait déposé l'offre, […] indique qu'elle aurait dû investir dans un second véhicule.[203] Concernant l'envoi de l'e-mail du […] à la commune de [...], […] a confirmé que c'était bien lui qui l'avait envoyé, que le Président de la commune avait été surpris de cet e-mail et qu'il y avait eu un téléphone entre eux suite à l'envoi en question.[204] […] a déclaré qu'il l'avait rédigé pour être transparent, pour indiquer son mécontentement et parce qu'il était remonté par rapport à la démarche de Favre Martigny.[205]

b. Audition du 7 juin 2022

132. Lors de sa seconde audition, […] a précisé qu'en tout, il y avait eu trois contacts avec […]: un contact téléphonique avant l'AG de l'ATRED, une discussion d'environ 2 minutes à l'occasion de l'AG de l'ATRED en date du […],[206] et un contact téléphonique après l'AG de l'ATRED.[207] Ce dernier échange téléphonique aurait eu lieu quelques jours après l'AG de l'ATRED, respectivement dans les 10 jours avant le dépôt de la soumission, lequel était fixé au […].[208]

133. Que cela soit pour les deux téléphones ou pour la discussion de l'ATRED, c'est toujours […] qui aurait pris l'initiative et qui aurait activement cherché à parler à […].[209]

134. Selon […], lors du premier téléphone ainsi qu'à l'ATRED, […] voulait principalement savoir si l'entreprise Favre et Studer allait déposer ou non une offre. Ce n'est que lors du deuxième téléphone que […] aurait explicitement demandé à […] de ne pas déposer son offre,[210] respectivement l'aurait dissuadé de déposer son offre[211] en s'appuyant sur le kilométrage supplémentaire que représente le trajet Grône-[...] par rapport à Martigny-[...].[212] Lors de ce second téléphone, […] aurait mal réagi car cet appel d'offres l'intéressait.[213] Le ton de la dernière conversation aurait été animé, vu l'insistance de […] auprès de […] pour qu'il ne dépose pas d'offre.[214]

135. Il ressort également des déclarations de […] que […] lui aurait demandé l'offre de l'entreprise Favre et Studer lors du dernier téléphone,[215] et qu'il aurait senti chez lui son intention de protéger son marché.[216] […] aurait par ailleurs communiqué le temps de collecte de la commune de [...] à […] lors de l'un des trois contacts, ce qui aurait aidé celui-ci à préparer sa seconde offre.[217]

136. Concernant la seconde offre remplie par […] et alors qu'il lui a été fait remarquer pendant l'audition que ses prix ont passablement augmenté par rapport à sa première offre, […] a indiqué avoir constaté qu'il ne couvrait pas ses coûts avec sa première offre.[218] La distance et le temps d'exécution de la tournée l'auraient conduit à réviser son offre. Entre le calcul des deux offres, il se serait par ailleurs rendu en voiture à [...] pour voir les points de collecte et calculer le kilométrage.[219]

137. […] a en outre expressément indiqué qu'il avait la volonté de déposer la seconde offre[220] et qu'il était intéressé à développer son entreprise en gagnant des parts de marché, ce que savait […].[221] Il a également mentionné que [...] se trouve dans le secteur d'activité de

[195] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 77 à 80.
[196] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 83 et 85.
[197] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 119 à 134.
[198] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 64 à 66; A IV.4, l. 151 à 153 et 159 à 161.
[199] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 86 à 98.
[200] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 130 à 132.
[201] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 99 s.
[202] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 114 à 115.
[203] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 116 à 118.
[204] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 159 à 174.
[205] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 250 à 253.
[206] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 106 à 107, 125 à 133 et 168 à 171.
[207] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 64 à 66.
[208] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 178 à 181.
[209] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 54, 75 à 80 et 228 s.
[210] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 134 à 136 et 215 à 218.
[211] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 143 s.
[212] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 137 à 142, 190 à 192 et 424 à 426.
[213] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 145 à 149 et 188 s.
[214] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 150 à 152, 172 s. et 182 s.
[215] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 196 à 205.
[216] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 220 à 222.
[217] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 281 à 309.
[218] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 263 à 270.
[219] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 278 à 280.
[220] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 313 à 315.
[221] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 347 à 353.

l'entreprise Favre et Studer.[222] Finalement, sur la question de savoir si les démarches de […] ont influencé […] dans sa décision de ne pas déposer son offre, celui-ci a répondu que *« cela a été un facteur, oui »*.[223]

B.3.2.2.2 Favre Martigny

a. […], audition du 29 avril 2021

138. Lors de son audition du 29 avril 2021, […] a indiqué qu'à l'occasion d'une réunion de l'ATRED, il a discuté fortuitement avec […], précisant qu'il croyait qu'il s'agissait de […] et qu'il connaît très peu Favre et Studer.[224] […] aurait appris au cours de la discussion que l'entreprise Favre et Studer avait aussi été invitée à déposer une offre par la commune de [...]. Il a ajouté ne pas se souvenir si […] l'avait dit spontanément. […] aurait été étonné par rapport à la distance à parcourir pour Favre et Studer, vu que les ordures ménagères de la commune de [...] devaient obligatoirement être déchargées à la SATOM, dans le Bas-Valais. Selon […], il s'agissait d'un facteur péjoratif pour une offre de l'entreprise Favre et Studer, vu la distance à parcourir.[225]

139. […] a ajouté qu'il n'avait pas trop de soucis avec la concurrence de Favre et Studer, car son entreprise (Favre Martigny) optimise le transport des déchets. Il aurait donc encore un avantage concurrentiel sur Favre et Studer.[226]

140. En ce qui concerne les téléphones, lors de son audition du 29 avril 2021, […] a indiqué ne se souvenir que d'un téléphone ayant eu lieu après l'AG de l'ATRED.[227] La discussion aurait été vive, car tant lui-même que […] seraient assez sanguins, et […] aurait répété à […] les propos tenus lors de la discussion ayant eu lieu le jour de l'AG de l'ATRED, soit que […] était libre de faire son offre et que […] aurait peut-être mal interprété ce qu'il lui a dit.[228] Selon […], il découlait de la discussion que c'était « *bête* » que […] dépose son offre au vu de la distance entre [...] et Grône, distance « *non productive* ». Toujours selon, […], il aurait certainement dit *« si tu veux déposer, dépose »* à […].[229]

141. Après que le Secrétariat lui ait présenté l'e-mail de Favre et Studer du […], […] a indiqué qu'il ne comprenait pas la partie portant sur la « *préservation des secteurs d'activité de chacun* », sauf si cela se rapportait au secteur d'activité des usines d'incinération.[230] Sur la question de savoir si l'entreprise Favre Martigny était à l'origine des pressions de transporteurs du Bas-Valais mentionnées dans l'e-mail du […][231], […] a indiqué que […] traduisait peut-être par-là la discussion qu'ils ont eue, mais ajoute qu'à son sens, il n'y avait pas eu de pression.[232]

142. Finalement, […] a indiqué que cela ne lui apporterait rien d'avoir une offre de moins dans le cadre de la soumission de [...].[233]

b. […], audition du 22 juin 2022

143. Lors de son audition du 22 juin 2022, […] a indiqué que les appels d'offres sont adressés de façon large, à tous les transporteurs, et qu'il était donc assez logique que l'entreprise Favre et Studer ait été invitée par la commune de [...] à déposer une offre.[234] Il a toutefois déclaré juste après avoir été étonné que l'entreprise Favre et Studer ait été invitée.[235]

144. A la question de savoir pourquoi il n'avait contacté que l'entreprise Favre et Studer, […] a répondu que cela s'était déroulé fortuitement. Alors qu'il lui est fait remarquer que les téléphones à […] n'étaient pas fortuits, […] a répondu avoir pensé qu'il se serait *« fait envoyer balader par les autres »*, laissant par-là la question initiale sans réponse.[236]

Premier téléphone de […] à […]

145. […] n'a pas pu situer dans le temps un éventuel premier téléphone avec […], mais a indiqué en avoir eu un alors que […] était dans son camion, peut-être pour lui demander s'il venait à l'AG de l'ATRED. Ils n'auraient toutefois pas pu discuter en raison du bruit.[237] […] a ensuite indiqué que c'est lui qui avait appelé […] pour savoir s'il venait à l'AG de l'ATRED.[238] Finalement et de façon générale, […] a indiqué qu'il ne savait plus ce qui avait été discuté avant, pendant ou après l'AG de l'ATRED.[239]

Contact lors de l'AG de l'ATRED

146. Selon […], la discussion a vraisemblablement eu lieu le […], lors de la visite de l'usine GazEl EcoBois Recyclage SA à Vétroz.[240] […] a indiqué ne plus se rappeler qui avait entamé la discussion,[241] mais cette dernière aurait duré entre 30 secondes et une minute et aurait été plutôt cordiale.[242] […] a toutefois mentionné peu après qu'elle avait en réalité été vive et qu'elle n'avait pas été terminée.[243]

147. En ce qui concerne la teneur de la discussion, […] l'a qualifiée de « *discussion de bistrot* ». Il aurait fait part de son étonnement à […] concernant l'invitation de la commune de [...], qui serait incohérente en termes de rationalité économique et environnementale.[244] Selon […], […] aurait dû déposer une offre à perte pour être concurrentiel, ce qui est interdit. Cela serait toutefois le problème de l'entreprise Favre et Studer si cette dernière fonctionnait à perte.[245] […] a ajouté que le marché était très concurrentiel.[246]

[222] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 402 s.
[223] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 247 à 249.
[224] A IV.3, l. 72.
[225] A IV.3, l. 71 à 87.
[226] A IV.3, l. 92 à 97.
[227] A IV.3, l. 100 s.
[228] A IV.3, l. 102 à 108, ainsi que 123.
[229] A IV.3, l. 111 à 116.
[230] A IV.3, l. 138 s.
[231] A I.1, p. 5 et première annexe à l'annexe 1.
[232] A IV.3, l. 142 s.
[233] A IV.3, l. 173 à 175.
[234] A IV.4, l. 94 à 96 et 129 à 133.
[235] A IV.4, l. 225.
[236] A IV.4, l. 433 s.
[237] A IV.4, l. 79 à 100, 445 s.
[238] A IV.4, l. 114 à 117.
[239] A IV.4, l. 137.
[240] A IV.4, l. 151 à 153 et 159 à 161.
[241] A IV.4, l. 173 à 181.
[242] A IV.4, l. 191 s et 194 s.
[243] A IV.4, l. 346.
[244] A IV.4, l. 210 à 214, 225 ss.
[245] A IV.4, l. 242 à 246.
[246] A IV.4, l. 249.
[247] A IV.4, l. 295 à 299.

148. A la question de savoir pourquoi […] avait contacté […] trois fois activement (deux fois par téléphone et une fois lors de l'AG de l'ATRED) alors qu'il lui était égal selon ses dires que […] dépose ou non une offre, […] a répondu qu'il ne s'était rien dit lors du premier téléphone et que la discussion lors de la journée de l'ATRED n'était pas aboutie.[247] Sur la question de savoir ce qui était resté ouvert à la suite de la discussion de l'ATRED, […] a répondu *« qu'il […] fasse ce qu'il veut »*.[248]

149. Finalement, à la question de savoir si des informations sur le temps de collecte pour la commune de [...] avait été mentionné ou discuté avec […], […] a répondu qu'il ne s'en souvenait pas,[249] respectivement qu'il ne voyait pas pourquoi il aurait donné des informations.[250]

Deuxième téléphone de […] à […]

150. […] a affirmé qu'il y avait eu un contact téléphonique en tout cas après l'AG de l'ATRED,[251] et que c'est lui qui avait appelé […].[252] La discussion aurait été *« un peu sèche »* et aurait duré moins de 5 minutes.[253] Selon ses propres dires, […] ne s'attendait à rien de spécial lors de cette conversation.[254] Lors de ce téléphone, […] a indiqué à […] qu'il n'avait qu'à faire ce qu'il voulait et, le cas échéant, soumissionner, même si […] n'aurait pas compris qu'il le fasse. […] aurait dit à […]: *« c'est comme si moi j'allais soumissionner à Grône, je n'ai aucune chance, j'ai un désavantage concurrentiel »*.[255] Selon […], l'objectif était de boucler la discussion qui avait débuté lors de l'AG de l'ATRED, et de ne pas partir fâchés.[256]

c. […], audition du 28 avril 2021

151. Sur la question des contacts avec des concurrents dans le cadre de l'appel d'offres de [...], […] a indiqué dans un premier temps qu'il n'y avait pas eu de contacts à sa connaissance et que lui-même s'occupait plutôt de tout ce qui est administratif et financier, ainsi que des ressources humaines.[257]

152. Après que le Secrétariat lui eut présenté l'e-mail de Favre et Studer du […], […] a indiqué qu'il y avait eu un contact informel avec l'entreprise Favre et Studer concernant l'appel d'offres de la commune de [...], car, dans un tel cas, l'entreprise Favre Martigny connaissait les entreprises qui travaillent dans tel ou tel secteur, respectivement elle pouvait estimer les papables pour chaque appel d'offres, vu le rayon d'action de chaque entreprise au niveau de la rentabilité. […] a ajouté que c'est […] qui s'occupait de la voirie et que lui-même n'avait donc pas participé à des discussions, *« pour autant qu'il y en ait eu »*, avec l'entreprise Favre et Studer.[258] Il a ajouté par la suite qu'il savait qu'il y avait eu une discussion par […], mais qu'il n'en connaissait pas la teneur.[259] […] a déclaré penser que la discussion avait eu lieu avec […], soit *« celui qui s'occupe de l'administratif »*.[260]

153. […] a également précisé que l'entreprise Favre Martigny faisait partie de la section Valais de l'ASTAG et que dès lors, l'entreprise était souvent en contact avec d'autres transporteurs. Il a ajouté que l'entreprise Favre Martigny était au courant des appels d'offres et savait qui était susceptible de répondre à quels appels d'offres.[261]

154. Toujours par rapport à l'e-mail du […][262] et en ce qui concerne les éventuels secteurs réservés à chaque entreprise de transport, […] a indiqué qu'il n'existait pas de secteurs réservés et qu'ils ne savent jamais qui allait soumissionner. Ils l'estiment, mais ils ne savent jamais, ce serait toujours une surprise.[263]

d. […], audition du 22 juin 2022

155. En ce qui concerne la soumission de [...] de […], […] a déclaré que c'était principalement […] qui avait fait des déclarations le 29 avril 2021 (voir N 138 ss). Toutefois et concernant la discussion qui avait eu lieu le jour de l'AG de l'ATRED entre […] et […], il découle des déclarations de […] que la discussion aurait duré environ 30 secondes.[264]

B.3.2.2.3 TMR, audition du 21 février 2023

156. […]a déclaré lors de l'audition du 21 février 2023 que TMR avait suivi Favre Martigny pour estimer le temps de collecte mais qu'ils se sont « plantés » car [...] est relativement compliquée au niveau du parcours.[265] Il a encore rajouté que TMR a fait des erreurs dans leurs calculs et qu'ils se sont donc trompés, passant ainsi pour des amateurs.[266]

B.3.2.2.4 Retripa, audition du 21 mars 2023

157. […] a déclaré dans l'audition du 21 mars 2023 que Retripa ne répondait en principe pas aux appels d'offres en Valais lorsque des camions poubelles sont demandés, car Retripa n'en a pas dans cette région. […] a rajouté que Retripa ne l'a fait qu'une fois, pour la commune de [...] et en raison de l'insistance de cette dernière et du fait que Retripa s'occupait déjà de la déchetterie de cette commune. Retripa n'aurait toutefois pas été compétitive, car elle aurait dû faire venir des camions de la zone de Riviera-Chablais.[267]

158. Plus loin dans l'audition, […] a déclaré que l'appel d'offres de [...] n'était pas intéressant pour Retripa.[268] […] a complété en répétant que Retripa n'était pas compétitive et a déposé son offre sur insistance de la part de la commune, qui souhaitait avoir des offres différentes pour avoir de nouvelles idées, de nouvelles options.[269]

[248] A IV.4, l. 349 s.
[249] A IV.4, l. 309, 314 et 367.
[250] A IV.4, l. 367 s.
[251] A IV.4, l. 109 s.
[252] A IV.4, l. 327.
[253] A IV.4, l. 333 et 343.
[254] A IV.4, l. 335.
[255] A IV.4, l. 337 à 341, 371.
[256] A IV.4, l. 351 à 357.
[257] A IV.1, l. 93 à 96.
[258] A IV.1, l. 100 à 111.
[259] A IV.1, l. 115 et 123.
[260] A IV.1, l. 116 à 120.
[261] A IV.1, l. 112 à 114.
[262] A I.1, p. 5 et première annexe à l'annexe 1.
[263] A IV.1, l. 161 à 164.
[264] A IV.4, l. 162 à 164.
[265] A IV.5, l. 265 à 268.
[266] A IV.5, l. 486 à 498.
[267] A IV.6, l. 140 à 150.
[268] A IV.6, l. 189 à 192.
[269] A IV.6, l. 193 à 196.

Selon […], Retripa a essayé de calculer au mieux son offre, et si Retripa l'avait emporté, elle aurait acheté un camion à poubelle et se serait déployée depuis le site de Saillon. L'offre déposée aurait toutefois été calculée en partant du principe que le camion serait déployé du Chablais.[270]

B.3.2.3 Renseignements de tiers

B.3.2.3.1 Déclaration écrite de la commune de [...]

159. Dans son courrier du 6 novembre […], la commune de [...] a déclaré que son Président a pris contact téléphoniquement avec la société Favre et Studer, qui lui a confirmé le contenu de l'e-mail du […].[271] Selon toute vraisemblance, c'est […] qui était au téléphone.[272] Il ressort également du courrier précité que le Conseil communal a ainsi eu des motifs de suspecter une entrave à la concurrence, et a en conséquence décidé de dénoncer le cas auprès du Secrétariat de la COMCO. Le courrier indique au surplus que le marché a finalement été adjugé *« à [Favre Martigny] dont proviennent selon nul doute les pressions émises »,* selon la commune.

160. Selon les réponses au questionnaire du 19 décembre […], la personne ayant répondu du côté de la société Favre et Studer, lors du contact téléphonique susmentionné, avait connaissance de l'e-mail du […]. Elle aurait été très embarrassée par le téléphone en question.[273] L'interlocuteur aurait mentionné qu'il « *ne voulait pas avoir d'histoire* », et aurait demandé à ce que l'e-mail soit supprimé. Comme déjà mentionné, la commune a déclaré que c'était selon toute vraisemblance […] qui était au téléphone.[274]

161. La commune a également répondu qu'elle n'a jamais eu connaissance d'entreprises qui auraient établi une offre sans la retourner, sur une décision de dernière minute. Toujours selon la commune de [...], il paraîtrait par ailleurs évident qu'au moment de prendre la décision de remplir ou non la soumission, le soumissionnaire a d'ores et déjà acquis la certitude de pouvoir assumer le mandat.[275]

162. La commune a jugé que le coût de ce nouveau mandat était quasi similaire à celui du contrat alors en cours de validité avec l'entreprise Favre Martigny.[276] Elle a également ajouté que l'entreprise Favre Martigny connaissait parfaitement son secteur, vu qu'elle y travaillait depuis plus de […]. Selon la commune de [...], il a donc été possible pour Favre Martigny de calculer les prix au plus justes de la réalité du terrain. Toutefois, la différence de prix très linéaire entre l'offre de Favre Martigny et Retripa Valais, qui de surcroit se constate sur tous les tarifs de l'appel d'offres, aurait interpellé la commune[277], ce d'autant plus que la différence avec les deux autres soumissionnaires serait nettement supérieure.[278]

163. Par ailleurs, à la question de savoir pourquoi l'entreprise […] a indiqué un prix unitaire de CHF 1'497.05 tant pour le ramassage des ordures ménagères en montagne que pour le papier et le carton en plaine, la commune a répondu qu'elle ne pouvait pas l'expliquer si ce n'est au motif de simplification au moment de remplir la soumission afin de ne pas trop investir de temps. En outre, le même soumissionnaire aurait indiqué le même prix unitaire pour deux autres positions, soit pour le ramassage du papier et du carton et du verre en montagne.[279]

164. La commune de [...] a également déclaré que l'entreprise […], invitée à déposer une offre, a envoyé un courrier en date du […] pour informer la commune que les exigences demandées pour l'exécution de ces services obligeraient la société à revoir leur fonctionnement technique et administratif. De même, le responsable de l'entreprise […] aurait de son côté déclaré lors d'un appel téléphonique qu'il n'avait pas eu le temps de remplir la soumission dans le délai fixé, étant en cours de changement de responsable.[280]

165. Finalement à la question de savoir s'il existe des restrictions géographiques ou des spécifications réglementaires qui exigent que les entreprises déchargent dans une usine d'incinération spécifique, la commune a répondu que seules les ordures ménagères doivent obligatoirement être remises à la SATOM, société de traitement des déchets avec laquelle la commune de [...] a signé un contrat.[281] N'importe quelle entreprise pourrait toutefois s'occuper des ordures ménagères de la commune de [...], pour autant qu'elle les amène à la SATOM.[282]

B.3.3 Appréciation des preuves

B.3.3.1 Consensus

166. Afin de déterminer s'il existe un consensus entre les parties, il est nécessaire d'examiner les questions de fait suivantes sous ce point:

- Favre SA a-t-elle exprimé une demande à Favre et Studer, si oui qu'elle a été cette demande ?
- Le cas échéant, la demande formulée par Favre Martigny a-t-elle été reçue et comprise par Favre et Studer ?
- Le cas échéant, Favre et Studer SA a-t-elle accepté la demande de Favre SA ?

Demande de Favre Martigny à Favre et Studer

167. Il ressort du dossier que Favre Martigny exécutait le contrat de […] auprès de la commune de [...], contrat qui a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres.[283] Il découle par ailleurs des auditions des parties que Favre Martigny était intéressée à renouveler le contrat qu'elle exécutait déjà, et qu'elle a appris que l'entreprise Favre et Studer

[270] A IV.6, l. 197 à 213.
[271] A I.1, annexe 1.
[272] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 164.
[273] A I.1, annexe 2, réponse à la question 1.
[274] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 164.
[275] A I.1, annexe 2, réponse à la question 6.
[276] A I.1, annexe 2, réponse à la question 13.
[277] A I.1, annexe 2, réponse à la question 15.
[278] A I.1, annexe 2, réponse à la question 20 a.
[279] A I.1, annexe 2, réponse à la question 14.
[280] A I.1, annexe 2, réponse à la question 8 c.
[281] A I.1, annexe 2, réponse à la question 26.
[282] A I.1, annexe 2, réponse à la question 27.
[283] Notamment A IV.3, l. 121 et A I.1, annexe 1.

avait également été invitée à déposer une offre. Dans ce contexte, […] de l'entreprise Favre Martigny a contacté à trois reprises – dont à deux reprises par téléphone – […] de l'entreprise Favre et Studer, qu'il ne connaît que très peu.[284]

168. Il ressort des déclarations des parties lors de leurs diverses auditions qu'il a été discuté de l'appel d'offres de la commune de [...] au plus tard lors du second échange, soit celui ayant pris place à la réunion de l'ATRED le […].[285] Plus que de sonder les intérêts des entreprises pour cet appel d'offres, les deux hommes ont même brièvement discuté des distances et des temps de parcours. Finalement, à la suite de l'assemblée générale de l'ATRED et une dizaine de jours avant le dépôt des offres, fixé au […], […] a à nouveau contacté […] pour lui demander s'il allait déposer une offre. […] lui a dit qu'il allait déposer l'offre et […] a cherché à le décourager de soumissionner en invoquant les distances de parcours. Les esprits se sont échauffés durant ce dernier téléphone. Selon […], c'est à ce moment-là que […] lui a demandé de ne pas déposer d'offre.[286] Suite à cela, […], qui avait pourtant pris toutes les dispositions pour calculer, préparer et déposer une offre en bonne et due forme pour un marché qui l'intéressait, ne l'a pas déposée.[287] Le marché a finalement été à nouveau attribué à l'entreprise Favre Martigny.

169. Il a lieu de s'interroger sur les motivations des démarches de […] de Favre Martigny en se demandant pourquoi il a essayé de contacter trois fois un concurrent. Il est nécessaire d'apprécier ses motivations à l'aune de deux points cruciaux, convergents dans les deux versions: premièrement, […] a contacté […] de Favre et Studer au sujet de l'appel d'offres de [...], alors qu'il ne le connaissait pas. Deuxièmement, les deux concurrents ont discuté des temps de trajet et des distances à parcourir en rapport avec l'appel d'offres de [...].

170. […] a ainsi indiqué que la distance serait un facteur péjoratif pour faire une offre dans un tel cas,[288] et qu'il était « *bête* » de déposer une offre au vu de la distance non productive entre [...] et Grône.[289] En effet, l'entreprise Favre et Studer aurait dû ainsi effectuer – pour les ordures ménagères seulement – le trajet de Grône à [...] à vide, ramasser les déchets à [...], puis aller vider à la SATOM à Monthey, pour finalement rentrer à vide à Grône, ce qui ne serait pas concurrentiel selon […].[290] Il précise qu'un camion de voirie coûte très cher à l'heure en raison du prix de CHF 400'000.- du véhicule, de la consommation de carburant et finalement du salaire horaire de deux à trois personnes, ce à quoi s'ajoute encore la taxe poids lourds au kilomètre.[291] Pour cette raison, il n'aurait eu selon ses dires pas trop de soucis avec la concurrence de l'entreprise Favre et Studer.[292] […] aurait pu déposer une offre, mais pour être concurrentiel, il aurait dû déposer une offre à perte selon […].[293] Ainsi, […] s'intéressait au renouvellement du marché de [...] et il ne souhaitait pas que […] soumissionne, notamment au vu des risques qu'une offre à perte soit déposée et qu'il perde le marché alors que son concurrent engrangerait des pertes. C'est dans ce sens qu'il faut apprécier les discussions qui ont eu lieu sur les temps de trajet et les distances à parcourir.

171. Or, cette distance supplémentaire ne semblait pas poser de problème particulier à […], qui totalise 25 ans d'expérience dans le domaine[294] et qui souhaitait attaquer ce marché qui l'intéressait[295] tout en étant tout à fait conscient des questions de distance.[296] […] a par ailleurs expressément indiqué que pour un gros marché, il était prêt à attaquer et à délocaliser des véhicules pour essayer de remporter le marché.[297] On ne voit pas pourquoi il n'en irait pas de même pour l'entreprise Favre et Studer. Par ailleurs, la question de la distance pour aller vider à la SATOM à Monthey n'est pertinente qu'en ce qui concerne les ordures ménagères incinérables, alors que le marché de [...] portait également sur la collecte d'autres déchets comme le papier et le carton, le verre, le fer blanc ou encore l'aluminium de ménage, dont le lieu de livraison des déchets était laissé au libre choix de l'entreprise (voir N 165). Le marché de [...] portait en outre également sur la location de bennes.[298]

172. Par ailleurs, il ressort également du dossier que deux concurrents dans le Valais central, soit […] et […], se sont excusés auprès de la commune de [...] de ne pas répondre à son invitation. Les deux entreprises ont invoqué en premier lieu des raisons autres que la distance supplémentaire engendrée par l'obligation de remettre les déchets à la SATOM (N 164). Il ne peut être exclu que le fait d'opérer hors giron de la SATOM permette d'expliquer le renoncement de ces deux entreprises à déposer une offre; il ne s'agissait cependant pas du facteur décisif vu qu'il n'a pas été mis en premier plan lors de leurs échanges avec la commune de [...]. Finalement, dans son e-mail du […], l'entreprise Favre et Studer ne mentionne même pas la distance supplémentaire à parcourir mais bien plutôt les pressions des entreprises du Bas-Valais.[299]

173. De son côté, […] a indiqué clairement et de manière cohérente dans les deux auditions que Favre Martigny lui a effectivement demandé de ne pas déposer son offre. Cela correspond également à la teneur de l'e-mail du […], dans lequel Favre et Studer indique ne pas avoir déposé son offre « *suite à des pressions de transporteurs du Bas-Valais* ».

[284] A IV.3, l. 72 s.
[285] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 134 à 136 et 251 à 218; A IV.3, l. 100 à 108; A IV.4, l. 79 à 100, 445 s.
[286] A IV.3, l. 104.
[287] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 145 à 149 et 188 s.
[288] A IV.4, l. 78 à 81, ainsi que 99.
[289] A IV.4, l. 111 à 116.
[290] A IV.3, l. 81 à 87.
[291] A IV.3, l. 88 à 91; A IV.1, l. 155 ss.
[292] A IV.3, l. 88 à 92.
[293] A IV.4, l. 243 s.
[294] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 71 s.
[295] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 148 s., 238 s. et 347 à 351.
[296] Dossier 24-0163, A XI.A.3, l. 283 à 286; dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 164 à 167, 392 à 395 et 401 à 403.
[297] A IV.1, l. 186 s.
[298] A V.20.
[299] A I.1, p. 5 et première annexe à l'annexe 1.

174. En conclusion, il est retenu que […] a très bien compris ce que […] voulait de lui et l'a expliqué de manière cohérente lors de ses deux auditions: […] voulait conserver le marché de [...] et a demandé à […] de ne pas déposer d'offre pour ce marché. Ce dernier a d'ailleurs encore indiqué que les démarches de […] ont influencé sa décision de ne pas déposer d'offre au final,[300] ce qui correspond aux autres moyens de preuve, soit l'e-mail du […] et les déclarations de la commune. Cela démontre que Favre Martigny a demandé à Favre et Studer de ne pas déposer son offre.

Réception de la demande par Favre et Studer

175. Au vu des éléments du dossier et notamment des déclarations de […], il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que […] a effectivement reçu la demande de Favre Martigny et qu'il l'a comprise. Les déclarations de […] sont sur ce point cohérentes et crédibles. Elles se recoupent entièrement avec l'e-mail du […] et les déclarations de la commune de [...].

Acceptation de la demande de Favre Martigny

176. Suite à l'appel d'offres du […] de la commune de [...], […] a calculé et complété une première offre à l'intention de la commune de [...]. Il l'a en outre signée et datée du […].[301] Par courrier de la commune de [...] du […], celle-ci a répondu aux questions des potentiels soumissionnaires en apportant un certain nombre de corrections à son appel d'offres du […].[302] Malgré le contact de […] lors de l'AG de l'ATRED du […] (N 168), […] a calculé et complété une seconde offre à l'intention de la commune de [...]. Il l'a en outre signée et datée du […].[303]

177. Selon les déclarations de […], il a adapté sa seconde offre en considérant certains coûts supplémentaires car il avait constaté qu'il ne couvrait pas ses coûts avec sa première offre.[304] Ainsi, pour calculer la distance et le temps d'exécution de la tournée de la commune de [...], […] s'est rendu – entre le calcul des deux offres – en voiture à [...] pour situer les points de collecte ainsi que calculer le kilométrage.[305] Il a en outre expressément indiqué qu'il avait la volonté de déposer la seconde offre,[306] et qu'il était intéressé à développer son entreprise en gagnant des parts de marché, ce que savait […].[307] Finalement, il est relevé que […] a expressément indiqué dans son e-mail du […] à la commune de [...] qu'il avait établi une offre, mais qu'il avait finalement décidé de ne pas la transmettre *« suite à des pressions de transporteurs du Bas-Valais et afin de préserver les secteurs d'activités de chacun »* (N 172 s.).

178. Il ressort de ce qui précède que […] a pris la peine de compléter, calculer, dater et signer non pas une, mais deux offres pour la commune de [...]. Il a par ailleurs expressément écrit à la commune de [...] qu'il avait établi une offre. Ces éléments ressortent des pièces au dossier et soutiennent les déclarations de […] selon lesquelles il avait la volonté de déposer la seconde offre et qu'il avait informé […] en ce sens. Au vu des éléments du dossier, il est retenu que […] avait la volonté concrète de déposer son offre, et qu'il ne l'a finalement pas déposée suite aux démarches de […].[308] Par conséquent, […] a accepté au moins tacitement la demande de son concurrent en ne déposant finalement pas son offre.

Conclusion intermédiaire

179. Vu les éléments du dossier et vu ce qui précède, il est établi sans doute raisonnable qu'un consensus naturel est intervenu entre Favre Martigny et Favre et Studer afin qu'ils se coordonnent dans le cadre de l'appel d'offres de [...]. Concrètement, Favre Martigny a demandé – quelle qu'en soit la manière – à sa concurrente Favre et Studer de ne pas déposer d'offre pour la soumission de [...]. L'entreprise Favre et Studer a compris la demande et s'y est conformée malgré le fait qu'elle était déjà sérieusement engagée dans le processus de soumission.

B.3.3.2 But poursuivi

180. Comme établi ci-dessus (N 125 ss), les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer ont convenu de se coordonner dans le sens où l'entreprise Favre et Studer a renoncé à déposer son offre en répondant à la demande de Favre Martigny. Une telle coordination vise de façon inhérente à éliminer la concurrence entre les parties concernées. Dans un tel contexte, l'affirmation de […] que cela ne lui apportait rien d'avoir une offre de moins dans le cadre de la soumission de [...][309] n'est pas crédible. Lorsqu'une entreprise concurrente est éliminée dans une soumission suite à une coordination de comportement, cela renforce inévitablement la position de l'autre entreprise intéressée par l'exécution du projet. Il est ainsi établi que le comportement des entreprises Favre Martigny et Favre et Studer avait pour but de ne pas se faire concurrence lors de l'appel d'offres de la commune de [...].

B.3.3.3 Mise en œuvre et effets

181. Il ressort du courrier de la commune de [...] du 6 novembre […] que le marché a finalement été attribué à l'entreprise Favre Martigny,[310] et que l'entreprise Favre et Studer n'a pas déposé d'offre, comme le confirme par ailleurs l'e-mail envoyé par […] à la commune de [...] en date du […].[311] Il est ainsi établi que l'entreprise Favre et Studer a respecté la coordination de comportement prévue en ne déposant pas d'offre auprès de la commune de [...], et que les deux entreprises ne se sont pas fait concurrence lors de cet appel d'offres.

B.3.4 Résultats de l'administration des preuves

182. Au vu de ce qui précède, il est établi qu'il existait un consensus entre les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer pour coordonner leurs comportements dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...]. Concrètement, l'entreprise Favre Martigny a demandé à l'entreprise Favre et Studer de ne pas déposer d'offre,

[300] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 247 à 249.
[301] A III.B.3; dossier 24-0163, XI.A.3, l. 106.
[302] A III.B.4.
[303] A III.B.5; dossier 24-0163, XI.A.3, l. 106.
[304] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 261 à 270.
[305] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 278 à 280.
[306] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 313 à 315.
[307] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 347 à 353.
[308] Dossier 24-0163, A XI.A.7, l. 247 à 249.
[309] A IV.3, l. 173 à 175.
[310] A I.1, annexe 1.
[311] A I.1, p. 5 et première annexe à l'annexe 1 à la Demande au Président.

ou en tout cas a tout fait pour lui faire comprendre sans doute possible qu'elle ne souhaitait pas que l'entreprise Favre et Studer dépose une offre. L'entreprise Favre et Studer a compris cette demande et n'a pas déposé son offre suite aux démarches de Favre Martigny, alors qu'elle avait rédigé une offre à deux reprises et qu'elle était engagée dans le processus d'appel d'offres. Par leur comportement, les deux entreprises avaient ainsi l'intention de ne pas se faire concurrence sur ce marché public et l'entreprise Favre Martigny a finalement remporté le marché.

B.4 Soumission de Fully (2013)

183. La commune de Fully, située en Bas-Valais, a organisé un appel d'offres (procédure ouverte) en 2013 pour l'exploitation de la déchetterie communale et la prise en charge de déchets aux points de collectes. Seule l'entreprise Retripa a déposé une offre remportant ainsi le marché.[312]

184. Lors des recherches électroniques dans les documents saisis, des indices sont apparus selon lesquels l'entreprise Retripa aurait sondé des concurrents potentiels quant à leur intérêt pour l'appel d'offres susmentionné. Ces indices sont présentés ci-après.

B.4.1 Objet de la preuve

185. Dans les considérants qui suivent, il s'agit d'examiner les rapports entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR pour la soumission de Fully. Il s'agit en particulier de se demander:

- si Retripa était capable de répondre à l'ensemble des exigences de l'appel d'offres (N 206 ss);
- si d'autres transporteurs étaient capables de répondre à l'ensemble des exigences de l'appel d'offres, en particulier, s'ils étaient capables de gérer une déchetterie (N 208 ss);
- si Retripa a réellement demandé plusieurs offres de sous-traitance pour la collecte du papier et du carton (N 211 ss);
- si Retripa a sondé les intérêts d'autres transporteurs pour le marché à titre principal en les appelant (N 215).

B.4.2 Moyens de preuve

B.4.2.1 Pièces

186. Pour examiner les questions de fait pertinentes pour le cas d'espèce, l'autorité se fonde sur les pièces suivantes:

- Rendez-vous du 28 août 2013 « *Dîner avec* […] *de Retripa* » du calendrier de […].[313]
- E-mail du 29 août 2013, 9h47, de […] à […] concernant la soumission de Fully.[314] L'e-mail a la teneur suivante: « *Salut […], Selon notre entretien d'hier pour la commune de Fully collecte papier, Passage régulier 2x par semaine ramassage de 11 molocks, Moyenne de la tournée 2.9 tonnes à 3.5 tonnes, J'espère que tu as toutes les indications nécessaires pour me transmettre une offre, Ps il me faudrait aussi le libellé de ton camion selon la demande dans le dossier annexe Q2, Avant de l'envoyer je te contacterai car je pense qu'il est bon que plusieurs soumissions rentrent, Et au final, parole de Corses 😊 si je décroche le job tu auras la collecte papier* ».
- E-mail du 4 septembre 2013, 11h22, de […] à […] concernant la soumission de Fully.[315] L'e-mail a la teneur suivante: « *Salut, Comment vas-tu, […], Je continue à creuser de mon côté, TMR se retire selon tél de ce jour, Perraudin et Primaz non plus, Fleutry idem, A suivre* ».
- Réponses du 5 août 2022 de la commune de Fully à la demande d'entraide administrative du Secrétariat.[316]
- Réponses au questionnaire du 9 mai 2023 des entreprises Fleutry SA[317], P & L Perraudin Transports SA[318], Samuel Rossier Transports SA[319] et Primfer SA[320].

B.4.2.2 Renseignements des parties

B.4.2.2.1 […] pour l'entreprise Favre Martigny

187. Lors de l'audition du 22 juin 2022, […] a déclaré qu'il ne se rappelait pas si la réunion avec […] avait eu lieu, respectivement qu'il ne pouvait confirmer si elle avait eu lieu ou non.[321] […] a ensuite expliqué que Retripa avait demandé à Favre Martigny un prix pour la collecte du papier et que le formulaire Q2, que les sous-traitants doivent remplir, contient une description des véhicules utilisés.[322] […] a précisé que Retripa n'avait pas de véhicule de collecte sur place en Valais et qu'on [Retripa] leur demande si on [Favre Martigny] pouvait se charger de la collecte.[323]

188. […] a rajouté que Favre Martigny préférait se charger seulement du transport,[324] qu'il pensait que la sous-traitance était autorisée pour cet appel d'offres et que la commune de Fully avait été informée du rapport de sous-traitance entre Retripa et Favre Martigny.[325] A la question de savoir comment l'offre de sous-traitance a été envoyée à Retripa, […] a répondu que normalement une lettre écrite est envoyée par poste.[326]

189. Lorsqu'il a été demandé à […] ce que […] voulait dire en écrivant « *avant de l'envoyer, je te contacterai car je pense qu'il est bon que plusieurs soumissions rentrent* », il a répondu qu'il […] attendait d'autres offres de sous-traitance car il ne pensait pas qu'il […] n'ait demandé de telles offres qu'à Favre Martigny.[327] […] aurait communiqué à […] qu'il attendait d'autres offres

[312] A V.A.21.
[313] A III.A.91 & 92.
[314] A III.A.93.
[315] A III.A.94.
[316] A V.A.21.
[317] A V.C.5.
[318] A V.C.6.
[319] A V.C.7.
[320] A V.C.8.
[321] A IV.4, l. 528 à 534.
[322] A IV.4, l. 576 à 578.
[323] A IV.4, l. 579 à 580.
[324] A IV.4, l. 595 à 598.
[325] A IV.4, l. 606 à 609.
[326] A IV.4, l. 617 à 621.
[327] A IV.4, l. 622 à 626.

de sous-traitance pour mettre la pression au niveau des prix. L'expression « *parole de corse* » serait une plaisanterait entre eux due à l'apparence de […] et […] a encore rajouté que cela voulait dire qu'il fallait prendre les promesses de […] avec des pincettes.[328]

B.4.2.2.2 […] pour l'entreprise TMR

190. Lors de l'audition du 21 février 2023, […] a déclaré que la personne de contact de TMR que […] a appelée devait être soit […], soit […] mais qu'il pensait que c'était plutôt […].[329] A la question de savoir pourquoi TMR n'a pas soumissionné pour l'appel d'offres de Fully, […] a répondu que cela n'aurait servi à rien de faire une offre à Fully car les chances de TMR auraient été proches de zéro. La structure financière de l'époque n'aurait pas offert de chiffres assez précis pour ce genre de calculs.[330] […] a encore déclaré qu'il ne savait pas si Retripa avait demandé une offre de sous-traitance à TMR, vu qu'il venait de commencer à travailler pour l'entreprise TMR.[331]

191. A la question de savoir si TMR était intéressée par la soumission mais qu'elle s'est retirée comme indiqué dans l'e-mail de […] du 4 septembre 2013, […] a déclaré: « *Je crois qu'on a fait l'analyse, et on est arrivé à la conclusion que ça ne valait pas la peine* ».[332] Il a en outre déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'appeler ses potentiels concurrents dans le domaine de la collecte et du transport de déchets pour discuter de leurs intérêts. Quant à savoir si lui-même appelait ses concurrents pour les sonder, il a répondu qu'une analyse est faite mais que TMR n'appelle pas ses concurrents pour savoir s'ils sont intéressés et ne se renseigne pas activement.[333]

192. En réponse aux questions adressées suite à l'audition du 21 février 2023, TMR a indiqué qu'elle ne possédait un camion poubelle équipé d'un système de compression que depuis le 15 juin 2015.[334] Elle a également indiqué ne pas savoir si l'entreprise P & L Perraudin Transports SA était active dans le domaine de la voirie, ni si elle gérait des déchetteries ou avait des véhicules propres à la voirie.[335] TMR a apporté les mêmes réponses en ce qui concerne l'entreprise Primfer SA.[336] Enfin, TMR a indiqué qu'à sa connaissance, l'entreprise Fleutry n'avait pas de camion poubelle ou de camion à compression en 2011.[337]

B.4.2.2.3 […] et […] pour l'entreprise Retripa

193. Lors de l'audition du 21 mars 2023, […] a expliqué que la soumission de Fully comprenait en partie la collecte du verre et du papier/carton à côté de la gestion de la déchetterie et que Retripa n'était pas en mesure d'effectuer elle-même la collecte du papier. Par conséquent, il aurait approché l'entreprise Favre Martigny car cette dernière effectuait déjà la collecte des ordures ménagères de la commune de Fully et qu'elle avait donc toute la connaissance du territoire et des emplacements des moloks pour faire une offre compétitive de sous-traitance.[338] Il a également rajouté avoir mangé une fois avec […], à l'initiative de Retripa.[339] Il a également indiqué que la plus grosse partie de l'appel d'offres concernait la déchetterie, ce qui est très spécifique et explique pourquoi Favre Martigny n'aurait pas eu d'intérêt préalable à ce marché et pourquoi Retripa a été la seule à déposer une offre, en plus de la proximité géographique avec Saillon.[340]

194. […] a précisé que si Retripa n'avait pas eu de sous-traitant, elle n'aurait pas pu déposer d'offre et que TMR était également une autre option pour faire la collecte.[341]

195. […] a expliqué que le « *l'* » dans « *Avant de l'envoyer, je te contacterai* » fait référence à l'offre de Retripa. Il aurait contacté à nouveau […] pour finaliser son offre, ce qu'il ferait d'ordinaire par téléphone.[342] A la question de savoir ce que […] entendait par « *il serait bon que plusieurs soumissions rentrent* », […] a répondu qu'il entendait plusieurs offres de sous-traitance pour cette collecte tout en ajoutant que la commune pouvait remettre en soumission si une seule offre était déposée selon ses connaissances des marchés publics.[343] A la question de savoir s'il voulait proposer plusieurs offres de sous-traitance à la commune, il a répondu qu'il aurait pris la moins chère pour l'intégrer dans son calcul, qu'il a contacté toutes les entreprises mentionnées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 mais qu'aucune n'a eu la volonté de lui répondre.[344] En outre, le sobriquet du « *corse* » serait dû à son apparence et n'aurait aucune signification, hormis que sa parole constituerait un engagement sérieux vis-à-vis de […].[345]

196. […] a en outre révélé que Retripa n'a pas essayé de sous-traiter le verre à un transporteur et que seul le papier devait être sous-traité car Retripa n'avait pas de camion à compression pour le papier.[346] A la question de savoir s'ils savaient que la sous-traitance était interdite dans les documents de l'appel d'offres, […] a déclaré qu'il ne s'en souvenait plus, mais qu'il avait dû informer le chef de la voirie que Favre Martigny se chargerait de la collecte du papier.[347] A ce sujet, […] a précisé que la commune aurait réclamé, étant donné que les camions de Favre Martigny sont reconnaissables.[348]

197. A la question de savoir pourquoi se rencontrer pour discuter de la soumission de Fully, […] a dit que c'était un moment de partage sans plus et que c'était plus agréable. […] a expliqué en sus que lorsqu'on prend quelqu'un en sous-traitance, on lui demande s'il est intéressé à ce travail et que les gens aiment bien discuter

[328] A IV.4, l. 632 à 636.
[329] A IV.5, l. 567 à 570.
[330] A IV.5, l. 576 à 582.
[331] A IV.5, l. 583 à 585.
[332] A IV.5, l. 594 à 597.
[333] A IV.5, l. 607 à 615.
[334] A I.60, réponses 1 et 2.
[335] A I.60, réponses 5 à 7.
[336] A I.60, réponses 15 à 17.
[337] A I.60, réponse 11.
[338] A IV.6, l 436 à 445.
[339] A IV.6, l 446 à 450.
[340] A IV.6, l 451 à 455.
[341] A IV.6, l 463 à 464.
[342] A IV.6, l 456 à 462.
[343] A IV.6, l 465 à 471.
[344] A IV.6, l 472 à 477.
[345] A IV.6, l 478 à 482.
[346] A IV.6, l 483 à 491.
[347] A IV.6, l 492 à 504.
[348] A IV.6, l 495 à 496.

face à face car la sous-traitance n'est pas habituelle.[349] Il n'y aurait aucune autre collaboration avec Favre Martigny pour le transport de déchets.[350] […] a déclaré qu'il a contacté le responsable des transports de TMR (il ne se souvenait plus du nom de la personne occupant ce rôle à l'époque) et que ce n'était pas […] ni […], et qu'il souhaitait avoir une offre pour la collecte du papier comme pour les autres entreprises en raison de leur proximité géographique.[351]

198. A la question de savoir pourquoi il avait communiqué à […] que différentes entreprises se retiraient, […] a répondu qu'il lui avait déjà donné son prix tandis que […] a précisé qu'ils ne savaient pas si d'autres entreprises étaient intéressées pour l'appel d'offres.[352] […] a répondu par oui à la question de savoir s'il pouvait déduire de l'absence d'intérêt pour une offre de sous-traitance l'absence d'intérêt pour le marché à titre principal de la part des entreprises contactées. Lors de la relecture, il a jugé opportun de rajouter que cela n'était pas forcément le cas, car avec certains transporteurs, on n'était pas sûr qu'ils avaient réellement une absence d'intérêt.[353] Il a en outre affirmé être sûr d'avoir reçu le prix de Favre Martigny avant d'envoyer l'e-mail du 4 septembre 2013 et que les entreprises listées dans l'e-mail sont toutes celles qu'il a contactées.[354]

199. En réponse aux questions adressées suite à l'audition du 21 mars 2023, Retripa a indiqué ignorer si Primfer SA effectuait des services de voirie.[355] Elle a également indiqué qu'à sa connaissance, l'entreprise P & L Perraudin Transports SA effectuait des services de voirie, mais qu'elle ignorait si elle gérait des déchetteries.[356]

B.4.2.3 Renseignements de tiers

B.4.2.3.1 Assistance administrative de la commune de Fully

200. Il ressort de l'assistance administrative que Retripa était la seule entreprise à avoir déposé une offre, à hauteur de CHF […] CHF par habitant hors TVA en date du 11 septembre 2013 pour l'ensemble du marché.[357] La valeur de la collecte et du transport pour le papier/carton s'élève à CHF […] et, vu que le nombre d'habitants est d'environ 8'200, la prestation par habitant et par année pour la collecte et le transport du papier/carton s'élève à CHF […]. Ainsi, la valeur de la sous-traitance du papier/carton se monte à environ 7 % de l'ensemble du marché hors taxes (soit CHF […] divisé par CHF […] et multiplié par 100 pour en obtenir le pourcentage).[358]

201. La sous-traitance était interdite selon les documents de l'appel d'offres (voir cahier des charges, point 3.10).[359] Selon le contrat signé avec Retripa, la sous-traitance est également interdite au vu de l'article 8. Si elle peut être autorisée, elle doit constituer l'exception et être mise en place seulement si d'autres solutions ne peuvent être trouvées.[360]

B.4.2.3.2 Réponses de l'entreprise Fleutry SA

202. L'entreprise Fleutry SA, à Fully, a indiqué ne pas effectuer de collecte de déchets et ne pas disposer d'un camion à compression pour le ramassage des ordures ménagères et/ou du papier et carton.[361] Elle a également ajouté ne pas gérer de déchetterie, ni de centre de tri ou de transfert.[362]

B.4.2.3.3 Réponses de l'entreprise P & L Perraudin Transports SA

203. L'entreprise P & L Perraudin Transports SA, à Saillon, a indiqué effectuer de la collecte d'ordures ménagères depuis 2019 pour la commune de Saillon et détenir, également depuis 2019, un camion à compression pour le ramassage des ordures ménagères.[363] Elle a également ajouté ne pas gérer de déchetterie ni de centre de tri ou de transfert.[364]

B.4.2.3.4 Réponses de l'entreprise Samuel Rossier Transports SA

204. L'entreprise Samuel Rossier Transports SA, au Châble, a indiqué effectuer de la collecte d'ordures ménagères et de papier/carton depuis 2013, et posséder des camions pour les ordures ménagères depuis le 1er janvier 2013.[365] Elle a également ajouté gérer un centre de transfert et un centre de tri, mais pas de déchetterie.[366]

B.4.2.3.5 Réponses de l'entreprise Primfer SA

205. L'entreprise Primfer SA, à Dorénaz, a indiqué ne pas effectuer de collecte de déchets et ne pas disposer d'un camion à compression pour le ramassage des ordures ménagères et/ou du papier et carton.[367] Elle a également ajouté gérer un centre de transfert, mais pas de déchetterie, ni de centre de tri.[368]

B.4.3 Appréciation des preuves et des renseignements

B.4.3.1 Capacité de Retripa à répondre aux exigences du marché

206. Afin de collecter le papier/carton, il convient d'utiliser un camion à compression comme pour les camions destinés au ramassage des ordures. En effet, le papier et le carton prennent rapidement du volume pour peu de poids et il est nécessaire de l'écraser, respectivement de le compresser pour optimiser le transport. En outre, cette logique de compression n'est pas nécessaire pour le verre, ce qui explique pourquoi Retripa n'a pas cherché à sous-traiter la collecte du verre. Vu que

[349] A IV.6, l 505 à 511.
[350] A IV.6, l 518 à 523.
[351] A IV.6, l 537 à 549.
[352] A IV.6, l 602 à 607.
[353] A IV.6, l 609 à 613.
[354] A IV.6, l 618 à 624.
[355] A I.58, réponse 4.
[356] A I.58, réponses 9 et 10.
[357] A V.21, p. 33.
[358] A V.21, p. 32.
[359] A V.21, p. 19.
[360] A V.21, p. 9.
[361] A V.C.5, réponse aux questions 2 et 5.
[362] A V.C.5, réponse aux questions 7, 9, 11 et 13.
[363] A V.C.6, réponse aux questions 2 à 4.
[364] A V.C.6, réponse aux questions 7, 9, 11 et 13.
[365] A V.C.7, réponse aux questions 2 et 5.
[366] A V.C.7, réponse aux questions 7, 9, 11 et 13.
[367] A V.C.8, réponse aux questions 2 et 5.
[368] A V.C.8, réponse aux questions 7, 9, 11 et 13.

Retripa n'avait pas de camion permettant la compression avant 2018 en Valais, elle devait donc collaborer avec une entreprise qui en possédait un. L'investissement spécifique d'un camion à compression pour le ramassage du papier spécifiquement pour la commune de Fully n'aurait pas été justifié, vu la faible valeur de la prestation.

207. En conclusion, il est retenu que Retripa n'avait pas de camion à compression et donc pas la capacité de prendre en charge cette partie du marché sans recours à une coopération ou une sous-traitance. En outre, cette partie du contrat représente un volume faible par rapport à l'ensemble du contrat (environ 7 %), la gestion de la déchetterie y occupant un poste prépondérant.

B.4.3.2 Capacité des transporteurs à gérer une déchetterie

208. Selon Retripa, gérer une déchetterie nécessite un personnel spécialisé ainsi que des machines adaptées pour la gestion de la déchetterie. Toutefois, cela n'empêche en rien une entreprise faisant principalement du transport de se développer et d'investir pour gérer une déchetterie. Retripa a également indiqué que Samuel Rossier Transports SA, une entreprise essentiellement axée sur le transport de déchets et de marchandises, gérait au moins une déchetterie. En outre, la soumission de Fully était un contrat d'au minimum 5 ans d'une valeur de moins de 2 millions, pouvant par la suite être renouvelé d'année en année.

209. Considérant la somme en jeu ainsi que la durée, d'autres transporteurs auraient pu être tentés de déposer une offre, ce que […] confirme en disant qu'il ne savait pas quelles autres entreprises auraient pu déposer une offre.[369] Lors de la relecture, […] l'a d'ailleurs également confirmé: il ne pouvait pas déduire entièrement de l'absence d'intérêt pour une offre de sous-traitance, l'absence d'intérêt pour le marché à titre principal.[370] Par conséquent, certaines entreprises de transporteurs contactés auraient pu être intéressées par le marché à titre principal. Finalement, certains transporteurs – dont Favre Martigny – disposent également de sites de transfert ou de tri des déchets. Ils ne peuvent être tenus comme complètement étrangers à la gestion d'une déchetterie, qui est au demeurant un centre de tri de déchets pour des personnes privées.

210. Il est retenu qu'une entreprise de transport peut – moyennant un investissement – gérer une déchetterie.

B.4.3.3 Demande de plusieurs offres de sous-traitance

211. Une question pertinente en fait demeure de savoir si Retripa a effectivement sollicité plusieurs offres de sous-traitance. En effet, lorsque confronté pour la première fois avec l'expression « *il serait bon que plusieurs soumissions rentrent* », […] a interprété cela comme devant être plusieurs offres de sous-traitance que Retripa aurait requises.[371] Or, sur l'ensemble des déclarations concernant la commune de Fully, […] ne se rappelle guère des évènements qui se sont produits mais parvient très bien à se rappeler de la signification à apporter à « *plusieurs soumissions* » dans l'e-mail du 29 août 2013. […] a quant à lui été peu clair dans ses déclarations en indiquant que cela se rapportait à des offres de sous-traitance mais que la commune pouvait annuler la soumission si une seule offre était présentée lors de la soumission. Or, à la question de savoir s'il aurait proposé à la commune plusieurs offres de sous-traitance, […] a répondu que non et qu'il aurait présenté seulement l'offre la moins chère. On ne comprend pas bien en quoi […] aurait donc souhaité que rentrent plusieurs soumissions et pourquoi il a communiqué à […], son sous-traitant avec lequel il a mangé la veille pour précisément discuter de la sous-traitance, qu'il souhaite obtenir plusieurs offres de sous-traitance. Cela ne tient guère debout comme explications d'autant que les mots choisis « *plusieurs soumissions* » font précisément référence aux offres déposées dans le cadre de la soumission et non à de la sous-traitance. Ainsi, le terme de « *plusieurs soumissions* » devait se rapporter au nombre d'offres lors du dépôt final et non à des offres de sous-traitance.

212. En outre, […] a rencontré […] pour discuter de la sous-traitance, ce qu'il n'a pas fait avec d'autres potentiels concurrents. Sur ce point, […] délivre un élément de compréhension essentiel: il est nécessaire de discuter face à face de la sous-traitance, respectivement de l'intérêt d'une telle démarche car il s'agissait de quelque chose d'inhabituel (pour Retripa). […] a précisé d'emblée que Favre Martigny connaissait déjà le territoire et qu'il se serait engagé envers […] en lui donnant sa parole. A la question de savoir si TMR était intéressée à la soumission, […] a répondu qu'il pensait que TMR avait fait l'analyse pour le marché principal mais qu'elle avait conclu que cela ne valait pas la peine. Ainsi, […] a appelé les entreprises listées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 non pas tant pour leur demander une offre de sous-traitance mais bien plutôt pour sonder leurs intérêts sur le marché principal (selon toute vraisemblance sous prétexte de demander une offre de sous-traitance). Par ailleurs, cela ne ferait pas de sens d'indiquer à […] toutes les entreprises qu'il aurait contactées pour une offre de sous-traitance, en particulier après s'être engagé envers […]. Au contraire, il était intéressant pour […] de savoir qu'il y aurait peu d'offres déposées pour le marché à titre principal, ce qui implique que les chances de Favre Martigny d'obtenir la collecte papier/carton n'étaient que plus grandes.

213. Un autre élément de fait permet de trancher cette question définitivement. Retripa a déclaré qu'elle ne pouvait pas se charger de la collecte de papier faute de camion à compression et que donc elle devait sous-traiter ce travail. Selon les déclarations de […], il aurait pris contact avec les entreprises listées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 pour obtenir une offre de sous-traitance, soit TMR, Fleutry, Primaz et Perraudin (faisant référence à P & L Perraudin Transports SA et non à l'entreprise Perraudin laquelle a fusionné avec Retripa). Par conséquent, il y a lieu de se demander si ces entreprises étaient capables d'effectuer l'offre de sous-traitance nécessaire pour Retripa, soit la collecte papier/carton avec un camion à compression. TMR en était

[369] A IV.6, l 602 à 607.
[370] A IV.6, l 609 à 613.
[371] A IV.4, l 622 à 626.

capable. A juste titre, […] confirme que cette entreprise aurait pu être une option. Quant à Primaz, il s'agit d'une des rares entreprises qui gère également un centre de transfert, mais ne serait pas active dans le domaine de la voirie, et par conséquent capable de directement concurrencer Retripa sur le marché à titre principal. Finalement, Fleutry ou P & L Perraudin Transports SA n'effectuaient à l'époque pas de prestations de voirie et ne disposent par conséquent pas de camion à compression. Par conséquent, seule TMR aurait satisfait les exigences nécessaires pour déposer une offre de sous-traitance pour la collecte papier/carton. En résumant, les éléments suivants ne plaident pas en faveur de l'explication basée sur les offres de sous-traitance:

- une rencontre (plus qu'un coup de téléphone) est préférable pour discuter d'un travail en sous-traitance, alors que les entreprises autres que Favre Martigny ont toutes été contactées par téléphone;
- […] s'était engagé envers […] en lui donnant sa parole;
- Favre Martigny était intéressante car elle connaissait déjà le terrain;
- TMR aurait analysé l'ensemble du marché;
- le vocabulaire de l'e-mail se réfère à des « soumissions » et non pas à des offres de sous-traitance;
- cela n'aurait fait guère de sens de communiquer à […] que d'autres entreprises n'avaient pas d'intérêt pour la sous-traitance;
- lors de la relecture, […] a précisé qu'on n'était jamais sûr que les entreprises ne soient pas intéressées au marché à titre principal;
- TMR aurait été capable de faire une offre pour la collecte du papier alors que Fleutry, Primfer et P & L Perraudin Transports SA en auraient été incapables.

214. Vu ce qui précède, il n'y a guère de doute possible sur le fait que […] a appelé les entreprises listées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 à tout le moins pour sonder leurs intérêts sur le marché à titre principal.

B.4.3.4 Sonder et discuter les intérêts d'autres concurrents potentiels

215. Vu que […] n'a pas appelé les concurrents potentiels listés dans l'e-mail du 4 septembre 2013 pour leur demander une offre de sous-traitance, il les a appelés pour s'enquérir de leurs intérêts pour le marché mis au concours, le cas échéant en prétextant une demande d'offre de sous-traitance. Comme […] l'a confirmé, il pouvait déduire de l'absence d'intérêt pour une offre de sous-traitance, l'absence d'intérêt pour le marché à titre principal.

216. Ainsi, […] a appelé ses concurrents potentiels, ce qui ressort clairement de l'échange d'e-mails avec […] et des considérations qui précèdent. Il a donc communiqué avec d'autres entreprises qui lui ont répondu de manière suffisamment claire pour que […] puisse conclure que ces entreprises n'avaient pas d'intérêts pour le marché en question, ce qu'il a par la suite communiqué à […].

217. Connaissant les intérêts de plusieurs potentiels concurrents, Retripa avait la possibilité d'adapter son comportement sur le marché vu qu'elle n'avait pas encore déposé son offre en date du 4 septembre 2013. En outre, […] a laissé entendre dans son e-mail du 4 septembre 2013 qu'il continuait « *à creuser* » ce qui n'exclut pas d'emblée d'autres contacts. Le fait de connaître les intérêts, respectivement le désintérêt d'un nombre important de potentiels concurrents est une information sensible, laquelle affecte directement le futur. L'ajustement du comportement sur le marché est possible car même si on ne peut jamais l'exclure avec certitude, la crainte, respectivement le risque d'offres concurrentes diminue.

218. A cela s'ajoutent la spécificité du marché et la proximité de Fully avec Saillon, où Retripa est basée, et qui explique selon Retripa qu'elle ait déposé la seule offre pour le marché de Fully. En y ajoutant l'absence d'intérêts de ses concurrents à tout le moins potentiels, Retripa pouvait déduire avec une certaine assurance que son offre serait la seule offre (ou en tout cas la seule offre intéressante) qui serait déposée.

B.4.4 Résultats de l'administration des preuves

219. Au vu de ce qui précède, Retripa et Favre Martigny se sont entendues pour que Favre Martigny calcule une offre de sous-traitance pour Retripa car Retripa n'avait pas de camion à compression pour la collecte du papier/carton. […] s'est engagé à ce sujet en lui donnant sa parole. […] a contacté d'autres potentiels concurrents pour sonder leurs intérêts pour l'appel d'offres en question. Après avoir contacté plusieurs entreprises, […] a communiqué à […] l'absence d'intérêt de concurrents potentiels pour la soumission à titre principal. Après avoir discuté et sondé les intérêts de potentiels concurrents, Retripa a finalement déposé son offre en date du 11 septembre 2013 en sachant que le risque de voir des concurrents potentiels était faible et donc en pouvant adapter son comportement sur le marché.

B.5 Soumission de Martigny-Combe (2019)

220. La commune de Martigny-Combe, située en Bas-Valais, a publié quatre appels d'offres (procédure « sur invitation ») le 11 octobre 2019 concernant les prestations suivantes:

i La collecte des ordures ménagères;

ii Le transport des ordures ménagères;

iii La collecte du verre;

iv. La collecte du papier.[372]

221. Les entreprises Favre Martigny, TMR et Retripa ont été invitées à prendre part à ces quatre appels d'offres, de même que l'entreprise Samuel Rossier Transports SA. Les entreprises Favre Martigny et TMR ont soumis une offre à chacun des quatre appels d'offres de la commune de Martigny-Combe, alors que les entreprises Retripa et Samuel Rossier Transports SA n'ont répondu à aucun de ces appels d'offres.[373]

[372] A V.A.31.
[373] A V.A.31.

222. Le marché de la collecte ainsi que celui du transport des ordures ménagères ont été attribués à l'entreprise TMR, alors que le marché de la collecte du papier et du carton, ainsi que celui de la collecte du verre, ont été attribués à l'entreprise Favre Martigny.[374]

223. Lors des recherches électroniques dans les documents saisis, des indices sont apparus selon lesquels les entreprises Retripa, Favre Martigny et TMR auraient à tout le moins tenté de s'entendre sur le prix d'une partie de la prestation concernée par ces appels d'offres. Ces indices sont présentés ci-après.

B.5.1 Objet de la preuve

224. Dans les considérants qui suivent, il est nécessaire d'examiner les rapports entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de Martigny-Combe, lequel était divisé en quatre lots. Il s'agit d'examiner en détail:

- si les trois entreprises ont eu des contacts préalables au dépôt des offres en rapport avec la soumission de Martigny-Combe (N 236);
- si les entreprises voulaient se mettre d'accord sur des tarifs communs pour le transfert des déchets (N 237 s.);
- si TMR souhaitait sous-traiter une partie de l'appel d'offres à Favre Martigny, le cas échéant quel lot, respectivement quelle partie TMR souhaitait sous-traiter à Favre Martigny (N 239).

B.5.2 Moyens de preuve

B.5.2.1 Pièces

225. Pour examiner les questions de fait pertinentes pour le cas d'espèce, l'autorité se fonde sur les pièces suivantes:

- E-mail du 25 octobre 2019, 7h35, de […] à […], […], […] et en copie à […] concernant Martigny Combe / CTM.[375] L'e-mail a la teneur suivante: « *Chers collègues, j'espère que vous allez bien. L'appel d'offre de Martigny Combe parle déjà du CTM. Nous aimerions voir avec vous comment on veut faire pour calculer le prix pour le transfert des ordures de Martigny à la SATOM, afin d'avoir tous le même tarif. Merci d'avance de votre retour et excellente journée* ».
- E-mail de réponse du 25 octobre 2019, 8h25, de […] à […], […] et […] concernant Martigny Combe / CTM.[376] L'e-mail a la teneur suivante: « *Bonjour à tous, Pour info, la commune de la Combe nous a demandé lors d'une séance […] si il était possible que nous acceptions la livraison d'ordures de concurrents sur notre site (chose que nous avons accepté), celle-ci ne nous a pas parlé de CTM… pour le moment. Nous pensons effectivement que l'on doit se revoir afin de fixer les règles générales et quand l'activité effective débutera* ».
- Réponses du 29 août 2022 de la commune de Martigny-Combe à la demande d'entraide administrative du Secrétariat.[377]

B.5.2.2 Renseignements des parties

B.5.2.2.1 […] pour l'entreprise Favre Martigny

226. Lors de l'audition du 22 juin 2022, […] a déclaré que Favre Martigny n'avait pas déposé d'offres avant cet échange d'e-mails et que la commune de Martigny Combe avait procédé à un appel d'offres particulier en séparant la collecte du transport afin d'optimiser le transport dans une démarche écologique, que […] mentionnait un quai de transfert sur Martigny et que TMR demandait un prix pour leur sous-traiter le transport des ordures (et pas la collecte). […] lui aurait donné un prix différent pour le transport, plus haut que celui de Favre Martigny et que finalement TMR n'a pas sous-traité la partie transport des déchets.[378]

227. […] a précisé la réponse de […] en déclarant que TMR voulait « *qu'on dépose les mêmes prix, mais nous [Favre Martigny] voulions garder la concurrence au niveau du transport, puisque c'est notre domaine. Une fois que le CTM serait entré en activité, les prix seraient identiques à l'entrée et à la sortie* ».[379] Selon […], l'e-mail concernait les ordures ménagères.[380]

228. D'après […], le fait que la commune de Martigny-Combe mentionne le CTM avant même qu'il existe l'a surpris.[381] Il a de plus indiqué plus loin ne plus savoir si le nom « CTM » était mentionné par la commune dans son appel d'offres et a relevé qu'il avait indiqué dans sa réponse que la commune ne mentionnait pas le CTM.[382]

229. A la question de savoir si Retripa avait déposé une offre, […] a fait savoir que Retripa n'avait pas vocation à effectuer la collecte, qu'il s'agissait d'un jugement de valeur de sa part et qu'il entendait par là la collecte « sèche » soit sans location de bennes ou gestion de déchetteries.[383] Il a en outre rajouté que les discussions auraient eu lieu une fois que l'activité effective du CTM aurait débuté et que TMR souhaitait, dans un rapport de sous-traitance du transport des ordures ménagères, que Favre Martigny applique les futurs tarifs du CTM, encore à fixer. […] se serait opposé à cette démarche.[384]

230. Dans ses réponses au questionnaire du 24 novembre 2022, Favre Martigny a indiqué qu'après l'adjudication TMR n'a pas sollicité l'utilisation du Quai Favre pour les ordures ménagères, précisant que leur quai était ouvert à tous.[385] La commune de Martigny-Combe savait que le Quai Favre était en libre accès.[386]

[374] A V.A.31.
[375] A III.A.38.
[376] A III.A.39.
[377] A V.A.31.
[378] A IV.4, l 1037 à 1047.
[379] A IV.4, l 1048 à 1051.
[380] A IV.4, l 1066.
[381] A IV.4, l 1044 s.
[382] A IV.4, l 1073 ss.
[383] A IV.4, l 1055 à 1059.
[384] A IV.4, l 1068 à 1080.
[385] A I.42, p. 13, réponse à la question 17 et 18.
[386] A I.42, p. 14, réponse à la question 20.

Les ordures ménagères de la commune de Martigny-Combe auraient bien plus tard, soit en novembre 2021, transitées par le Quai Favre au prix usuel.[387] Favre Martigny a précisé que le tarif d'entrée des ordures ménagères via le quai correspondait au tarif préalablement pratiqué à TMR soit […].[388]

B.5.2.2.2 […] pour l'entreprise TMR

231. Lors de l'audition du 21 février 2023, […] a déclaré qu'il faisait référence non pas aux ordures ménagères (comme écrit dans l'e-mail), mais au verre et au carton. Le but de la question consistait à déterminer le prix de transport à appliquer du site des Vorziers à l'exutoire, qui était la SATOM, vu qu'il s'agit d'un trajet fixe sur le plan kilométrique.[389] Selon […], l'appel d'offres de la commune de Martigny-Combe parlait déjà du CTM et il a été nécessaire de déterminer si Favre Martigny et TMR allaient passer par le CTM afin d'avoir une réponse cohérente envers la commune, laquelle a pu savoir que les trois entreprises étaient en discussion pour le CTM.[390]

232. […] a confirmé qu'il se référait dans son e-mail aux quatre éléments de l'appel d'offres (verre / papier / transport des ordures ménagères / collecte des ordures ménagères) et que c'est lui qui a pris l'initiative de cet échange.[391] Il lui a semblé correct d'avoir une certaine logique dans la tarification du transport sur ce tronçon, étant donné que les parties allaient faire le transport vers l'exutoire une fois par semaine.[392] En outre, il a affirmé que les prix seraient identiques entre les actionnaires du CTM pour le transport de déchets entre le CTM et l'exutoire dès l'existence du CTM.[393] Il a également précisé que les déclarations de […] en lien avec une sous-traitance sont certainement justes et, sur relecture, il a ajouté que TMR avait discuté avec Favre Martigny mais que les prix de cette dernière pour le transport des ordures ménagères étaient complètement hors circuit.[394] TMR a calculé son offre seule et elle n'a pas collaboré d'une quelconque façon avec Favre Martigny.[395] Après la pause de midi, […] a déclaré spontanément que les ordures ménagères pour toutes les communes sauf Orsières sont déposées au quai de transfert de Favre Martigny au prix de CHF 23.55 la tonne. La commune (de Martigny-Combe) avait demandé des économies et, grâce au passage par le quai de transfert de Favre Martigny, les économies se chiffrent à CHF 1.45 la tonne soit environ 8 % du total.[396]

233. A la question de savoir pourquoi TMR était nettement inférieure à l'offre de Favre Martigny (de 26 %), […] n'a pas caché qu'ils étaient les premiers surpris, que TMR a effectué ses calculs seule et ne fonctionnait pas à perte.[397] A la question de savoir si la partie transport public pourrait subventionner l'activité de voirie, […] a répondu catégoriquement que non.[398] En outre, il a expliqué que, pour le marché de [...], TMR était passée pour une amatrice, car la différence de prix était énorme (plus de [25-40] % par rapport à l'offre de Favre Martigny, voir N 123) et qu'ils ont par la suite analysé cette différence de prix énorme. Il a aussi avancé que la tournée dans la commune de Martigny-Combe s'intègre dans une logique de tournée préexistante pour TMR, que TMR connaissait bien le territoire tandis qu'à [...], il y avait plus de points de collecte.[399]

B.5.2.3 Renseignements de tiers

B.5.2.3.1 Assistance administrative de la commune Martigny-Combe

234. Comment mentionné ci-dessus (voir N 220), la commune de Martigny-Combe a procédé à un appel d'offres pour quatre lots: la collecte des ordures ménagères, le transport des ordures ménagères, la collecte et le transport du papier/carton, la collecte et le transport du verre. Favre Martigny exécutait auparavant la collecte et le transport des ordures ménagères.

235. Le cahier des charges pour la collecte des ordures ménagères mentionne à son article 1.4 qu'il est notamment confié « [l]*a livraison et le déchargement des déchets auprès du centre de transfert à Martigny de l'entreprise retenue pour le transport des ordures ménagères de Martigny-Combe à l'usine de valorisation thermique des déchets Satom SA à Monthey* », en précisant ensuite que « [l]*e transport des déchets du centre de transfert à Martigny à l'installation de valorisation thermique fait l'objet d'un contrat séparé* ». A l'article 2.4 de ce même document, qui indique le lieu de déchargement des ordures ménagères, il est indiqué « *Centre de transfert à Martigny de l'entreprise retenue pour le transport des ordures ménagères de Martigny-Combe* ».[400]

B.5.3 Appréciation des preuves

B.5.3.1 Contact avant le dépôt des offres pour la commune de Martigny-Combe

236. De l'échange d'e-mails du 25 octobre 2019 ainsi que des déclarations de Favre Martigny et de TMR, il ressort que ces deux entreprises se sont contactées par e-mail et par téléphone avant le dépôt des offres pour la soumission organisée par la commune de Martigny-Combe. Dans un premier temps, […] voulait que les futurs actionnaires du CTM se mettent d'accord sur les prix de transfert des déchets du (futur) CTM à l'exutoire, ce que […] n'a pas souhaité vu que le CTM n'était pas encore constitué. Par la suite, TMR a voulu sous-traiter le transport des ordures ménagères à Favre Martigny, vu que cette dernière possède un quai de transfert. […] a communiqué à TMR un prix plus élevé que celui qu'il a calculé pour l'offre de Favre Martigny. En outre, le prix était si haut que TMR a décidé d'effectuer la tâche elle-même. Si le premier échange a été fait par e-mail, le deuxième échange pour la sous-traitance a été fait de manière informelle et très certainement par téléphone. Les deux échanges sont survenus avant le dépôt des offres pour la commune de Martigny-Combe.

[387] A I.42, p. 14, réponse à la question 21.
[388] A I.42, p. 14, réponse à la question 22.
[389] A IV.5, l 393 à 399.
[390] A IV.5, l 413 à 418.
[391] A IV.5, l 419 à 427.
[392] A IV.5, l 428 à 431.
[393] A IV.5, l 437 à 440.
[394] A IV.5, l 447 à 458.
[395] A IV.5, l 462 à 470.
[396] A IV.5, l 544 à 551.
[397] A IV.5, l 471 à 477.
[398] A IV.5, l 484 à 485.
[399] A IV.5, l 486 à 498.
[400] A V.A.31, p. 283 du document pdf.

B.5.3.2 Discussion sur des tarifs communs pour le transport de déchets

237. Contrairement aux déclarations de Favre Martigny, […], auteur de l'e-mail du 25 octobre 2019, a indiqué vouloir s'entendre sur l'ensemble des prix de transfert, et non pas seulement sur le prix de transfert des ordures ménagères. Ce besoin d'uniformité aurait été dicté par la création prochaine du CTM. […] n'est pas entré en la matière spécifiquement pour la soumission de Martigny-Combe, précisant simplement qu'il était nécessaire de se rencontrer pour fixer les règles générales du CTM et quand son activité débutera.

238. Il est retenu ici qu'il existe une tentative de s'entendre sur les prix de transfert, constituant au moins un élément de prix dans les offres déposées. Cette tentative a été avortée en raison du refus de Favre Martigny de donner suite à la proposition de TMR. En outre, il est également retenu que les prix de transfert sont identiques entre les actionnaires du CTM tant pour les soumissions publiques que pour les acteurs privés dès lors que le CTM est mis en activité. Il y sera revenu sous B.6.

B.5.3.3 Demande de sous-traitance du transport des ordures ménagères

239. TMR a demandé à Favre Martigny une offre de sous-traitance pour le transfert des ordures ménagères. Sa demande se justifie car la commune privilégiait une approche écologique et que Favre Martigny était la seule entreprise dans la région immédiate de Martigny à disposer d'un quai de transfert pour les ordures ménagères permettant de rationaliser les transferts de la commune de Martigny-Combe. En outre, Favre Martigny a accepté lors d'une séance avec la commune Martigny-Combe que des ordures ménagères de concurrents transitent par son quai, ce qui a été communiqué à TMR par e-mail. Il était donc logique que TMR cherche à sous-traiter le transfert des ordures auprès de Favre Martigny. Toutefois, le prix indiqué à TMR était trop élevé et TMR a préféré exécuter la prestation elle-même. Par la suite, la commune était désireuse d'économie et TMR a pu obtenir de Favre Martigny un prix de transfert inférieur au prix de CHF 25 auquel TMR avait soumissionné. Le potentiel d'économie s'est chiffré à CHF 1.45 soit à 8 % environ du prix de TMR pour la tonne d'ordures ménagères.

B.5.3.4 Résultats de l'administration des preuves

240. Au vu de ce qui précède, il est retenu l'existence de contacts avant le dépôt des offres pour la soumission de Martigny-Combe entre les entreprises Retripa, TMR et Favre Martigny. TMR a essayé d'engager les autres parties dans des discussions sur les prix de transfert de tous les déchets du CTM à l'exutoire afin que ces prix soient identiques déjà avant le début de l'activité du CTM. Cette tentative a avorté car l'activité du CTM n'avait pas encore débuté. Suite à cela, TMR a demandé une offre de sous-traitance pour la partie du transport des ordures ménagères à Favre Martigny, précisément car elle était seule à disposer d'un quai de transfert dans la région immédiate de Martigny. Favre Martigny a communiqué à TMR un prix trop élevé et TMR a par conséquent décidé d'effectuer la prestation elle-même. Par la suite et sur demande de la commune, TMR a transféré les déchets par le Quai Favre et elle a bénéficié d'une réduction de CHF 1.45, correspondant à 8 % de la valeur du transport.

B.6 Création d'un centre de transfert à Martigny (CTM)

241. Dans les considérants qui suivent, l'autorité examine l'entreprise CTM, constituée par les entreprises Favre Martigny, TMR et Retripa, pour la création d'un centre de transfert et de tri à Martigny. Après une introduction générale sur le CTM (N 283 ss), il sera examiné en détail:

- Le but poursuivi par les actionnaires (N 288 ss);
- L'organisation du CTM (N 291 ss);
- La valeur ajoutée du CTM dans le cycle du déchet (N 294 ss);
- Les effets potentiels des prix du CTM sur le marché (N 301 ss).

B.6.1 Moyens de preuve

B.6.1.1 Pièces

242. Pour examiner les questions de fait pertinentes pour le cas d'espèce, l'autorité se fonde sur les pièces suivantes:

- Le protocole d'intention concernant la création du CTM et les e-mails d'échange à ce sujet, du 19 au 22.05.2017.[401]
- Un document interne « *base de travail* » non daté.[402]
- Un document « *présentation CTM SA* » à l'intention d'une commune et son e-mail d'accompagnement de […] à […] et […], datés du 22.08.2018.[403]
- Projet de statuts pour la société CTM SA et correspondance électronique y relative entre Favre Martigny, Retripa et TMR, entre le 12.03 et le 14.06.2019.[404]
- E-mail de […] à […] et […] et son annexe « *RECAP – TOUS* », du 22.08.2019.[405]
- Echange d'e-mails entre de […] et […] concernant les tonnages de verre de TMR et annexe, du 28.08.2019.[406]
- E-mail de […] à […] concernant les tarifs de transport, du 20.09.2019.[407]
- E-mail de […] à […], […], […], […] et […] avec fichier Excel « *RECAP – TOUS* » en annexe, du 16.12.2019.[408]

[401] A III.A.14, A III.A.15, A III.A.16 et A III.A.17.
[402] A III.A.20.
[403] A III.A.23.
[404] A III.A.24 et A III.A.28 et A III.A.29.
[405] A III.A.34.
[406] A III.A.35 et A III.A.36.
[407] A III.A.37.
[408] A III.A.40.

- E-mail d'[…] (TMR) à […], […], […] et […] avec en annexe les statuts du CTM ainsi que la convention d'actionnaires, du 11.03.2020.[409]
- E-mail d'[…] (TMR) à […], […], […] et […] avec en annexe la convention d'actionnaires ainsi que les statuts du CTM mis à jour, du 13.07.2020.[410]
- Echange d'e-mails entre les actionnaires du CTM sur les listes de prix internes au CTM du 27.08 au 30.11.2020.[411]
- Echange d'e-mails entre […] et […] sur les prix, du 4.12.2020.[412]
- Projet de convention d'actionnaires du 1.02.2021.[413]
- E-mail de […] à […] concernant les tarifs de Retripa à Favre Martigny, du 1.02.2021.[414]

B.6.1.2 Renseignements des parties

B.6.1.2.1 Renseignements de l'entreprise Favre Martigny

Auditions

243. Lors de l'audition du 22 juin 2022, […] a déclaré que l'idée du CTM était apparue en raison d'une menace de l'extérieur, Favre Martigny ayant appris par un de leurs fournisseurs de camions qu'Helvetia Environnement voulait attaquer le marché valaisan et y établir une base.[415] Des réflexions auraient été faites pour savoir comment optimiser les prix en limitant les kilomètres et comment limiter l'impact environnemental tout en optimisant les quantités (en rationalisant les quantités transportées).[416] […] a résumé en déclarant qu'il s'agissait en somme d'être en mesure de proposer des prix concurrentiels,[417] et qu'il ne savait plus de qui l'idée était partie en premier mais que cela s'est fait de fil en aiguille sur plusieurs mois.[418] Le protocole d'intention de 2017 résulterait de plusieurs mois de réflexion; les discussions pour la constitution du CTM auraient débuté en 2016,[419] et le CTM aurait été créé en août 2020 avant de débuter son activité en avril 2022.[420]

244. […] a expliqué spontanément le fonctionnement du CTM en déclarant que le CTM permettrait un meilleur tri des déchets (séparation entre les déchets à valoriser et ceux à incinérer). Retripa aurait le savoir-faire, TMR le site et Favre Martigny les semi-remorques pour évacuer les déchets en gros volumes. A travers le CTM, sur le site de TMR (soit le site des Vorziers uniquement), il n'y aurait pas de déchets de communes qui transiteraient, il s'agirait plutôt de mandats privés. Par exemple, un artisan pourrait directement déposer ses déchets au CTM à la place d'aller jusqu'à la SATOM. L'artisan économiserait ainsi le trajet tout comme la SATOM économiserait les opérations de pesage y relatives et le temps d'attente serait diminué pour les autres utilisateurs de la SATOM.[421]

245. Le CTM offrirait les prestations suivantes, pour tous types de déchets: massification, tri et optimisation des transports.[422] Le CTM ne possèderait lui-même pas de camion et mandaterait en priorité TMR ou Favre Martigny pour les transports et Retripa pour la valorisation des déchets. En cas de transport désavantageux refusé par TMR et Favre Martigny, le CTM s'adresserait à des entreprises tierces.[423]

246. Sur présentation du document Excel « CTM - RECAP – TOUS », […] a indiqué que ces chiffres permettaient d'établir le budget prévisionnel en projetant l'évolution des tonnages sur la base des chiffres actuels. Les tonnages pour chaque déchet se rapporteraient aux volumes de déchets traités par chaque entreprise et prendraient en compte seulement les déchets qui transiteraient par le site du CTM. Par exemple, Favre Martigny amènerait directement à la SATOM les ordures ménagères qu'elle collecte à Saint-Maurice, sans faire de détour par le CTM. En outre, Retripa traiterait des volumes bien plus élevés que ceux annoncés sur ce document.[424] […] a précisé qu'il y a une réciprocité entre les volumes de déchets qu'un actionnaire apportait au CTM et ce qu'il en retirait en matière de sous-traitance pour le transport à l'exutoire.[425] […] a synthétisé le CTM en indiquant qu'il utilisait la synergie des volumes des actionnaires.[426]

247. A la question de savoir s'ils avaient la même connaissance des volumes de déchets traités par chacun avant l'échange du document Excel, […] a répondu que non et que la seule valeur qui est publique, ce sont les tonnages d'ordures publiés par la SATOM; les tonnages sont répartis par commune et les transporteurs savent qui s'occupe des déchets de quelle commune. Toutefois, ces informations ne serviraient en rien en termes concurrentiels, et serviraient uniquement à établir un budget prévisionnel.[427] L'abréviation « PM » désignerait le prix moyen à l'entrée déterminé par le cours d'exploitation, les charges, etc., divisés par le nombre de tonnes de déchets à entrer. Le tableau Excel serait une projection pour voir si le projet était viable.[428] A l'origine, il était prévu une liste de prix « grossistes » et une liste de prix « particuliers », comme dans tous les centres de tri et usines d'incinération, expliquant l'existence de différentes listes de prix. La SATOM pratiquerait ainsi une liste de prix « privés » et une liste de prix « centre de tri ».[429]

[409] A III.A.41.
[410] A III.A.43.
[411] A III.A.50, A III.A.51, et A III.A.52.
[412] A III.A.54.
[413] A III.A.57 et A III.A.59.
[414] A III.A.58.
[415] A IV.4, l. 795 à 797.
[416] A IV.4, l. 808 à 811.
[417] A IV.4, l. 812 à 813.
[418] A IV.4, l. 819 à 820.
[419] A IV.4, l. 825 à 829.
[420] A IV.4, l. 831 à 834.
[421] A IV.4, l. 840 à 851.
[422] A IV.4, l. 856 à 858.
[423] A IV.4, l. 864 à 877.
[424] A IV.4, l. 894 à 916.
[425] A IV.4, l. 920 à 922.
[426] A IV.4, l. 923.
[427] A IV.4, l. 924 à 931.
[428] A IV.4, l. 933 à 943.
[429] A IV.4, l. 959 à 972.

248. Me Sakkas, avocat de Favre Martigny, est intervenu pour demander s'il existait d'autres structures correspondant au CTM et […] a indiqué qu'il existait de nombreux centres de tri identiques comme Sogetri SA à Carouge, propriété d'Helvetia Environnement, Vatri SA à Colombier (partenariat public-privé), Strid SA à Yverdon (entreprise publique), Vadec SA à la Chaux de Fond, Valorsa SA à Penthaz, Tridranses SA à Vollèges ou encore Ecobois à Vétroz. A la demande du Secrétariat de savoir si ces entreprises sont des groupements de transporteurs, […] a précisé qu'il y avait tous les cas de figure et qu'ils s'étaient basés sur Vadec SA pour les statuts du CTM, laquelle était détenue à 49 % par des collectivités publiques et à 51 % par des acteurs privés. Ces acteurs privés ne seraient pas tant des transporteurs que des récupérateurs et des recycleurs.[430]

Réponses au questionnaire du 2 septembre 2022

249. Dans ses réponses du 24 octobre 2022 au questionnaire du Secrétariat du 2 septembre 2022, Favre Martigny a déclaré que les actionnaires du CTM avaient des « corp business » différents. Le domaine de prédilection de Favre Martigny serait le transport de marchandises, celui de Retripa la gestion des déchets (exutoire) et celui de TMR le transport de personnes par route et trains.[431] Le CTM aurait pour finalité d'optimiser les transports de déchets vers les exutoires, à savoir une massification des déchets consistant en un regroupement et une élimination du foisonnement dans de grands véhicules afin de diminuer les coûts de transport. Par ailleurs, le CTM aurait également une fonction de tri des déchets industriels afin d'en extraire les éléments valorisables.[432]

250. Favre Martigny disposerait d'un centre de transfert à la rue du Levant à Martigny et il était prévu que ses infrastructures (quai, terrain, balance, etc.) et locaux soient loués au CTM, ce qui n'a jamais été mis en œuvre. TMR louerait également au CTM son site qui est un centre de transfert tandis que Retripa louerait les équipements nécessaires au centre de tri et mettrait à disposition ses compétences. Selon Favre Martigny, le CTM devait engager le personnel nécessaire à son exploitation.[433] Tous les types de déchets transiteraient par le CTM.[434]

251. Selon les réponses de Favre Martigny, l'idée de constituer le CTM a progressivement germé lors de discussions informelles intervenues lors de rencontres (ASTAG, ATRED). Le but était d'obtenir une efficacité économique. Les actionnaires ont été sélectionnés selon leurs compétences, leurs volumes de déchets ainsi que leurs sites. En outre, l'activité des actionnaires devait s'inscrire dans un rayon d'action relativement proche du CTM.[435] L'actionnariat du CTM serait ouvert et d'autres entreprises auraient manifesté leur intérêt de manière informelle.[436]

252. Les premières discussions pour le CTM auraient débuté dès 2017 suite à des rencontres et des discussions informelles lors d'assemblée de l'ASTAG et de l'ATRED; le processus aurait pris beaucoup de temps. D'après les réponses de Favre Martigny, le CTM aurait été constitué par-devant notaire le 24 juillet 2020, l'Etat du Valais aurait délivré l'autorisation d'exploiter le 8 février 2022 et le CTM aurait été officiellement ouvert à tous les clients intéressés le 16 mai 2022.[437]

253. Favre Martigny cherchait à optimiser le tri des déchets, en particulier des déchets de chantier et industriels tout comme elle cherchait à augmenter les tonnages transportés par ses véhicules.[438] TMR avait également pour intérêt d'optimiser le transport, le tri des déchets et de louer son site au CTM.[439] Quant à Retripa, le CTM lui permettait de disposer d'une base de dépôt sur Martigny, soit diminuant les kilomètres à vide pour la clientèle de la région octodurienne tout en optimisant l'usage du matériel, la valorisation de ses connaissances ainsi que l'expertise dans le tri des déchets.[440] Par rapport à la situation qui prévalait avant le CTM, le CTM effectue plus de tri permettant la valorisation de matériaux. L'exemple même en est la petite benne de chantier contenant du matériel mélangé: la benne devait être versée au sol et le tri effectué à la main par obligation. Le CTM effectuait le tri au moyen de machines sur place améliorant l'efficacité économique et le respect des normes environnementales de plus en plus contraignantes.[441] Principalement, le tri à grande échelle et le broyage du bois (nécessaire à sa massification) sont des prestations devenues possibles avec la création du CTM.[442]

254. D'après Favre Martigny, […] de Retripa est le responsable opérationnel du CTM tandis que […] est le responsable administratif du CTM.[443]

255. Le CTM disposerait d'une liste de prix pour les clients privés, une pour les entreprises et une pour les membres, correspondant à ce qui se fait dans des sociétés similaires.[444] L'annexe 35 aux réponses de Favre Martigny indique que la SATOM distingue quatre types de clients: les communes actionnaires, les entreprises professionnelles d'élimination de déchets (y compris les centres de tri), les entreprises privées (comme des commerces, des industries, des paysagistes ou des communes hors zone) et les privés.[445] Les listes de prix du CTM diffèreraient en raison des quantités apportées, car les petites fractions des privés coûteraient plus cher que les dépôts des entreprises ou des grossistes, notamment parce que les procédures administratives (émission de bon de pesage entrée/sortie) coûteraient la même chose pour une livraison importante ou faible de déchets.[446] Par ailleurs, le directeur de l'exploitation du

[430] A IV.4, I. 1005 à 1018.
[431] A I.20, p. 9, réponse à la question 2.
[432] A I.20, p. 11, réponse à la question 6 et p. 17 réponse à la question 30.
[433] A I.20, p. 12, réponse à la question 7 et 8.
[434] A I.20, p. 13, réponse à la question 12.
[435] A I.20, p. 13, réponse à la question 14 et 15.
[436] A I.20, p. 14-15, réponses aux questions 18 et 19.
[437] A I.20, p. 15-16, réponse à la question 23.
[438] A I.20, p. 17, réponse à la question 30.
[439] A I.20, p. 18, réponse à la question 31.
[440] A I.20, p. 18, réponse aux questions 32-33.
[441] A I.20, p. 18, réponse à la question 34.
[442] A I.20, p. 18, réponse aux questions 35.
[443] A I.20, p. 19-20, réponse aux questions 38-44.
[444] A I.20, p. 20-21, réponse à la question 47 et annexes 34 et 35.
[445] A I.20, annexe 35.
[446] A I.20, p. 21, réponse à la question 50.

CTM pourrait s'écarter de la liste de prix du CTM si le client annonce une grosse quantité d'un déchet (bois par exemple).[447]

256. En ce qui concerne le fichier « CTM – RECAP – TOUS », Favre Martigny a indiqué qu'il s'agissait d'une estimation de ses apports en tonnage, précisant que cela ne correspondait pas à la totalité des tonnages de sa société. En outre, l'origine des déchets transitant par le CTM, proviendrait d'un rayon d'environ 25 kilomètres depuis le siège de la société, soit principalement de la plaine du Rhône de Riddes à Collonges, de la vallée du Trient, de Martigny-Combe et de Bovernier.[448] Le prix moyen indiqué pour chaque déchet correspondrait à des estimations en vue d'établir un budget provisionnel. Les prix seraient estimés selon plusieurs facteurs, soit le prix du marché, les coûts de reprise (prix de l'exutoire), le travail à effectuer sur le déchet (triage), la distance entre le site de reprise et la destination du déchet ainsi que sur les quantités estimées.[449] Selon Favre Martigny, le fichier Excel différencie entre un prix d'entrée et un prix de sortie et cette différence correspond aux coûts d'exploitation soit à l'administration, la comptabilité, le personnel, la location des machines et des terrains, l'amortissement des infrastructures, les transports vers l'exutoire, les assurances, les autorisations ainsi que des taxes diverses.[450] Le prix de sortie serait payé par le CTM aux exutoires (repreneurs, recycleurs et incinérateurs), tandis que le prix d'entrée serait payé par les clients au CTM.[451]

257. Le CTM sous-traiterait systématiquement à d'autres entreprises le transport des déchets du quai à l'exutoire étant donné qu'il n'est pas propriétaire de camions et ne peut dès lors procéder au transport.[452] Selon les chiffres obtenus sur 7 mois, Favre Martigny aurait effectué une part importante des transports s'élevant à 70 %, TMR et Retripa une part plus faible s'élevant à 10 % chacune. Finalement, 10 % des transports auraient été effectués par d'autres entreprises.[453] La direction du CTM prendrait les décisions pour l'attribution d'un mandat de transport du quai à l'exutoire et les contrats de transports seraient attribués en priorité aux actionnaires du CTM à un prix concurrentiel.[454] Plusieurs facteurs rentreraient en ligne de compte dans l'attribution des contrats de transport aux actionnaires, par exemple la disponibilité, les moyens à disposition (semi-remorque ou bennes de 10 à 40 m^3), la capacité de chargement. Sans qu'il y ait de règles imposées, le bon sens voudrait toutefois que l'actionnaire ait la priorité pour un transport de déchets qu'il a lui-même déposés au CTM.[455]

258. Selon Favre Martigny, il lui est avantageux d'avoir recours au CTM si le déchet nécessite un regroupement ou une rupture de charge ou pour toutes les régions plus éloignées de l'exutoire que du CTM. En revanche, dès le moment où la collecte de déchets s'effectue proche de l'exutoire (comme la SATOM), il lui est plus avantageux d'effectuer directement le transport à l'exutoire.[456] Le transit par le CTM serait intéressant en fonction du lieu des exutoires, soit la destination finale du déchet et de son « conditionnement » (grandeur de la benne) et/ou de sa quantité et de son besoin de tri.[457] Dans certains cas, lorsque les déchets sont collectés dans de grandes bennes et qu'ils ne nécessitent pas de tri (massification et tri déjà effectué), il serait plus avantageux que le matériel parte directement à l'exutoire sans passer par le CTM.[458]

259. A la question de savoir s'il existe d'autres alternatives au CTM et au transport direct du lieu de collecte vers l'exutoire, Favre Martigny a répondu qu'il existait plusieurs centres de tri dans la région et que chaque entreprise pouvait librement effectuer sa propre massification comme Favre Martigny le fait pour de plus petits volumes.[459] A titre d'exemple, Retripa disposerait d'un tel centre à Massongex pour les déchets verts/compostables, le site de Tridranse à Vollège, celui de Recovis SA à Saillon (ces deux derniers centres traitant tous types de déchets), la SATOM pour la collecte des lavures, le centre Valbois SA à Collombey, Ecobois recyclage SA à Vétroz. D'autres centres existeraient également dans d'autres cantons romands.[460]

260. Favre Martigny a également indiqué que l'optimisation pouvait être effectuée pour tous types de déchets tandis que la massification dépendait du volume de déchets.[461] Favre Martigny disposait d'un quai de transfert alors que TMR ne disposait pas de quai en plaine et dans la région avant la création du CTM.[462] En ce qui concerne les ordures ménagères, Favre Martigny optimisait déjà les ordures ménagères transitant sur son quai en les massifiant.[463] Avant le CTM, Favre Martigny optimisait et massifiait le verre, qu'elle triait selon les couleurs,[464] tout comme elle optimisait et massifiait le papier et le carton sur son site.[465] Favre Martigny n'optimisait pas le bois et ne le massifiait pas faute d'engins adaptés et notamment au vu des tonnages relativement faibles qu'elle collectait.[466]

Réponses au questionnaire du 24 novembre 2022

261. En date du 31 janvier 2023, Favre Martigny a répondu au questionnaire du Secrétariat du 24 novembre 2022. A cette occasion, elle a indiqué que le nouveau personnel du CTM devait à terme être indépendant des actionnaires mais que cela n'était pas possible en phase de lancement.[467] Le travail d'exploitation et administratif serait pour l'instant assuré par Retripa, il serait toutefois prévu que le CTM dispose d'une direction indépendante le plus rapidement possible.

[447] A I.20, p. 22, réponse à la question 52.
[448] A I.20, p. 22, réponse aux questions 53-54.
[449] A I.20, p. 23, réponse à la question 57.
[450] A I.20, p. 23, réponse à la question 58.
[451] A I.20, p. 23-24, réponse aux questions 60-61.
[452] A I.20, p. 25, réponse à la question 68.
[453] A I.20, p. 25, réponse aux questions 71-72.
[454] A I.20, p. 26, réponse aux questions 73-74.
[455] A I.20, p. 26, réponse aux questions 76-77.
[456] A I.20, p. 27-28, réponse aux questions 82-83.
[457] A I.20, p. 28, réponse à la question 84.
[458] A I.20, p. 28, réponse à la question 86.
[459] A I.20, p. 29, réponse à la question 87.
[460] A I.20, p. 29-30, réponse aux questions 88-90.
[461] A I.20, p. 31, réponse aux questions 96-99.
[462] A I.20, p. 31, réponse aux questions 100-103.
[463] A I.20, p. 32, réponse aux questions 105-111.
[464] A I.20, p. 33-34, réponse aux questions 112-119.
[465] A I.20, p. 34-35, réponse aux questions 120-127.
[466] A I.20, p. 37-38, réponse aux questions 136-143.
[467] A I.42, p. 2, réponse aux questions 1 et 2.

262. Favre Martigny a fourni à l'autorité des estimations par tonnes pour les ordures ménagères, le verre, le papier et le carton pour différentes communes.[468] Favre Martigny a rappelé qu'il n'était pas possible de fournir des estimations moyennes pertinentes car le prix dépendait de chaque marché et ceci en fonction de nombreux facteurs, tels que le temps de transport, le kilométrage, le type de camion, l'existence ou non de transmission de données de pesage, le genre de collecte (porte à porte ou conteneurs enterrés/moloks), la fréquence des collectes, etc. En outre, Favre Martigny a précisé que le CTM (soit le site des Vorziers) ne traitait pas à ce jour des ordures ménagères, du verre ainsi que du papier et du carton.[469]

263. En ce qui concerne l'efficacité économique du transfert des déchets, Favre Martigny a indiqué que l'optimisation du transport dépendait de la charge utile et du volume, lesquels sont des facteurs non négligeables. Après avoir listé un certain nombre de camions utilisables, il ressort qu'un camion poubelle a un volume de 23 m^3 pour une charge de 9 à 10 tonnes, alors qu'un tracteur à semi-remorque à fond mouvant dispose d'un volume de 90 m^3 pour une charge de 24 tonnes.[470] Favre Martigny a déclaré ne pas pouvoir indiquer quel était le gain lié à cette massification même par estimation. La logique, le bon sens et l'expérience indiqueraient toutefois qu'il existe un intérêt économique de procéder ainsi. Il s'agirait en outre de plus en plus d'une exigence de clients, en particulier des collectivités publiques, d'avoir une approche écologique. Des facteurs influenceraient la massification possible et donc l'optimisation du transport comme le type de matériau transporté, le lieu de l'exutoire, la distance parcourue, le type de camion, etc. L'incidence sur le coût de revient du total de la prestation est estimée par Favre Martigny à […].[471]

264. A la question de savoir quels étaient les gains supplémentaires qu'offrirait le CTM pour une optimisation et une massification des ordures ménagères par rapport à la situation préexistante avec le Quai Favre, Favre Martigny a répondu que le quai actuel permettait le traitement des ordures ménagères et du verre et l'augmentation des tonnages transitant via le Quai Favre permettrait de réduire les frais soit l'amortissement de l'investissement du quai, le coût du terrain, le nettoyage journalier, les coûts liés à la balance (achat, entretien, contrôle, étalonnages) ainsi que les coûts administratifs.[472] Ceci vaudrait également pour le verre qui transite par le Quai Favre.[473]

265. Un tel quai ne correspondrait pas à une infrastructure de type centre de tri. Ainsi le Quai Favre ne permettrait pas de prendre en charge les encombrants, la ferraille ou le bois, ces matériaux devant être amenés à Massongex ou directement à la SATOM et ceci en petite quantité. Pour ces matériaux, le site des Vorziers présenterait un gain de temps et de kilomètres en étant un exutoire sûr. Par ailleurs, amener des volumes plus importants vers l'exutoire final permettrait de négocier plus favorablement les prix tout en évitant à Favre Martigny d'assumer des investissements supplémentaires, notamment en relation avec l'évolution constante des normes environnementales.[474]

266. Plus spécifiquement en ce qui concerne les ordures ménagères, le fait d'avoir plus de tonnage transitant via le Quai Favre permettrait d'en réduire les frais soit l'amortissement de l'investissement du quai, le coût du terrain, le nettoyage journalier, les coûts liés à la balance (achat, entretien, contrôle, étalonnages) ainsi que les coûts administratifs.[475] Ceci vaudrait également pour le verre qui transite par le Quai Favre.[476] En outre, chaque tournée pour le verre de Martigny-Combe permettrait de prélever environ […] tonne et il faudrait donc […] tournées (soit […]semaines) pour remplir un camion avec semi-basculante pour se rendre à l'exutoire final avec un voyage aller-retour de […] kilomètres. Avec la faible quantité de verre pour la collecte de Martigny-Combe, il ne serait donc pas envisageable d'aller directement à l'exutoire final.[477]

267. En relation avec l'appel d'offres de Martigny-Combe (voir N 220 ss), Favre Martigny a précisé que pour rentabiliser l'installation, elle mettait à disposition de tout tiers qui le demande son quai contre rémunération. Ceci ne porterait pas atteinte à son avantage concurrentiel, car Favre Martigny bénéficierait du quai à prix coûtant alors qu'une marge est perçue pour les tiers. Outre le bénéfice engrangé, cette mise à disposition éviterait au moins provisoirement que de tiers concurrents investissent dans une infrastructure similaire et, partant, prive Favre Martigny de cet avantage concurrentiel.[478] Favre Martigny conserverait son avantage concurrentiel car la prestation facturée aux concurrents serait un surcoût à intégrer à leur offre et un avantage pour Favre Martigny. En cas de refus, le concurrent se dirigerait vers un autre centre de transfert ou alors ferait le choix de construire sa propre infrastructure, ce qui nuirait *in fine* à Favre Martigny.[479]

B.6.1.2.2 Renseignements de l'entreprise TMR

268. Lors de l'audition du 21 février 2023, […] a déclaré que le CTM visait à optimiser les trajets mais aussi à rouler quand la route était moins chargée et l'accueil à la SATOM plus facile.[480] Il a précisé qu'il avait fallu beaucoup de réunions ainsi que trouver un terrain d'entente en créant une certaine confiance. Favre Martigny, pour laquelle la collecte et le transport de déchets représenterait environ 80-85 % du chiffre d'affaires, aurait eu des difficultés à ouvrir ses comptes, entendu leurs nombres de tonnages. TMR et Retripa auraient réfléchi plusieurs fois à avancer sans Favre Martigny. En général, d'après […] les séances CTM étaient toujours organisées à trois et la collaboration s'est limitée à la mise en place du CTM.[481]

[468] A I.42, p. 4-6, réponse aux questions 8-10.
[469] A I.42, p. 4-6, réponse aux questions 8-10.
[470] A I.42, p. 6-7, réponse à la question 12.
[471] A I.42, p. 7, réponse à la question 12.
[472] A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.
[473] A I.42, p. 12, réponse à la question 16.
[474] A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.
[475] A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.
[476] A I.42, p. 12, réponse à la question 16.
[477] A I.42, p. 11, réponse à la question 15.
[478] A I.42, p. 12, réponse à la question 17.
[479] A I.42, p. 13, réponse à la question 19.
[480] A IV.5, l. 628 à 631.
[481] A IV.5, l. 650 à 657.

269. […] a déclaré que TMR souhaitait clairement optimiser les transports avec la création du CTM.[482] Il a ajouté que TMR avait intérêt à impliquer Retripa dans la création du CTM car TMR avait besoin de ses compétences pour définir et concevoir un site, les machines, la connaissance des réglementations applicables ainsi que la manière de traiter les déchets.[483] L'intérêt principal d'impliquer Favre Martigny dans la création du CTM aurait consisté à pouvoir profiter du Quai Favre vu que les communes les poussaient déjà à s'y rendre.[484] Finalement, optimiser les transports se serait également inscrits dans un contexte où de nouveaux concurrents pouvaient arriver dans le domaine de la voirie en Valais comme Transvoirie du groupe Helvetia Environnement, laquelle aurait eu une stratégie d'expansion, qui se serait depuis limitée à cause de soucis financiers.[485] A la question de savoir pourquoi ne pas poursuivre chacun de son côté le développement de sa propre infrastructure, […] a répondu qu'il manquait à chacun certains éléments et qu'il y aurait eu des transferts croisés. L'idée était de proposer une panoplie complète de prestations aux tiers, d'avoir des sites intégrés avec un seul interlocuteur, une seule facture, et donc un accès facilité.[486]

270. […] a confirmé que le CTM devait devenir une structure indépendante à terme. Cela se traduirait notamment par l'engagement d'un directeur qui gérerait la totalité alors que le conseil d'administration ne s'occuperait que des éléments stratégiques.[487] Actuellement, le CTM louerait des prestations de ressources humaines auprès de Retripa. D'après […], la personne qui s'occupe de l'exploitation du CTM sur place ainsi que son directeur actuel sont des employés de Retripa, le volume étant trop faible pour engager des externes, ce qui serait le but à terme.[488] Actuellement, TMR louerait (en tant que bailleur) la surface au CTM par un contrat longue durée tout en ayant apporté son financement à l'installation. TMR effectuerait également des transports du CTM aux exutoires.[489] En outre, […] a déclaré que le Quai Favre ne faisait pas partie du CTM (il était prévu que ce quai soit loué par le CTM) car la convention d'actionnaires n'a jamais été finalisée sur ce point, notamment à cause de l'ouverture de l'enquête. Nonobstant, TMR se rendrait au Quai Favre, notamment pour les ordures ménagères et le verre.[490]

271. Sur présentation du document Excel « CTM - RECAP – TOUS », […] a confirmé qu'il s'agissait d'estimations ayant été partagées avec Favre Martigny et Retripa. Ces estimations correspondraient plus ou moins à l'ensemble des tonnages de déchets gérés par TMR, tonnages qui comprennent tant les déchets des communes que les déchets privés.[491] Favre Martigny aurait été réticente à partager précisément ces informations contenues dans le document Excel.[492]

272. Sur présentation des listes de prix internes du CTM, […] a répondu aux questions qui lui ont été posées en déclarant que le prix pour les ordures ménagères n'y figurait pas précisément parce que le Quai Favre n'avait pas encore été intégré au CTM et que le « PM » (prix moyen) indiqué dans le fichier Excel de CHF 25.- était le prix envisagé pour la prise en charge des ordures ménagères par le CTM.[493] En outre, un actionnaire du CTM paierait CHF 15.- la tonne de verre déposée alors qu'une entreprise externe devrait débourser CHF 30.-.[494] Pour le dépôt d'une tonne de papier/carton, l'actionnaire gagnerait CHF 50.- alors qu'une entreprise non-actionnaire pourrait simplement la déposer gratuitement.[495] […] a également rajouté que le prix moyen était un *benchmark* par rapport aux prix qui se pratiquent et que tous les actionnaires avaient participé à l'élaboration du fichier Excel en y amenant ses tonnages et puis en se mettant d'accord sur le prix moyen par rapport aux expériences de chacun.[496]

273. A la demande de savoir si le CTM était ouvert à d'autres membres, […] a répondu qu'il n'était pas prévu pour l'instant que d'autres entreprises rejoignent le CTM et que dans le secteur, personne d'autre ne pourrait être intéressé. Toutefois, les statuts du CTM prévoiraient qu'il est possible de vendre des actions, mais cela ne serait pas à l'ordre du jour.[497] Par secteur, […] a déclaré entendre le secteur de Riddes jusqu'à Evionnaz, car à partir d'une certaine distance, l'intérêt diminue.[498] Ce secteur correspondrait à une partie de la zone d'activité de la SATOM.[499] En outre, aucun partenariat entre le CTM et d'autres entreprises tierces (autres que les actionnaires) ne serait prévu, car le CTM serait en plein démarrage et en perte.[500]

274. Concernant l'attribution des mandats de transport du CTM vers l'exutoire, […] a répondu que le CTM n'effectuait pas lui-même les transports de déchets vers leurs exutoires mais que c'était […], le responsable du site, qui demanderait le transport soit à TMR, soit à Favre Martigny, car Retripa en fait très peu.[501] En outre, […] désignerait le transporteur selon le volume apporté, grâce à une règle de trois, les tonnages à transporter étant proportionnels à ceux amenés.[502] […] a ajouté que le volume apporté était nécessairement calculé pour chaque entreprise et chaque type de déchet à des fins de facturation.[503] Il ne serait par ailleurs pas exclu que le CTM sous-traite des transports vers l'exutoire à une entreprise non-actionnaire.[504]

[482] A IV.5, l. 672 à 673.
[483] A IV.5, l. 674 à 677.
[484] A IV.5, l. 678 à 681.
[485] A IV.5, l. 682 à 688.
[486] A IV.5, l. 751 à 755.
[487] A IV.5, l. 689 à 696.
[488] A IV.5, l. 697 à 702.
[489] A IV.5, l. 703 à 705.
[490] A IV.5, l. 709 à 713, 544 à 551, 149 à 152 et 743 à 747.
[491] A IV.5, l. 724 à 739.
[492] A IV.5, l. 764 à 766.
[493] A IV.5, l. 780 à 786.
[494] A IV.5, l. 787 à 790.
[495] A IV.5, l. 794 à 802.
[496] A IV.5, l. 850 à 855.
[497] A IV.5, l. 807 à 811.
[498] A IV.5, l. 812 à 814.
[499] A IV.5, l. 815 à 817.
[500] A IV.5, l. 818 à 823.
[501] A IV.5, l. 827 à 837.
[502] A IV.5, l. 838 à 840.
[503] A IV.5, l. 844 à 849.
[504] A IV.5, l. 841 à 843.

B.6.1.2.3 Renseignements de l'entreprise Retripa

275. Lors de l'audition du 21 mars 2023, […] a déclaré être provisoirement responsable de l'exploitation tandis que […] siégeait au Conseil d'administration et se trouvait donc dans le comité qui se réunit pour prendre les décisions stratégiques du CTM.[505] Le directeur administratif financier, […] serait également le secrétaire du Conseil d'administration du CTM et le seul employé sur le site du CTM viendrait du site de Retripa Saillon.[506]

276. D'après Retripa, l'idée de constituer le CTM est apparue en 2017 dans un contexte où TMR souhaitait dédier une partie d'une nouvelle halle à la massification et au pré-tri des déchets. Retripa avait précisément un centre de pré-tri de déchets à Saillon, lequel était plus éloigné du centre de production des déchets et des clients. Par conséquent, Retripa voulait se rapprocher de TMR pour créer un centre de pré-tri aux Vorziers.[507] Le but était de transférer les activités du site de Saillon aux Vorziers pour être plus proche des clients et pour bénéficier de l'autoroute. Ce rapprochement permet d'avoir plus de matière à recycler et donc d'augmenter la valorisation et la massification, car avant de passer par le CTM, l'artisan jetait tout à l'inerte voire dans les fours de la SATOM sans pré-tri.[508] Quant au CTM, il bénéficierait du volume des clients de Retripa qui est maintenant apporté au CTM.[509] En outre, Retripa apporterait également ses machines sur le site des Vorziers (une chargeuse à pneus et un manitou – soit un chariot télescopique) ainsi que le savoir-faire, soit la connaissance des gens gérant des centres de tri, ayant donc l'habitude de gérer des déchets et sachant comment utiliser les outils idoines.[510]

277. D'après […], Favre Martigny a rejoint le projet du CTM en dernier autour de 2018. L'intérêt principal d'intégrer Favre Martigny résiderait dans le fait que le site des Vorziers n'avait pas de place pour le verre et les ordures ménagères et que Favre Martigny disposait précisément d'un quai de transfert pour les ordures ménagères et le verre. Par ailleurs, Favre Martigny disposait de camions pour aller aux différents exutoires tandis que TMR n'en aurait disposé que d'un seul. L'intérêt de Favre Martigny de participer au CTM aurait été mu par la possibilité d'effectuer plus de transports.[511]

278. En ce qui concerne l'estimation du nombre de rencontres pour discuter du CTM, [...] a répondu que beaucoup de rencontres techniques avec TMR avaient été organisées pour le site des Vorziers avec ou sans Favre Martigny. L'étude d'impact environnemental aurait été très lourde et il avait fallu discuter des deux sites (Vorziers et Quai Favre). En outre, les réunions se seraient limitées au CTM, même si les représentants des trois entreprises se croisaient aussi à l'ATRED.[512]

279. A la question de savoir si la création du CTM était motivée par le risque de voir arriver de nouveaux concurrents dans le domaine de la voirie en Valais, […] a répondu que le CTM n'avait rien à voir avec la voirie et qu'il existait déjà de nombreux centres de tri; un de plus ou de moins ne changerait rien.[513] Concernant l'indépendance du CTM, il a rajouté que le but était de développer le CTM comme entreprise indépendante avec du personnel qui gère la partie exploitation mais pas forcément la partie comptable, qui est plutôt légère.[514] En outre, […] a indiqué que l'activité du centre de pré-tri de Saillon diminue au profit de l'exploitation du CTM, notamment car le site de pré-tri de Saillon était petit ne permettant ainsi pas de faire du volume. Saillon demeurerait cependant un centre logistique pour les camions de Retripa.[515] Finalement, […] a relevé qu'il existait d'autres sociétés semblables au CTM, comme Tri SA dans le Chablais, détenue par 6 ou 7 actionnaires, parmi lesquels des transporteurs, ou Sotridec ou encore Valorsa, qui seraient toutefois plutôt en mains publiques.[516]

280. Sur présentation du document Excel « CTM – RECAP – TOUS », […] a déclaré qu'il s'agissait des estimations que chacun était capable d'apporter en vue de déterminer la viabilité du projet et que ces estimations avaient été partagées entre tous. Il a ajouté que les estimations de Retripa tenaient compte des volumes du site de Saillon ainsi que des potentiels nouveaux clients; les volumes des sites de Massongex et de Vétroz n'y étaient pas inclus.[517] Les estimations des tonnages par déchets comporteraient tout ce qui est ramassé, soit les déchets des communes et des industries. Echanger des données sur les tonnages avec ses concurrents ne serait pas un problème car il s'agirait de volumes bruts sans indication de leur provenance exacte, soit du client. En outre, selon […], les entreprises doivent nécessairement déclarer les volumes de déchets reçus sur chaque site, de telle sorte que les communes peuvent voir leurs propres données et que le canton a accès à tout.[518]

281. Sur présentation des listes de prix du CTM, […] a confirmé qu'un actionnaire du CTM déboursait seulement CHF 15.- pour déposer une tonne de verre alors qu'une entreprise externe devait payer CHF 30.-. En outre, un actionnaire gagnerait CHF 50.- en déposant une tonne de papier au CTM alors qu'une entreprise externe pourrait seulement la déposer gratuitement.[519] Par ailleurs, il n'existerait pas de différence de prix pour la reprise du papier et/ou du carton entre les sites du CTM et de Retripa Massongex. Les transporteurs économiseraient du trajet selon d'où ils viennent. Le gain se ferait sur le temps d'utilisation du camion et sur la massification des petites bennes, ce qui suivrait un but écologique.[520] A la question de savoir si une entreprise externe pouvait être compétitive par rapport à un actionnaire du CTM au vu de la différence de tarif, […] a déclaré que cela était le cas et […] a complété en ajoutant qu'il ne s'agissait que d'une partie des coûts, car il y a également les coûts de transport jusqu'au CTM et que

[505] A IV.6, l. 633 à 643.
[506] A IV.6, l. 645 à 649.
[507] A IV.6, l. 650 à 657.
[508] A IV.6, l. 690 à 695.
[509] A IV.6, l. 696 à 698.
[510] A IV.6, l. 699 à 706.
[511] A IV.6, l. 658 à 672.
[512] A IV.6, l. 673 à 683.
[513] A IV.6, l. 707 à 715.
[514] A IV.6, l. 716 à 726.
[515] A IV.6, l. 732 à 737.
[516] A IV.6, l. 738 à 743.
[517] A IV.6, l. 746 à 767.
[518] A IV.6, l. 768 à 786.
[519] A IV.6, l. 788 à 805.
[520] A IV.6, l. 812 à 821.

de toute façon les entreprises externes faisaient des économies en passant par le CTM (notamment sur le temps de trajet et d'attente à la SATOM).[521] A la question plus précise de savoir comment un transporteur concurrent et non membre du CTM pourrait être compétitif compte tenu d'une différence de CHF 50.- pour la tonne papier et/ou carton par rapport à un actionnaire du CTM, […] a expliqué que les communes négocieraient directement avec le CTM ou leur transporteur pour la reprise du papier. Pour un appel d'offres donné, le prix de reprise au CTM serait le même pour tout le monde, peu importe qu'il soit ou non actionnaire du CTM.[522]

282. Actuellement, il ne serait pas prévu que d'autres entreprises rejoignent l'actionnariat du CTM car personne ne serait venu le demander et aucun partenariat ne serait prévu même si des discussions avaient eu lieu avec la SATOM pour faciliter le système de pesage.[523] A la question de savoir qui exécutait les mandats de transport vers l'exutoire, […] a déclaré que le CTM les sous-traitait à Favre Martigny ou à TMR. D'autres transporteurs pourraient entrer en jeu s'ils étaient moins chers. Il ne serait pas prévu actuellement que le CTM prenne en charge les transports. A prix égal, l'actionnaire aurait toutefois la priorité pour le transport.[524]

B.6.2 Appréciation des preuves

B.6.2.1 CTM – Intr/oduction

283 TMR, Favre Martigny et Retripa ont décidé de créer un centre commun de transfert et de tri des déchets à la suite de discussions et de rencontres initiées dès mai 2017. Il s'en est suivi un long processus de discussion et de négociation pour former cette entreprise et pour obtenir notamment toutes les autorisations en la matière. En août 2020, l'entreprise a été constituée par-devant notaire. L'activité a débuté à proprement parler en mai 2022. Chacun des actionnaires détient un tiers de l'entreprise et il était prévu que le CTM réunisse le site de TMR (à savoir le « site des Vorziers ») et le site de Favre Martigny – TMR et Favre Martigny ne pouvant dès lors plus les utiliser à leurs propres fins – tout en y combinant le savoir-faire de Retripa dans la gestion des déchets et de certains équipements.[525] Le projet ne s'est jamais complètement réalisé et le site de Favre Martigny – le Quai Favre – n'a pas été intégré au CTM lorsque l'activité a débuté. Par ailleurs, la signature de la convention d'actionnaires est demeurée en suspens. Il y a cependant lieu de relever que toutes les dispositions avaient été prises pour que la réalisation du CTM soit immédiatement complétée (à savoir l'intégration du Quai Favre). Au vu de l'activité du CTM et de ses résultats, les actionnaires et le conseil d'administration ont décidé, le 18 octobre 2023, de dissoudre le CTM.[526]

284. Le CTM était théoriquement ouvert à d'autres actionnaires, toutefois, la convention d'actionnaires interdisait aux actionnaires de céder leurs titres durant une période de dix ans sans l'accord écrit des autres actionnaires.[527] Par ailleurs, la convention d'actionnaires prévoyait d'obliger ces derniers à apporter les déchets collectés au CTM, respectivement aux deux infrastructures, pour autant que le transit via le CTM apportait une plus-value en termes de logistique, et ce pour les déchets situés dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice.[528] Le CTM serait devenu par conséquent, pour un nombre important de déchets, un site incontournable pour ses actionnaires.

285. La création du CTM – telle que prévue par la convention d'actionnaires – reposait donc essentiellement sur deux infrastructures. La première infrastructure était le Quai Favre. Il s'agit d'un quai de transfert spécialisé, en particulier pour les ordures ménagères, le papier, le carton et le verre. Ces déchets sont en général les déchets les plus importants pour les collectivités publiques, et donc les déchets les plus courants dans les appels d'offres publiques.[529]

286. La deuxième infrastructure mise à disposition par les actionnaires du CTM était le site des Vorziers, détenu par TMR.[530] Cette infrastructure n'existait pas avant la création du CTM. TMR disposait à cet endroit d'une surface importante désormais dédiée à la création d'un centre de tri.[531]

287. Une fois que les déchets étaient massifiés et optimisés sur les sites du CTM, les transports vers l'exutoire étaient sous-traités.[532]

B.6.2.2 But poursuivi par les actionnaires

288. Les actionnaires du CTM souhaitaient avant tout optimiser et massifier (voir N 65 s. ci-dessus) les déchets afin de réduire leurs coûts en liant le site des Vorziers et le Quai Favre tout en y combinant les machines et le savoir-faire de Retripa pour la gestion des déchets.

289. Le Quai Favre, préexistant, pratiquait déjà l'optimisation et la massification des déchets, en particulier des ordures ménagères, du papier, du carton et du verre, ceux-ci comptant parmi les principaux déchets récoltés pour le compte des collectivités publiques, et était ouvert aux entreprises tierces. A l'inverse, le site des Vorziers est un nouveau site de tri (contrairement au Quai Favre qui est un quai de transfert) résultant notamment du transfert d'une partie des activités du site de Saillon de Retripa. Ce site apportait une valeur ajoutée notable par rapport à la situation précédente car il permettait de regrouper une quantité de déchets plus importante pour précisément procéder au tri.[533]

290. D'autres motivations ont également poussé les entreprises à se regrouper. Dans un e-mail saisi, […] a écrit en date du 27 août 2020 à […] qu'il avait certes calculé des prix « entreprise » tenant compte de la concurrence et du transport, mais qu'il fallait se laisser un peu de marge.[534] Il était entendu par-là que les actionnaires devaient se laisser une marge sur les prix des

[521] A IV.6, l. 822 à 827.
[522] A IV.6, l. 828 à 832.
[523] A IV.6, l. 836 à 847.
[524] A IV.6, l. 849 à 870.
[525] A IV.4, l 825 ss, A IV.5, l. 622 ss, A IV.6, l. 650 ss.
[526] A I.95.
[527] A III.A.57, point 4.1.2.
[528] A III.A.57, annexe 3.2.1.
[529] A III.A.57, annexe 3.3.1.
[530] A III.A.57, annexe 3.4.1.
[531] Il s'agit d'un centre de tri ou de pré-tri n'excluant ainsi pas que la matière soit encore triée dans une étape ultérieure.
[532] A III.A.57, annexe 3.2.1; A I.28, p. 26, réponse aux questions 73-74.
[533] A IV.A.6, l. 734 ss.
[534] A III.A.50.

transferts des déchets. Par ailleurs, Favre Martigny avait également mentionné une autre motivation à la création du CTM: celle de se prémunir contre une entrée sur le marché par un nouveau concurrent, Transvoirie. A l'époque, lorsque les discussions avaient été initiées entre les actionnaires, il existait un risque de voir cette société pénétrer le marché valaisan, et les actionnaires souhaitaient optimiser leurs coûts pour résister à cette éventuelle entrée.[535] TMR a confirmé ce dernier point.[536]

B.6.2.3 Organisation du CTM

291. Selon la convention d'actionnaires, il était prévu de louer les deux sites, soit le site des Vorziers et le Quai Favre, au CTM pour une durée de dix ans,[537] tout comme il était prévu que les prestations fournies par les actionnaires soient facturées à un tarif donné au CTM.[538] Même si l'intention du CTM consistait à engager du personnel à terme, il n'était pas exclu que le personnel des actionnaires ait fourni des prestations au CTM, comme mentionné aux points 3.3, 3.4 et 3.5 de ladite convention énonçant les engagements des trois actionnaires. En outre, les engagements communs des actionnaires stipulaient de collecter ou faire collecter des déchets auprès des collectivités, des déchetteries ou de l'industrie, publiques ou privées pour les déposer au CTM.[539] Le périmètre du CTM était clairement défini comme étant les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice.[540] Les engagements des membres pour louer leurs sites, leur personnel et pour y faire transiter leurs déchets montrent que le CTM avait besoin des actionnaires pour fonctionner. Par ailleurs, la convention prévoyait que Retripa ait pris en charge les services de secrétariat et de facturation, s'occupant donc de la comptabilité, et qu'elle ait mis à disposition du CTM des équipements (tels que pelles, bennes ou encore compacteurs).[541]

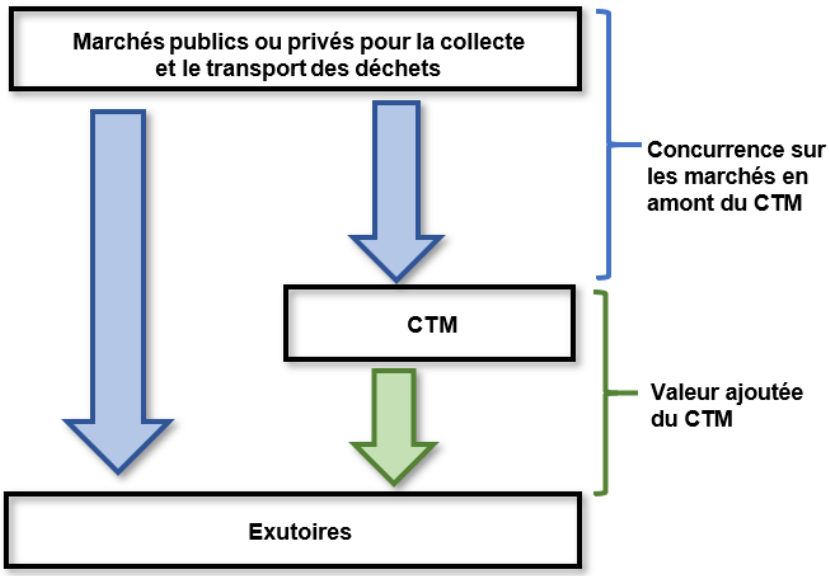
292. Le CTM est né par conséquent de la cession d'éléments centraux (sites, machines et personnel) pour l'activité future des actionnaires. Il aurait été par exemple beaucoup plus difficile pour Favre Martigny de fonctionner sans l'utilisation de son quai de transfert. Il existait ainsi un lien de dépendance économique mutuelle entre le CTM et les actionnaires. En outre, le fait qu'un actionnaire gérait le secrétariat, la facturation et la comptabilité démontre la dépendance du CTM envers ses actionnaires (en tout cas en ce qui concerne Retripa) tant pour sa gestion que pour son fonctionnement quotidien. A cela s'ajoutait que les liens personnels entre les personnes impliquées dans le projet du CTM pour les différents actionnaires étaient relativement forts et s'inscrivaient dans la durée.[542] Ils étaient même cordiaux et dépassaient le cadre purement professionnel, comme en témoignent les nombreux échanges ou encore le ton des messages envoyés entre les différentes personnes impliquées.[543] Il sied par ailleurs de relever que la transmission d'informations entre le CTM et ses actionnaires, ou entre des employés affectés au CTM et leurs entreprises respectives, n'a pas été réglementée. Par exemple, aucun système de « *Chinese wall* » n'a été mis en place ou même prévu, ce qui était d'autant plus problématique que […], qui était chargé de l'exploitation du CTM[544], était lui-même responsable (avec […] et […]) du calcul des offres pour les marchés publics pour le compte de Retripa.[545]

293. Finalement, comme mentionné ci-dessus (voir N 287), le CTM demeurait dans l'incapacité d'effectuer des transports et devait recourir à des transporteurs. Dans ce contexte, le CTM aurait eu recours à des transporteurs externes uniquement si les actionnaires ne voulaient ou ne pouvaient pas prendre en charge le mandat de transport.[546]

B.6.2.4 Valeur ajoutée du CTM dans le cycle du déchet

294. Le graphique ci-dessous illustre à gauche un transport direct à l'exutoire et à droite un transfert *via* un des sites du CTM:

[535] A IV.A.4, l 808 s.
[536] A IV.A.6, l. 682 ss.
[537] A III.A.57, annexe 3.3.1 et 3.4.1.
[538] A III.A.57, annexe 3.3.4.
[539] A III.A.57, article 3.2.1.
[540] A III.A.57, annexe 3.2.1.
[541] A III.A.57, annexe 3.5.1.
[542] Voir par exemple les nombreux rendez-vous et e-mails échangés entre eux, dans les documents électroniques séquestrés auprès de l'entreprise Favre Martigny (A III.A).
[543] A titre d'exemples: A III.A.137, A III.A.138, A III.A.140, A III.A.98, A III.A.100, A III.A.121, A III.A.116, A III.A.91, A III.A.92, A III.A.129, A III.A.141, A III.A.130, A III.A.131, A III.A.178, A III.A.514, A III.A.180, A III.A.183, A III.A.185, A III.A.184, A III.A.186, A III.A.191 et A III.A.192.
[544] A IV.6, l. 636.
[545] A IV.6, l. 102 à 104.
[546] A IV.4, l. 864 à 870 et A IV.5, l. 827 à 840.



295. Les actionnaires ont échangé des estimations concernant les tonnages par type de déchet qui transiteraient par le CTM, afin de déterminer si l'entreprise était viable, et ont décidé sur cette base des prix du CTM.[547] Elles ont donc déterminé de concert des prix de transferts pour tous les déchets transitant par le CTM, ces prix couvrant l'intégralité des prestations du CTM, du dépôt des déchets à leur transport vers l'exutoire. Par ailleurs, les informations échangées sur le nombre de tonnes par type de déchet et par entreprise constituent des informations confidentielles. Même si une partie des informations pourrait être reconstruite avec peine à partir des statistiques publiques de certains déchets, il est toutefois impossible d'effectuer de telles estimations pour des déchets qui contiennent potentiellement des apports d'entreprises privées (soit pratiquement tous les types de déchets, hormis les ordures ménagères). Finalement, les informations échangées se rapportaient à des informations futures et elles avaient par conséquent un caractère sensible, d'autant qu'elles n'étaient pas reconstituables dans leur ensemble.

296. Le document Excel « RECAP – TOUS », échangé dans le but de déterminer les prix des transferts des déchets, permettait d'évaluer la valeur ajoutée du CTM en comparant les prix d'entrée et de sortie, c'est-à-dire le prix payé par l'actionnaire lors du dépôt du déchet au CTM et son prix à la sortie du CTM.[548] Par exemple, les ordures ménagères (OM) avaient un prix d'entrée de CHF 25.- et un prix de sortie de CHF 0.-, ce qui impliquait que la valeur ajoutée du CTM s'élevait à CHF 25.-. Pour le verre, il est prévu un prix d'entrée de CHF 15.- et un prix de sortie négatif de CHF 2.- ce qui impliquait une valeur ajoutée de CHF 17.- pour le verre. Le prix d'entrée pour le papier et le carton était de CHF 0.- tandis qu'il était négatif, à moins CHF 25.- à la sortie, impliquant une valeur ajoutée de CHF 25.-.

297. Dans le cadre de l'enquête, l'entreprise Favre Martigny a indiqué des estimations à la tonne pour le transport des ordures ménagères, du papier et carton ainsi que du verre pour différentes communes.[549] Le tableau ci-dessous reporte les estimations par tonnes pour les ordures ménagères, lesquelles peuvent varier fortement selon différents facteurs comme notamment la distance et la complexité de la collecte impliquant que la valeur ajoutée du CTM varie pour chaque marché.

[547] A III.A.40.
[548] A III.A.40.
[549] A I.42, annexes 2, 3 et 4.

Communes	Prix OM par tonne	Proportion de la valeur ajoutée du CTM pour CHF 25.-
[...], 2020-2021	CHF […]	[10-20 %]
Martigny-Combe, 2012-2019	CHF […]	[10-20 %]
Martigny-Combe, 2021	CHF […]	[15-25 %]
Martigny, dès 2021	CHF […]	[15-25 %]
Fully, 2013-2021	CHF […]	[15-25 %]
Isérables, 2016-2021	CHF […]	[10-20 %]
Evionnaz, dès 2019	CHF […]	[10-20 %]

298. Le tableau ci-dessus indique par conséquent que la valeur ajoutée du CTM (estimée et prévue à CHF 25.- la tonne d'ordures ménagères) variait entre 10 % et 25 %, et correspondait plus ou moins entre un sixième et un cinquième de la valeur des offres déposées pour les marchés publics.

299. Des analyses similaires pour le verre indiquent que la valeur ajoutée du CTM s'élevait entre 5-10 % à 30-40 % en retenant une valeur ajoutée de CHF 17.-, correspondant plus ou moins d'un dixième à un tiers de la valeur des offres déposées pour les marchés publics.[550] Si une valeur ajoutée de CHF 25.- était retenue pour le papier et le carton,[551] des analyses similaires indiquent que la valeur ajoutée du CTM aurait varié entre 5-10 % et 10-20 %. Il est à noter que les tarifs pour le papier et le carton diffèrent significativement en 2022 par rapport aux prévisions de 2019. En effet, l'actionnaire a perçu CHF 50 de la part du CTM pour tout dépôt d'une tonne de papier en 2022. Par conséquent, que l'on considère une valeur ajoutée de CHF 25.- ou de CHF 50.-, les pourcentages dans le tableau ci-dessus peuvent fortement varier.

300. En conclusion, la valeur ajoutée estimée du CTM sur l'ensemble du cycle du déchet était plus ou moins comprise entre 10 à 20 % de la valeur finale des offres déposées dans les marchés publics, cela en considérant les ordures ménagères, le papier, le carton et le verre. La fixation des prix de transfert entre actionnaires se répercutait en partie sur la détermination des tarifs lors des soumissions publiques.

B.6.2.5 Effets potentiels des prix du CTM sur le marché

301. Le premier effet concernait une possible discrimination de concurrents non-actionnaires et opérant dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice. En effet, le CTM prévoyait trois types de tarifs: des tarifs « Internes » applicables à ses actionnaires, des tarifs « Entreprises » et des tarifs « Privés ». Un transporteur concurrent non-actionnaire se voyait appliquer les tarifs « Entreprises ».[552] En ce qui concerne par exemple le papier, un actionnaire du CTM gagnait CHF 50.- pour le dépôt d'une tonne de papier et/ou carton au CTM, alors qu'une entreprise externe, soit un transporteur concurrent aux actionnaires, pouvait déposer la tonne de papier et/ou carton sans rien gagner. Cette différence de prix de CHF 50.- aurait pu jouer un rôle important lors du dépôt des offres dans les marchés publics (différence potentielle d'environ 10-30 % par tonne de papier ou carton pour les offres de Favre Martigny). Une différence de prix semblable existait également pour le verre (un actionnaire aurait payé CHF 15.- par tonne déposée contre CHF 30.- pour un tiers, ce qui aurait impliqué une différence de 5-35 % sur la valeur des offres). Une telle différence était donc de nature à infléchir notablement les chances de tout concurrent transporteur non-actionnaire lors du dépôt des offres pour les marchés publics dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice.

302. Le deuxième effet concernait une potentielle augmentation du prix du transfert de certains déchets. Les documents préparatoires du CTM prévoyaient fin 2019 un coût de CHF 25.- par tonne d'ordures ménagères.[553] La même année, Favre Martigny a déposé une offre auprès de la commune de Martigny-Combe pour le transport des ordures ménagères (en passant par son propre quai de transfert) à un prix de CHF 21.-, tandis que TMR avait déposé un tarif de CHF 25.-, sans posséder de quai de transfert pour les ordures ménagères.[554] Il est également relevé que le prix coûtant du transfert d'une tonne d'ordures par le quai de Favre Martigny est inférieur à CHF 21.- et s'élève à […][555], soit bien en deçà des prix prévus pour le CTM (20-30 % supérieur au prix coûtant et 19 % supérieur au tarif déposé par Favre Martigny auprès de la commune de Martigny-Combe). Cette potentielle augmentation de prix aurait affecté les ordures ménagères de l'ensemble des actionnaires y transitant, en particulier à partir des districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice.

[550] A I.42, annexe 3.
[551] A I.42, annexe 4.
[552] A IV.6, l. 788 à 832 et les annexes C.1 à C.3.
[553] A III.A.40.
[554] A V.A.31, p. 2.
[555] A III.A.37.

C Considérants

C.1 Champ d'application

C.1.1 Champ d'application personnel

303. La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 al. 1 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 (art. 2 al. 1bis LCart). La loi sur les cartels suit ainsi une approche économique: les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique.[556]

304. L'*indépendance économique* est, selon la pratique, une condition constitutive de la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1bis LCart.[557] Cela signifie que les entités qui ne prennent pas part de manière autonome au processus économique ne doivent pas être qualifiées d'entreprises au sens de la LCart.[558] Cela est notamment important dans les relations de groupe[559]: en présence d'un groupe, ce ne sont pas les différentes sociétés du groupe qui doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart, mais c'est le groupe dans son ensemble qui est considéré comme une entreprise.[560] Il découle ainsi de ce qui précède qu'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart doit premièrement prendre part au processus économique, et deuxièmement le faire de façon autonome.

305. Concernant cette seconde condition, celle de l'autonomie, elle n'est pas remplie lorsqu'une entité est contrôlée par un tiers, et que cette entité ne peut pas suivre sa propre stratégie commerciale, mais plutôt celle dictée par le tiers qui la contrôle.[561] En droit des cartels, la notion de contrôle se retrouve à l'art. 1 OCCE[562], selon lequel une entreprise en contrôle une autre lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette dernière.

306. En l'espèce, Favre et Studer, Favre Martigny, Retripa et TMR sont manifestement des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart. En ce qui concerne le CTM, il est relevé qu'il offrait lui-même des prestations d'optimisation et de massification (voir not. N 283 ss) et que, bien qu'il dépendait de ses actionnaires, dont des représentants étaient chargés tant de sa direction quotidienne que de sa haute direction (N 291 ss), aucun de ses actionnaires ne le contrôlait: chaque actionnaire disposait d'un tiers des actions du CTM[563] ainsi que d'un siège au conseil d'administration (avec signature collective à deux).[564] La convention d'actionnaire ne prévoyait en outre aucun droit de blocage ou autre privilège à l'un et/ou l'autre actionnaire. Ainsi, aucun actionnaire du CTM n'était en position d'imposer au CTM sa stratégie commerciale et, partant, aucun actionnaire du CTM ne contrôlait ce dernier. Il doit ainsi être retenu qu'avant sa dissolution, le CTM constituait une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart.

307. Partant et en résumé, les entités économiques suivantes (comprenant leurs sociétés affiliées) constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence:

i) Favre et Studer SA;

ii) Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny;

iii) RETRIPA VALAIS SA;

iv) TMR Transports de Martigny et Régions SA;

v) Centre de Transferts Martigny SA.

La LCart s'applique ainsi sur le plan personnel à toutes ces entreprises.

C.1.2 Champ d'application matériel

308. Sur le plan matériel, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

309. La question de savoir si, en l'espèce, il existe des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart fait l'objet de la présente décision. Comme le démontreront les explications correspondantes ci-dessous (N 316 ss), les comportements examinés en l'espèce relèvent du champ d'application matériel de la LCart.

C.1.3 Champ d'application territorial

310. Sur le plan territorial, la LCart est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (principe des effets; art. 2 al. 2 LCart). Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur le champ d'application territorial de la loi sur les cartels, car celui-ci est manifestement donné.

C.1.4 Champ d'application temporel

311. La loi sur les cartels s'applique aux états de fait qui se sont produits alors qu'elle était en vigueur. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le champ d'application temporel de la loi sur les cartels, car celui-ci est manifestement donné.

---

[556] TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 82), art. 2 N 7 (et les références citées).

[557] Voir p. ex. TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3, *DCC*; voir aussi ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3e édiotion 2023, N 298.

[558] ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; voir DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 82), art. 2 N 20 et les références citées.

[559] Voir p. ex. ATF 139 I 107 consid. 10.4.1, *Publigroupe*; ATF 148 II 321 consid. 6.2 f., *Flammarion*; TAF, B-3882/2021 du 16.2.2023 consid. 9.3, *Obligation de renseigner*.

[560] TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 48, DCC. Voir aussi TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*; TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 7.1.1 et les références citées, *Flügel und Klaviere*; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 4.1.3, *Nikon*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; de manière générale, voir Picht in SIWR V/2 (n. 82), N A.33 ss.; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (n. 82), art. 2 N 31; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 81), art. 2 N 113 et les références citées; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 81), art. 2 LCart N 30 s.

[561] DPC 2016/4, 955 s. N 309, *Sport im Pay-TV*.

[562] Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

[563] A III.A.57, annexe 1.3.

[564] <https://vb.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-336.927.634> (30.01.2024).

C.2 Compétence de la Commission plénière de la COMCO

312. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 1re phrase LCart et l'art. 10 RI-COMCO[565]. Selon ces dispositions, la COMCO prend en plénière les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat.

313. En l'espèce, il s'agit de décider, au moyen d'une décision finale, si des mesures et/ou des sanctions doivent être prises à l'encontre des entreprises mentionnées au N 307 ci-dessus en raison d'une infraction à la LCart. La COMCO elle-même est en principe compétente pour prendre une telle décision (art. 10 al. 1 RI-COMCO). Etant donné qu'aucun autre organe de la COMCO n'est compétent en l'espèce (p. ex. selon l'art. 19 al. 1 3e phrase LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss RI-COMCO), c'est la compétence générale de décision qui est pertinente. En l'espèce, c'est donc la Commission qui est compétente.

C.3 Prescriptions réservées

314. 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).

315. Il n'existe aucune disposition qui ne permette pas la concurrence sur les marchés à apprécier en l'espèce. Les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart ne sont pas non plus invoquées par les parties.

C.4 Accord illicite en matière de concurrence

C.4.1 Introduction

316. L'art. 4 al. 1 LCart définit ce qu'il est compris par « accords en matière de concurrence » dans la LCart. Si une coopération ne remplit pas tous les éléments constitutifs de cette définition, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper; la coopération est licite en droit des cartels, sous l'angle de l'infraction de l'accord. En revanche, si une coopération doit être qualifiée d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, son illicéité ou non est alors examinée selon l'art. 5 LCart. Le principe est fixé à l'art. 5 al. 1 LCart: un accord en matière de concurrence est illicite a) s'il affecte de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique ou b) s'il conduit à la suppression d'une concurrence efficace. Pour certains objets d'accords, la loi présume à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que la concurrence efficace est supprimée, cette présomption étant réfutable. L'art. 5 al. 2 LCart traite des motifs d'efficacité justificatifs, qui doivent être examinés plus en détail dans le cas des accords en matière de concurrence qui affectent de manière notable la concurrence efficace.

C.4.2 Accord en matière de concurrence

317. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entrainent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

318. Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1 LCart se définit donc par les éléments constitutifs suivants: a) au moins deux entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents (voir N 319 s.), b) une coordination de comportement au sens d'une action collective consciente et voulue (en tant que terme générique englobant l'accord et les pratiques concertées; N 321 ss) et c) l'objet ou l'effet d'une restriction à la concurrence (N 327 ss).[566]

C.4.2.1 Entreprise de niveaux de marché identiques ou différents

319. Un accord en matière de concurrence suppose que deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes agissent de concert. Les conventions et pratiques concertées entre sociétés-filles appartenant à la même entreprise au sens de l'art. 2 LCart, ne sont pas couvertes.[567]

320. On parle d'accords horizontaux lorsque deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes, situées au même niveau du marché, restreignent la concurrence par un comportement coordonné.[568] Des entreprises se trouvent au même niveau du marché lorsqu'elles sont effectivement ou potentiellement en concurrence les unes avec les autres en raison de la substituabilité de leurs biens ou services. Il importe peu que les entreprises parties à l'accord se fassent effectivement concurrence (concurrence actuelle) ou qu'elles soient seulement en mesure de se faire concurrence (concurrence potentielle).[569]

[565] Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15 juin 2015 (Règlement interne COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

[566] Voir ATF 147 II 72 consid. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; TF, 2C_43/2020 du 21.12.2021 consid. 7.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 25), *Dargaud*; ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*, avec les références à l'ATF 144 II 246 consid. 6.4, *Altimum*.

[567] Voir ATF 147 II 72 consid. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; TF, 2C_43/2020 du 21.12.2021 consid. 7.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 25), *Dargaud*; ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*, avec les références à l'ATF 144 II 246 consid. 6.4, *Altimum*.

[568] DPC 2020/3a, 1105 N 1188, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1814 N 418, *Bauleistungen Graubünden*; voir Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 543 s.

[569] TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.1.2, *Leasing/CA Auto Finance Suisse SA*; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 298, *Hallenstadion*; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.2.13, *Baubeschläge/SFS unimarket*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 4 I N 80 et 84; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 4 I LCart N 104.

C.4.2.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue)

321. Les accords sous forme de conventions ainsi que les pratiques concertées sont des moyens de coordination du comportement.[570] Une pratique constitue un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart lorsqu'il s'agit d'une *action collective consciente et voulue* des entreprises concernées.[571] La coordination de comportement permet donc à la coopération pratique de se substituer à la concurrence, laquelle comporte des risques.[572]

322. Une base contractuelle formelle de la coopération consciente et voulue n'est pas nécessaire; ce sont plutôt les pratiques concertées, voire les accords contraignants, qui sont pertinents, les accords se distinguant des pratiques concertées par la présence ou l'absence d'une volonté de s'engager.[573] La forme juridique ou factuelle de la coopération et la possibilité de l'imposer sont sans importance.[574] Le seul élément déterminant est que deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes coopèrent et renoncent ainsi consciemment et volontairement à déterminer individuellement leur propre position concurrentielle.[575]

323. Il ressort de ce qui précède que les *conventions* constituent une action consciente et voulue. Pour qu'il y ait une convention, il faut qu'il y ait un consensus entre les entreprises concernées sur le mode de coopération des entreprises. Au regard du droit des obligations, un tel consensus se réalise par des déclarations de volonté réciproques et concordantes des parties (art. 1 al. 1 CO).[576] Les déclarations correspondantes peuvent être expresses (écrites ou orales), implicites (art. 1 al. 2 CO) ou tacites (art. 6 CO).[577] La convention selon l'art. 4 al. 1 LCart va toutefois au-delà du contrat de droit des obligations, car les accords non contraignants sur le plan juridique sont également couverts par cette notion (ce que l'on appelle les *gentlemen's agreements*): seule la volonté de s'engager est déterminante.[578] La question de savoir s'il existe des déclarations de volonté explicites ou implicites de la part des entreprises et si celles-ci ont conduit à un consensus effectif (également appelé consensus naturel) des entreprises est une question de fait.[579]

324. L'art. 4 al. 1 LCart prévoit que les pratiques concertées sont également considérées comme des accords en matière de concurrence, même si les entreprises n'ont pas la volonté de s'engager de manière démontrable (voir N 322). Il s'agit là d'une forme de coordination de comportement entre entreprises qui n'est certes pas encore allée jusqu'à la conclusion d'un contrat au sens propre du terme, mais qui substitue sciemment une coopération pratique à la concurrence et aux risques qu'elle entraine.[580] Dans cette mesure, les pratiques concertées constituent moins un état de fait subsidiaire qu'une notion autonome relevant du droit des cartels, qui englobe tous les moyens imaginables de coordination de comportement.[581] Une telle coopération effective, non fixée juridiquement, a pour objectif de réduire l'incertitude quant à l'attitude qu'adopteront les autres acteurs du marché. Elle permet aux entreprises d'anticiper plus facilement le comportement de leurs concurrents et d'y adapter leur propre comportement. La concertation se caractérise par une exploitation d'informations difficilement accessibles dans des conditions normales de marché mais devenues disponibles en raison d'un échange délibéré d'informations entre les acteurs du marché. Cette compréhension découle du postulat d'indépendance selon lequel chaque entreprise doit déterminer de manière autonome la politique qu'elle entend mener sur le marché commun.[582]

325. Une pratique concertée présuppose les éléments suivants: a) une prise de contact directe ou indirecte entre les entreprises concernées (c'est-à-dire une concertation, en particulier un échange d'informations), b) un comportement (sur le marché) correspondant à la concertation (effet de la concertation) et c) un lien de causalité entre la concertation et le comportement (p. ex. prise en compte des informations échangées dans le comportement concret sur le marché).[538] La question de savoir si ces trois conditions sont remplies est une question de fait. Il n'est en revanche pas nécessaire d'examiner à ce stade si le comportement sur le marché constaté conduit ou peut conduire à une restriction à la concurrence.[584] Selon la systématique de la loi, cela ne doit être examiné que lors de l'examen de la question de savoir si une restriction à la concurrence est visée ou entrainée (voir N 327 ss).

326. A noter que la concertation peut consister en un comportement informatif unilatéral d'une entreprise, dans la mesure où il peut être présumé que le ou les concurrent(s) concerné(s) adapteront en conséquence leur propre comportement sur le marché.[585]

---

[570] Voir à ce sujet et sur la suite: ATF 147 II 72 consid. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*.
[571] Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 544 N. 224.1; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1, *Altimum*; ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*.
[572] ATF 147 II 72 consid. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*.
[573] ATF 147 II 72 consid. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[574] TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.2, *Gaba*; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.4, *Gebro*; BSK KG-REINERT (n. 81), art. 4 I N 48 et les références citées.
[575] Voir ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.7.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*; STOFFEL in SIWR V/2 (n. 82), N B.9 ss et les références citées.
[576] ATF 147 II 72 consid. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1, *Altimum*.
[577] ATF 147 II 72 consid. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[578] ATF 147 II 72 consid. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[579] Parmi d'autres, TF, 4A_659/2017 du 18.5.2018 consid. 4.1 et les références citées. Cela s'applique également en droit des cartels, comme le montre par exemple l'ATF 144 II 246 consid. 6.5, *Altimum*, sans le déclarer explicitement. Voir aussi TAF, B-552/2015 du 14.11.2017 consid. 4.4, *Türprodukte*; TF, 5A_127/2013 du 1.7.2013 consid. 4.1; ATF 116 II 695 consid. 2; BSK KG-REINERT (n. 81), art. 4 I N 52 et les références citées.
[580] ATF 129 II 18 consid. 6.3, *Buchpreisbindung*.
[581] A ce sujet, ATF 147 II 72 consid. 3.4.1, 3.4.2.2, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[582] Voir ATF 147 II 72 consid. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 4 I N 55 et les références citées.
[583] Voir à ce sujet ATF 147 II 72 consid. 3.4, *Hors-Liste-Medikamente II*; TAF, B-552/2015 du 14.11.2017 consid. 4.1, *Türprodukte*; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.1, *Baubeschläge/SFS unimarket*.
[584] ATF 147 II 72 consid. 3.4.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[585] ATF 147 II 72 consid. 3.4.2.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

C.4.2.3 Restriction à la concurrence visée ou entrainée

327. En plus d'une action collective, un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart doit viser ou entrainer une restriction à la concurrence.

328. Il y a « restriction à la concurrence » lorsque, en comparant la situation concurrentielle avec accord et la situation concurrentielle hypothétique sans accord, « il y a un moins »; autrement dit, lorsqu'une coordination de comportement limite la liberté d'action des participants à la concurrence en ce qui concerne certains paramètres de la concurrence (essentiellement: prix, quantité et qualité, service, conseil, publicité, conditions commerciales, marketing, recherche et développement) de telle sorte que les fonctions essentielles de la concurrence s'en trouvent réduites ou limitées.[586] La convention ou la pratique concertée doit donc porter sur un paramètre de la concurrence (tel que le prix, la quantité et la qualité, le service, le conseil, la publicité, les conditions commerciales, le marketing, la recherche et le développement ou les conditions de livraison).[587] Comme l'explique le Tribunal fédéral, la restriction au sens de l'art. 4 al. 1 LCart est encore neutre du point de vue du droit de la concurrence.[588] C'est l'examen selon l'art. 5 LCart qui permet de déterminer si la restriction à la concurrence est licite ou illicite.[589]

329. L'art. 4 al. 1 LCart prévoit que les éléments constitutifs de l'infraction « viser » et « entrainer » sont alternatifs et non cumulatifs, comme le montre déjà le mot « ou » dans le texte de la loi.[590] En raison de ce caractère alternatif, il n'est pas nécessaire que l'accord déploie des effets concrets; il suffit qu'il ait pour objet une telle restriction.[591]

330. Une convention ou une pratique concertée a pour objet de restreindre la concurrence lorsque les participants ont pour programme d'éliminer ou d'affecter un ou plusieurs paramètres de la concurrence ou, en d'autres termes, lorsque la restriction à la concurrence est inhérente à la coordination de comportement.[592] Pour apprécier ce potentiel, plusieurs facteurs sont pertinents: il en va ainsi notamment du contenu de la coopération, des objectifs qu'elle poursuit, du contexte économique et juridique et, dans ce cadre, de la nature des produits et services concernés ainsi que du fonctionnement et de la structure des marchés en cause.[593] Une intention subjective des parties à l'accord ou des effets réels ne sont pas nécessaires. Il suffit que le contenu de l'accord soit objectivement apte à provoquer une restriction à la concurrence en éliminant un paramètre de la concurrence.[594]

331. Une convention ou une pratique concertée a pour effet de restreindre la concurrence lorsqu'elle entraine une restriction à la concurrence,[595] c'est-à-dire lorsque son application est à l'origine de l'élimination ou de la limitation d'un ou de plusieurs paramètres de la concurrence.[596] C'est le cas lorsqu'elle modifie artificiellement la concurrence et que le marché s'est développé différemment de ce qu'il serait devenu sans elle, compte tenu de la coordination de comportement mise en place.[597] Sont pris en compte non seulement les effets passés et présents, mais il suffit également qu'un effet se produise dans un avenir proche avec une probabilité suffisante. La coordination de comportement doit être causale pour les effets réels ou potentiels.[598]

C.4.3 Suppression de la concurrence efficace

332. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, la suppression de la concurrence efficace est présumée en présence des accords suivants, dans la mesure où ils sont passés entre des entreprises se trouvant effectivement ou potentiellement en concurrence entre elles:

a. Les accords qui fixent directement ou indirectement des prix;

b. Les accords qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;

c. Les accords qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

C.4.3.1 Accords horizontaux sur les prix, les territoires ou les partenaires commerciaux

C.4.3.1.1 Accords sur les prix, les territoires ou les partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c

333. L'art. 5 al. 3 let. a LCart vise les accords portant sur la fixation directe ou indirecte des prix (accord sur les prix). La notion d'accord sur les prix est interprétée de manière large: elle comprend, en tant qu'objet de l'accord, outre le prix, tous les éléments ou composantes du prix. La présomption ne s'applique pas seulement à l'accord sur les prix en tant que tel, mais aussi à la fixation

[586] ATF 147 II 72 consid. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 303, *Hallenstadion*; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 2.2.3, *BMW*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.3, *Gaba*; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.6, *Gebro*.

[587] Parmi d'autres: DPC 2020/1, 202 N 834, *KTB-Werke*; DPC 2018/4, 790 N 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; DPC 2018/2, 240 N 32, *Gym80*.

[588] ATF 147 II 72 consid. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[589] ATF 147 II 72 consid. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[590] ATF 147 II 72 consid. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; voir aussi entre autres TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 303, *Hallenstadion*; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 2.2.3, *BMW*.

[591] ATF 147 II 72 consid. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 144 II 246 consid. 6.4.2, *Altimum*.

[592] ATF 147 II 72 consid. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[593] Voir aussi CJE, ECLI:EU:C:2023:529, N 32 et les références citées, *Super Bock*; Lignes directrices du 27. 4.2004 relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité), JO C 101, p. 97 ss, N 22.

[594] ATF 147 II 72 consid. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.3, *Gaba*; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.6, *Gebro*.

[595] Voir p. ex. DPC 2020/4a, 1813 N 408, *Strassenbau Graubünden*.

[596] ATF 147 II 72 consid. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; dans ce sens également, notamment: TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 303, *Hallenstadion*.

[597] A ce sujet et concernant ce qui suit: ATF 147 II 72 consid. 3.6 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[598] ATF 147 II 72 consid. 3.6 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II*; voir ATF 129 II 18 consid. 5.1, *Buchpreisbindung*.

[599] ATF 129 II 18 consid. 6.5.5, *Buchpreisbindung*; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 6.2.1, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-7756/2015 du 16.8.2022 consid. 9.3.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

commune de fourchettes de prix, de marges, de rabais, d'avantages, d'éléments de prix ou de calculs de prix.[599] En outre, l'accord doit être susceptible d'avoir un effet d'harmonisation des prix.[600]

334. L'art. 5 al. 3 let. c LCart s'applique quant à lui aux accords de répartition des marchés par territoire ou par partenaire commercial. Il y a accord de répartition des marchés par partenaires commerciaux lorsque des entreprises concluent un accord visant à répartir entre eux les acheteurs des prestations qu'elles proposent ou leurs fournisseurs.[601] L'art. 5 al. 3 let. c LCart doit être interprété au sens large et ne concerne pas seulement les accords dans lesquels la répartition est fixée directement (p. ex. les clauses de protection de la clientèle entre entreprises concurrentes), mais aussi les accords qui répartissent indirectement les marchés en fonction des partenaires commerciaux.[602] La COMCO a ainsi décidé que l'art. 5 al. 3 let. c LCart s'applique également aux accords qui se limitent à fixer le mécanisme de répartition des partenaires commerciaux.[603]

C.4.3.2 Renversement de la présomption légale de suppression de la concurrence

335. Si les conditions de l'art. 5 al. 3 LCart sont remplies, il est présumé de par la loi que l'accord en matière de concurrence supprime la concurrence efficace. Cette présomption peut être renversée en prouvant que, malgré l'accord en matière de concurrence, il subsiste une concurrence externe – actuelle et potentielle – effective (concurrence exercée par des entreprises non parties à l'accord) ou une concurrence interne (concurrence entre les entreprises parties à l'accord).[604] Pour pouvoir en juger, il convient tout d'abord de délimiter les marchés géographiques, de produits et éventuellement temporels pertinents.

C.4.3.2.1 Marché pertinent

336. Lors de la définition du marché pertinent selon le droit des cartels, il convient de déterminer – par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE – quels sont les produits ou services qui sont substituables pour les partenaires potentiels de l'échange du point de vue matériel, géographique et, le cas échéant, temporel.[605]

337. En effectuant cette définition, il convient de tenir compte du sens et du but de la délimitation du marché. Ceux-ci résident moins dans la création d'une définition générale du marché pour un secteur économique que dans la possibilité de déterminer la position concrète des entreprises concernées sur le marché et l'importance de la restriction à la concurrence examinée.[606] La détermination du marché pertinent est également importante notamment pour le montant d'une éventuelle sanction. Il s'ensuit que la délimitation du marché dépend de la restriction (éventuelle) à la concurrence qui est concrètement examinée. Cette circonstance peut à son tour avoir pour conséquence que le contenu de la délimitation du marché diverge selon le comportement examiné (accords, abus de position dominante, concentration d'entreprises), bien qu'il concerne le même secteur économique.[607] Le point de départ est toujours le comportement concrètement examiné.[608]

a. Partenaires potentiels de l'échange

338. Pour les trois aspects de la délimitation du marché (matériel, local, temporel), le point de vue des partenaires potentiels de l'échange est important.[609] Les « partenaires potentiels de l'échange » sont les acheteurs concrets des prestations ou des biens qui font l'objet de l'éventuelle restriction à la concurrence examinée.[610] Si les autorités de la concurrence examinent par exemple le comportement d'une entreprise dominante sur le marché, c'est le point de vue des acheteurs du produit vendu par l'entreprise dominante qui est déterminant pour la délimitation du marché.[611] En revanche, lorsque les effets d'un accord de concurrence sont examinés, les personnes physiques ou morales qui achètent ou fournissent les biens ou services visés par l'accord doivent être considérées comme les partenaires potentiels de l'échange.[612]

---

[600] TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023, consid. 6.2.1.9, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-807/2012 du 25.6.2018, consid. 10.2.3, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau/Erne*.

[601] Voir DPC 2020/4a, 1817 N 432, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1110 N 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 474.

[602] DPC 2020/3a, 1110 N 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 444 N 595 et 701, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2017/3, 447 N 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 450; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 436 ss.

[603] Voir DPC 2020/3a, 1110 N 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 444 N 595, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; DPC 2017/3, 421 N 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

[604] ATF 129 II 18 consid. 8.1 et les références citées, *Buchpreisbindung*; voir TAF, B-771/2012 du 25.6.2018 consid. 8.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere*; Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 561.

[605] ATF 139 I 72 consid. 9.1 et les références citées, *Publigroupe*; ATF 129 II 497 consid. 6.3.1, *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.1, *Hallenstadion*; ATF 129 II 18 consid. 7.2 et 7.3.1, *Buchpreisbindung*.

[606] DPC 2017/3, 448 N 215 ss, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DPC 2020/3a, 1111 N 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 61 ss; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (n. 81), art. 4 II N 94; voir p. ex. OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, p. 11.

[607] TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 274 et les références citées (entre autres à la pratique européenne), *ADSL II* (et les références citées – également entre autres à la pratique européenne); voir aussi p. ex. DPC 2020/4a, 1818 N 440, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1111 s. N 1229, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 445 N 600, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

[608] Voir TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2.1, 5.3.3 et 7.2.3, *Hallenstadion*; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, 5.4.3.8, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 5.3.1.3.2, *ASCOPA*.

[609] ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe*; ATF 141 II 66 consid. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente I*.

[610] TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, *ADSL II*; p. ex. aussi DPC 2020/4a, 1818 N 441, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 445 s. N 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

[611] TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, *ADSL II*.

[612] DPC 2020/4a, 1818 N 441, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/2, 445 s. N 601, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

b. Marché des produits pertinent

339. 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, applicable par analogie en l'espèce).[613]

340. L'élément déterminant est donc de savoir si, dans un cas concret, des produits ou des services sont en concurrence du point de vue des partenaires potentiels de l'échange. Cela est le cas si les personnes concernées les considèrent comme substituables en ce qui concerne leurs caractéristiques et l'utilisation prévue, c'est-à-dire s'ils sont interchangeables d'un point de vue matériel. L'interchangeabilité fonctionnelle (concept de marché des besoins) des biens et des services du point de vue des partenaires potentiels de l'échange ainsi que d'autres méthodes permettant de déterminer la substituabilité des biens et des services du point de vue de la demande sont déterminantes. Le point de vue subjectif des personnes concernées par la restriction concrète de la concurrence est déterminant. La substituabilité s'évalue donc sur la base d'un point de vue concret, éventuellement observable empiriquement.[614] Il convient de partir de l'objet de l'enquête concrète.[615]

c. Marché géographique pertinent

341. 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).[616]

C.4.3.2.2 Concurrence externe

342. Il s'agit de déterminer ci-après dans quelle mesure les entreprises participant à l'accord en matière de concurrence sont disciplinées dans leur comportement par la concurrence externe actuelle ou potentielle de telle sorte que la concurrence efficace ne soit pas éliminée.

a. Concurrence actuelle

343. Il y a concurrence externe suffisante lorsque des entreprises tierces qui ne participent pas à l'accord sont en mesure d'influencer les forces concurrentielles sur le marché en cause dans une mesure telle que la concurrence effective n'est pas éliminée.[617] Pour ce faire, l'intensité de la concurrence externe effective doit être évaluée sur la base des structures concrètes du marché. Le poids des entreprises tierces sur le marché en cause par rapport aux participants à l'accord est notamment déterminant à cet égard.[618]

b. Concurrence potentielle

344. S'il n'existe pas de concurrence externe effective suffisante pendant la période concernée pour renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace, il convient d'examiner si et dans quelle mesure les parties à l'accord sont ou étaient confrontées à une concurrence potentielle. Concrètement, il s'agit de savoir si des concurrents potentiels pouvaient ou auraient pu pénétrer sur le marché en cause. Si tel est le cas, il convient d'évaluer si cette concurrence potentielle est ou était suffisante pour renverser – malgré l'accord en matière de concurrence – la présomption de suppression de la concurrence efficace. L'évaluation des barrières à l'entrée sur le marché est au premier plan. Sur les marchés caractérisés par des barrières à l'entrée élevées, la concurrence potentielle est typiquement faible, voire inexistante. Ces barrières à l'entrée peuvent notamment consister en des obstacles juridiques, des investissements non amortissables, des coûts de transport élevés ou des surcapacités sur le marché concerné.[619]

C.4.3.2.3 Concurrence interne

345. Dans la mesure où la concurrence externe ne suffit pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace, il reste à examiner si ladite présomption peut être renversée en raison de la concurrence qui subsiste entre les parties à l'accord (concurrence interne). Une telle concurrence peut exister de deux manières: soit parce que les parties à l'accord ne respectent pas l'accord (concurrence interne au sens strict), soit parce que, malgré l'accord, la concurrence reste suffisante en ce qui concerne les paramètres de concurrence non convenus, mais déterminants sur le marché concret (concurrence résiduelle).[620]

C.4.4 Affectation notable de la concurrence

346. Les accords qui ne suppriment pas la concurrence efficace sont illicites, lorsqu'ils affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart).

347. Dans son arrêt Gaba et concernant les accords « durs » visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, le Tribunal fédéral a retenu que le critère de la notabilité constituait une clause bagatelle et qu'une mesure minime suffisait déjà pour admettre la notabilité.[621] Il a retenu que les accords

[613] ATF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2 et les références citées, *Hallenstadion*; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 52, *Hallenstadion*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 269, *ADSL II*.

[614] TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.7, *Leasing/CA Auto Finance*.

[615] Voir de manière générale: ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe*; ATF 129 II 18 consid. 7.3.1, *Buchpreisbindung*; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 53, *Hallenstadion*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, *ADSL II*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9, *Gaba*.

[616] ATF 139 I 72 consid. 9.2.1 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.4.1, *Hallenstadion*; ATF 129 II 18 consid. 7.2, *Buchpreisbindung*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 302, *ADSL II*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9.2, *Gaba*.

[617] Voir DPC 2016/3, 674 N 165, *Flügel und Klaviere*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 238; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 487.

[618] Voir DPC 2016/3, 674 ss N 166 ss, *Flügel und Klaviere*; DPC 2013/2, 185 ss N 216 ss, *Spedition*.

[619] DPC 2020/4a, 1821 N 461, *Strassenbau Graubünden*; DPC 2017/3, 450 N 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 508 s.

[620] Cf. ATF 129 II 18 consid. 8.3.4, *Buchpreisbindung*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 237; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 109; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 161.

[621] Sur l'ensemble: ATF 143 II 297 consid. 5.1, 5.2 et 5.6, *Gaba*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 7.3.1, *Hallenstadion*, selon lequel une appréciation globale et différenciée des accords en matière de concurrence n'est pas l'objet de l'art. 5 al. 1 LCart.

durs doivent en principe être considérés comme une affectation notable à la concurrence. Une analyse sur la base de critères quantitatifs n'est pas nécessaire pour de tels accords. En outre, ni les effets concrets ni la mise en œuvre ne sont nécessaires. Il suffit au contraire que les accords durs puissent potentiellement affecter la concurrence: en effet, c'est déjà la conclusion d'un accord dur, et non sa mise en œuvre, qui crée un climat nuisible à la concurrence, nuisible au fonctionnement de la concurrence sur le plan économique ou social.[622] En d'autres termes, les accords en matière de concurrence qui tombent sous le coup de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart sont en principe déjà des restrictions notables à la concurrence en raison de leur objet, un élément quantitatif n'étant généralement pas nécessaire à cet effet.[623] Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises.[624]

348. S'il n'y a pas d'accord selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, l'accord ne doit être considéré comme une atteinte considérable à la concurrence que si l'appréciation globale sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs montre qu'il ne s'agit pas d'un cas bagatelle.[625] Ces critères se comportent comme un « système mobile »[626] ou comme deux vases communicants: plus l'un des éléments est important, moins l'autre l'est.[627] L'examen global se fait au cas par cas. Une atteinte qualitativement grave peut être importante malgré des effets quantitativement minimes. Inversement, une atteinte dont les effets sont quantitativement importants peut affecter la concurrence de manière significative, même si elle n'est pas qualitativement grave.[628]

349. En ce qui concerne l'élément qualitatif, il convient d'apprécier l'importance du paramètre concurrentiel affecté par l'accord – et ce sur le marché concrètement concerné – ainsi que l'ampleur de l'atteinte à ce paramètre concurrentiel.[629] En ce qui concerne l'élément quantitatif, il s'agit en règle générale de déterminer l'ampleur de l'atteinte portée par l'accord au marché en cause, c'est-à-dire le « poids » de l'accord et des entreprises qui y sont parties sur le marché concerné (p. ex. parts de marché, chiffres d'affaires, etc.).[630] Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il suffit que les parties à l'accord détiennent ensemble une part de marché non négligeable.[631]

350. Pour déterminer dans quelle mesure l'accord affecte la concurrence d'un point de vue quantitatif, il convient de prendre en compte la concurrence actuelle et potentielle des entreprises tierces qui ne participent pas à l'accord (concurrence externe), ainsi que la concurrence interne qui subsiste entre les parties à l'accord (voir à ce sujet les explications sous N 342 ss ci-dessus).

C.4.5 Justification par des motifs d'efficacité

351. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart:

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.

352. Premièrement, il convient d'examiner si l'accord en question répond à l'un des motifs d'efficacité légaux susmentionnés. Deuxièmement, l'accord en question doit être nécessaire à la mise en œuvre du motif d'efficacité. Troisièmement, il convient d'examiner s'il n'existe aucune possibilité de supprimer une concurrence efficace.

C.4.5.1 Motifs justificatifs

353. L'énumération des motifs justificatifs de l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive, les motifs énumérés devant être compris au sens large.[632] Pour que l'existence d'une justification soit admise, il suffit que l'un d'entre eux soit donné.[633] La prise en compte d'autres motifs non économiques est interdite aux autorités de la concurrence.[634] Les éventuels intérêts publics prépondérants qui pourraient plaider en faveur d'une autorisation exceptionnelle d'un accord en soi illicite au regard du droit

[622] ATF 143 II 297 consid. 5.4.2, *Gaba*, confirmé dans l'ATF 144 II 194 consid. 4.3.2, *BMW*.

[623] ATF 143 II 297 consid. 5.2.5, *Gaba*, confirmé dans l'ATF 144 II 194 consid. 4.3.1, *BMW*; ATF 144 II 246 consid. 10.1 s., *Altimum*; TF, 2C_44/2020 du 3.3.2022 consid. 11.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 321), *Flammarion*.

[624] ATF 144 II 194 consid. 4.3, *BMW*; ATF 144 II 246 consid. 10.3, *Altimum*; TF, 2C_39/2020 du 3.8.2022 consid. 8.3 (consid. non publié à l'ATF 148 II 521), *Diffulivre*; ATF 147 II 72 consid. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; TF, 2C_101/2016 du 18.5.2018 consid. 10.1, *Altimum*; TF, 2C_1016/2014 du 9.10.2017 consid. 3.1 et 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; TF, 2C_1017/2014 du 9.10.2017 consid. 3.1 et 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

[625] Par ex. DPC 2020/4a, 1827 N 513, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2018/4, 835 N 142, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII*; voir aussi TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 6.3.2, *ASCOPA*; RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 201; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 173 et les références citées.

[626] ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter du 29.6.2015, N 16 et 59.

[627] ATF 143 II 297 consid. 5.2.2, *Gaba*, confirmé dans TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 7.3.1, *Hallenstadion*.

[628] DPC 2020/3a, 1117 N 1271 ss, *Bauleistungen See-Gaster*. Voir aussi art. 14 lit. b de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 12.12.2022, <www.weko.admin.ch/fr> Législation et documentation > Communications / Notes explicatives (22.01.24).

[629] DPC 2022/1, 224 N 1580, *Abreden im Bereich Luftfracht*; DPC 2020/4a, 1827 N 514, *Bauleistungen Graubünden*; DPC 2020/3a, 1117 N 1272, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2016/3, 739 N 131, *Saiteninstrumente*; DPC 2015/2, 179 N 112, *Interchange Fees II*; DPC 2013/2, 194 N 258, *Spedition*; DPC 2012/1, 105 N 175, *Hallenstadion*; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 E. 6.4.2.3, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 187; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 176.

[630] TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 369, *Hallenstadion*; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 9.2.4, *BMW*; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 6.5.1, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 230; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 137.

[631] ATF 129 II 18 consid. 5.2.1, *Buchpreisbindung*; voir aussi à ce sujet TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 6.5.1.1, *ASCOPA*.

[632] Voir à ce sujet ATF 129 II 18 consid. 10.3, *Buchpreisbindung*; ATF 144 II 246 consid. 13.2, *Altimum*; DPC 2020/3a, 1122 N 1306, *Bauleistungen See-Gaster*.

[633] ATF 143 II 297 consid. 7.1, *Gaba*; ATF 144 II 246 consid. 13.2, *Altimum*; ATF 129 II 18, 45 consid. 10.3, *Buchpreisbindung*.

[634] Dans ce sens, ATF 147 II 72 consid. 7.2, *Hors-Liste-Medikamente II*, selon lequel la notion d'efficacité doit être comprise dans un esprit économique.

des cartels doivent être évalués par le Conseil fédéral (art. 8 LCart). L'examen des motifs justificatifs d'efficacité économique se fait toujours au cas par cas.[635]

354. Il convient d'ajouter qu'il n'existe pas déjà des motifs d'efficacité économique lorsqu'un comportement restreignant la concurrence est efficace du point de vue de l'économie d'entreprise des entreprises concernées; il faut plutôt que l'accord puisse être considéré comme efficace du point de vue de l'économie globale ou des partenaires potentiels de l'échange.[636]

C.4.5.2 Nécessité de l'accord

355. L'atteinte à la concurrence doit être nécessaire pour accroître l'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.[637] L'accord est nécessaire si, premièrement, il permet d'atteindre l'objectif d'efficacité (aptitude), deuxièmement, s'il n'existe pas de moyen moins dommageable permettant d'atteindre le même objectif (nécessité) et, troisièmement, s'il n'affecte pas la concurrence de manière excessive par rapport à l'objectif d'efficacité visé (adéquation).[638]

C.4.5.3 Possibilité de supprimer la concurrence efficace

356. La notion de suppression de la concurrence efficace doit être comprise comme à l'art. 5 al. 1 LCart. Toutefois, contrairement à ce dernier, l'art. 5 al. 2 let. b LCart n'exige pas qu'il y ait suppression; il suffit ici que la possibilité d'une telle suppression soit ouverte.[639] Il suffit donc que l'accord sur la concurrence donne aux parties à l'accord la possibilité d'éliminer la concurrence efficace à l'avenir.[640] La question de savoir si cette possibilité existe se détermine d'un point de vue objectif et dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret.

C.5 Accord illicite en matière de concurrence: [...] ([…])

357. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la soumission de [...] (voir N 122 ss).

C.5.1 Accord en matière de concurrence

C.5.1.1 Entreprises de niveaux de marché identiques ou différents

358. Dans le cas d'espèce, les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer sont actives sur les mêmes échelons de marché. Elles sont en concurrence notamment pour la collecte et le transport des déchets vu qu'elles étaient concurrentes pour l'appel d'offres de [...]. Cette condition est ainsi donnée.

C.5.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue)

359. Il a été prouvé que Favre Martigny et Favre et Studer ont coordonné leur comportement pour l'appel d'offres de la commune de [...] (N 167 ss). Concrètement, il y a eu trois échanges entre les parties à l'accord, dont deux par téléphone. Les contacts par téléphone ne peuvent par nature pas se produire de manière fortuite; au contraire, ils démontrent que Favre Martigny a recherché le contact avec Favre et Studer afin de discuter de l'appel d'offres. Favre et Studer savait également très bien ce que Favre Martigny souhaitait, à savoir avoir le moins de concurrents dangereux à l'ouverture des offres (N 180). Les intentions des deux parties étaient donc réciproquement connues et Favre Martigny a agi afin de convaincre Favre et Studer de ne pas déposer d'offre. Finalement, à la suite des démarches de Favre Martigny, Favre et Studer a renoncé à déposer son offre pour la commune de [...] se conformant ainsi à ce que Favre Martigny souhaitait, respectivement, ce qu'elle avait clairement exprimé lors de leurs échanges. Favre Martigny et Favre et Studer se sont donc entendues sur le comportement que Favre et Studer devait adopter, à savoir renoncer au dépôt de son offre dans le cadre de la soumission de [...], de telle sorte qu'il existe une coordination de comportement entre ces entreprises. Cette condition est ainsi donnée.

C.5.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entrainée

360. La coordination portait sur le comportement que Favre et Studer devait adopter lors de l'appel d'offres de [...], à savoir ne pas déposer une offre. Par conséquent, le non-dépôt d'une offre calculée, signée et datée – quand bien même celle-ci était supérieure à l'offre ayant remportée l'appel d'offres concerné, comme en l'espèce – correspond à une suppression d'offre et donc à la suppression d'une alternative crédible limitant d'emblée le choix de l'adjudicateur. Inviter un plus grand nombre d'entreprises aurait dû permettre à la commune d'avoir de nouvelles options (N 157) et de bénéficier de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le fait de supprimer une offre crédible et sérieuse affecte nécessairement la concurrence, peu importe que cette offre soit ou non la plus avantageuse économiquement. Ici également, cette condition est donc donnée.

C.5.1.4 Conclusion intermédiaire

361. Vu ce qui précède, il existe bien un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre les parties.

---

[635] TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 10.1, *BMW*; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 13, *Gaba*; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 12, *Gebro*.

[636] ATF 143 II 297 consid. 7.1, *Gaba*.

[637] ATF 144 II 246 consid. 13.5.3, *Altimum*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 332.

[638] Voir sur l'ensemble ATF 143 II 297 consid. 7.1, *Gaba*; ATF 147 II 72 consid. 7.2*, Hors-Liste-Medikamente II*; sur la nécessité, également ATF 129 II 18 consid. 10.4, *Buchpreisbindung*.

[639] Voir aussi Message LCart 1994 FF 1995 I 472, 557 s., selon lequel l'art. 5 al. 2 let. b, LCart ne doit pas seulement tenir compte de l'état actuel des conditions de concurrence, mais aussi de l'évolution future découlant de l'accord de concurrence. Dans ce sens également DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 5 N 328. Contre cette différence, ATF 144 II 246 consid. 13.1, *Altimum*, et CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 341, en considérant que la condition prévue à l'art. 5 al. 2 let. b LCart est remplie sans autre examen si la présomption a été supprimé.

[640] A ce sujet: CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 337; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 5 N 328.

C.5.2 Suppression de la concurrence efficace

C.5.2.1 Accord horizontal de répartition des marchés ou des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart

362. L'objet de l'accord en matière de concurrence entre Favre Martigny et Favre et Studer est le non-dépôt de l'offre de Favre et Studer dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...]. Le fait que Favre et Studer renonce au dernier moment à déposer son offre alors que l'entreprise l'avait établie et signée, et que cette offre était donc prête à être remise, constitue une suppression d'offre. La suppression d'une offre sérieuse avantage par conséquent l'attribution du mandat à l'entreprise qui bénéficie de cette suppression. L'accord en matière de concurrence entre les parties était de nature à affecter l'attribution du mandat, ce qui constitue une répartition en fonction des partenaires commerciaux, visé par l'art. 5 al. 3 let. c LCart. De tels accords sont présumés entrainer la suppression de la concurrence efficace. Dans ce qui suit, il est examiné si la présomption de la suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

C.5.2.2 Renversement de la présomption légale de suppression de la concurrence

363. Afin d'examiner si la présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché pertinent.

C.5.2.2.1 Marché pertinent

a. Partenaire de l'échange

364. Dans le cas d'espèce, le partenaire de l'échange est la commune de [...], qui a sollicité des prestations pour collecter […] en procédant à un appel d'offres. La commune de [...] a invité […] entreprises sises dans le Bas-Valais et le Valais central, lesquelles sont, selon leurs activités, capables d'effectuer les prestations désirées par la commune de [...].

b. Marché de produit pertinent

365. En l'espèce, l'accord en matière de concurrence porte sur l'appel d'offres de la commune de [...] pour […]. Par conséquent, il est retenu que le marché pertinent des produits englobe la fourniture de l'ensemble de ces services demandés lors de cet appel d'offres.

c. Marché géographique pertinent

366. Dans le cas d'espèce, la commune de [...] a invité […] entreprises spécialisées dans le transport de déchets; […] entreprises implantées dans le Bas-Valais y ont répondu tandis que les […] entreprises restantes situées dans le Valais central n'ont pas déposé d'offres.[641] Favre et Studer avait la volonté incontestable de déposer une offre, elle y a toutefois renoncé à la suite des échanges avec Favre Martigny, l'entreprise ayant remporté le marché (N 122 s.). Deux entreprises du Valais central se sont excusées auprès de la commune de [...]; l'une a invoqué un changement de responsable en cours et l'autre une impossibilité technique et administrative de répondre à l'appel d'offres (N 172). Aucune des trois entreprises n'a invoqué l'impossibilité de répondre à l'appel d'offres au vu des distances à parcourir, alors qu'il est notoire dans la profession que l'élimination des ordures ménagères doit se faire dans l'usine d'incinération avec laquelle la commune a conclu un contrat. En outre, les documents de l'appel d'offres précisent sans ambiguïté que les ordures ménagères de la commune de [...] doivent être éliminées auprès de la SATOM, alors que les exutoires pour tous les autres déchets sont laissés au libre choix du soumissionnaire.[642]

367. En l'espèce, Favre Martigny a répété durant toute la procédure qu'il n'était pas efficace économiquement parlant d'opérer hors giron de la SATOM, c'est-à-dire en dehors du territoire de la SATOM à cause des surcoûts de transport engendrés, soit des kilomètres non productifs (N 170). Toutefois, il ne convient pas dans le cas d'espèce de limiter le marché géographique au territoire de la SATOM pour les arguments suivants:

- […], entrepreneur expérimenté, voulait clairement déposer une offre pour la commune de [...] notamment car son entreprise souhaite développer ses parts de marché (N 177); il a en outre déclaré lui-même que [...] était une région limitrophe dans laquelle son entreprise était active;
- […] a en outre déclaré que pour attaquer un gros marché, il serait prêt à délocaliser un camion (N 171). Rien ne justifie qu'il n'en serait pas aussi de même pour d'autres transporteurs – comme Favre et Studer – et le marché de [...] était intéressant car le contrat durait […] ans (N 119);
- Favre Martigny opère précisément hors de sa zone d'activité lorsqu'elle transporte les ordures ménagères de la commune […] à la station d'incinération UTO pour les communes du Valais central;[643] la commune […] est précisément comme celle de [...] située [...] (N 106);
- Favre et Studer n'a jamais invoqué la distance de parcours jusqu'à la SATOM pour expliquer à la commune de [...] pourquoi elle avait finalement décidé de ne pas déposer son offre;
- Aucune des deux entreprises du Valais central excusées auprès de la commune de [...] n'a invoqué la distance de parcours jusqu'à la SATOM comme principale raison pour ne pas déposer d'offre;
- L'exutoire était uniquement déterminé pour l'une des six prestations que le soumissionnaire devait fournir à la commune de [...], soit les ordures ménagères; cinq des autres prestations n'avaient soit pas d'exutoire, soit un exutoire laissé au libre choix du soumissionnaire (N 170); il est cependant relevé que la prestation pour la collecte et le transport des ordures ménagères constituait le poste le plus important pour l'appel d'offres.

[641] A I.1, N 2 ss.
[642] A.V.20, Avenant N 1 du 13 juin 2019, p. 2 ss.
[643] A.V.28, p. 4.

368. Même si la distance joue un rôle certain dans le calcul d'une offre et donc dans les coûts finaux du soumissionnaire, la délimitation du marché géographique ne saurait être arbitrairement limitée au prétexte que la distance génèrerait des coûts additionnels. Le fait que la commune de [...] invite […] entreprises du Valais central et le fait qu'une d'entre elles avait établi deux offres et avait la ferme volonté de répondre à cette invitation démontre que le marché géographique ne peut être limité au Bas-Valais seulement. Par conséquent, il est retenu en l'espèce que le marché géographique est délimité par les régions du Bas-Valais et du Valais central.

d. Conclusion intermédiaire

369. Le marché pertinent d'espèce est délimité par l'appel d'offres de la commune de [...] pour les régions du Bas-Valais et du Valais central.

C.5.2.2.2 Concurrence externe

370. Dans ce qui suit, il est examiné dans quelle mesure la concurrence actuelle et potentielle discipline le comportement des participants à l'accord en matière de concurrence.

a. Concurrence externe actuelle et potentielle

371. […] entreprises autres que Favre Martigny et non contactées par cette dernière ont déposé une offre à la suite de l'invitation de la commune de [...]. Il s'agit de […], concurrents externes à l'accord en matière de concurrence. Afin d'analyser la force de la concurrence externe, il est nécessaire de passer en revue ces entreprises.

372. L'offre […] était supérieure de [45-60] % à l'offre de Favre Martigny […] et comportait des irrégularités singulières. Ainsi, […] a exactement indiqué le même prix unitaire de CHF 1'497.05 pour quatre positions très différentes. Une telle offre ne peut être considérée comme une offre sérieuse. En outre, la commune de [...] n'a pas pu trouver d'autres explications à une telle singularité si ce n'est que le soumissionnaire ne souhaitait pas investir trop de temps lors de l'établissement de son offre (N 163). Par conséquent, le potentiel de concurrence provenant d'une offre élevée et bâclée doit être considéré comme faible voire nulle.

373. Avec une offre de [25-40] % plus élevée que l'offre de Favre Martigny, TMR a avoué être passée à côté du marché selon ses propres termes (N 233). Par ailleurs, il y a lieu de relever que TMR ne dispose que d'un camion poubelle alors que Favre Martigny en dispose d'un nombre plus important. Selon les prévisions établies pour le CTM, Favre Martigny devait apporter au CTM au moins trois à quatre fois plus de tonnes d'ordures ménagères que TMR.[644] En outre, Favre Martigny disposait d'un quai de transfert pour les ordures ménagères mais aussi pour le verre et le papier lors de l'appel d'offres de [...], alors que TMR en était dépourvue. TMR a également relevé que le marché de [...] était complexe au vu des nombreux points de collecte et que, même en essayant de suivre Favre Martigny, TMR n'a pas réussi à déposer une offre crédible (N 156). A l'inverse, Favre Martigny connaissait déjà très bien le marché, puisqu'elle était déjà en charge de ces tâches (N 124). Dans ces conditions, la concurrence externe émanant de TMR demeurait faible.

374. L'offre de Retripa Valais est supérieure de [5-20] % à l'offre de Favre Martigny. Même si Retripa a elle-même déclaré qu'elle n'était pas intéressée par le marché et qu'elle a soumissionné uniquement sur insistance de la commune afin de leur proposer d'autres solutions (N 157), Retripa représentait toute de même une certaine pression concurrentielle pour Favre Martigny.

375. Par ailleurs, la concurrence potentielle est limitée aux entreprises invitées par la commune à déposer une offre, ce à quoi s'ajoute que parmi les trois entreprises qui n'ont pas répondu à l'appel d'offres, deux entreprises ont expressément décliné l'invitation, et elles ne peuvent donc même pas être considérées comme des concurrentes potentielles.

C.5.2.2.3 Concurrence interne

376. Comme indiqué (N 359), Favre et Studer a renoncé à déposer une offre en faveur de Favre Martigny, laquelle a remporté l'appel d'offres de la commune de [...]. Toutefois, Favre et Studer a accepté tacitement la demande de Favre Martigny. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que Favre Martigny a été informée de la décision de Favre et Studer de ne pas déposer son offre. Par conséquent, Favre Martigny a dû agir, respectivement calculer son offre en gardant en tête que Favre et Studer aurait pu soumissionner. Il est donc retenu qu'il existait un résidu de concurrence interne, respectivement une certaine pression concurrentielle potentielle de la part de Favre et Studer.

C.5.2.2.4 Conclusion intermédiaire

377. En considérant conjointement le potentiel de concurrence interne et externe, la présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée. Il est toutefois nécessaire d'examiner ci-après si l'accord en matière de concurrence a notablement affecté la concurrence efficace.

C.5.3 Affectation notable de la concurrence

C.5.3.1 Critères qualitatifs

378. En ce qui concerne les critères qualitatifs, il est constaté que Favre Martigny et Favre et Studer se sont coordonnées sur le comportement à adopter lors de la soumission de [...], à savoir sur la suppression de l'offre de Favre et Studer. Une telle suppression d'offres était immanquablement de nature à favoriser l'attribution du mandat à Favre Martigny tout en réduisant le choix d'alternatives pour l'adjudicateur. Or, la commune de [...] cherchait précisément à obtenir plusieurs offres pour – comme l'a relevé Retripa – avoir de nouvelles idées (N 158). En ce sens, un comportement visant à supprimer une alternative – dangereuse pour un soumissionnaire mais souhaitée par l'adjudicateur – constitue une entente sur un paramètre concurrentiel fondamental dans l'attribution du contrat. De manière générale, les

[644] A III.A.40.

cartels de soumission, qui constituent des accords durs, engendrent selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une atteinte notable à la concurrence efficace, indépendamment des critères quantitatifs (voir N 347).

C.5.3.2 Critères quantitatifs

379. Comme rappelé au paragraphe précédent, une analyse des critères quantitatifs n'est en principe pas nécessaire pour les accords durs au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, comme en l'espèce. Au vu du peu d'offres sérieuses reçues par la commune de [...] (voir N 123), le présent cas impliquant le retrait d'une offre n'est manifestement pas un cas bagatelle.

C.5.3.3 Appréciation globale

380. Au vu de ce qui précède, l'accord de répartition des territoires entre les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer constitue une affectation notable à la concurrence.

C.5.4 Conclusion intermédiaire

381. L'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart a affecté notablement la concurrence. Sous réserve de motifs d'efficacité économique, cet accord est illicite.

C.5.5 Justification pour des motifs d'efficacité économique

382. Il n'existe aucun motif d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) pouvant justifier l'accord en matière de concurrence dans le cas d'espèce. En effet, il ne peut exister de tel motif d'efficacité lorsqu'une offre, respectivement qu'une alternative crédible est supprimée alors que l'adjudicateur souhaitait précisément disposer de plusieurs offres. En outre, de tels motifs n'ont pas été avancés par les parties.

C.5.6 Résultat

383. Dans le cas d'espèce, Favre Martigny et Favre et Studer ont conclu un accord en matière de concurrence, lequel favorisait Favre Martigny pour l'attribution du mandat, ce qui constitue une répartition en fonction des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart. La présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée. Toutefois, l'accord en matière de concurrence affecte notablement la concurrence sans que des motifs d'efficacité économique le justifient. L'accord en matière de concurrence est par conséquent illicite.

C.6 Accord illicite en matière de concurrence: Fully (2013)

384. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss, s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la soumission de Fully (N 183 ss). A titre préliminaire, il est relevé que le marché public concerné, octroyé pour une durée de 5 ans (soit jusqu'au 31 décembre 2018),[645] échappe à la prescription (art. 49a al. 3 let. b LCart).

C.6.1 Accord en matière de concurrence

C.6.1.1 Entreprises de niveaux de marché identiques ou différents

385. Dans le cas d'espèce, les entreprises impliquées, soit Retripa, TMR ainsi que les entreprises mentionnées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 (N 186) sont des entreprises qui sont au moins des concurrentes potentielles sur le marché de la collecte et du transport de déchets. TMR et Retripa sont des concurrentes directes sur le marché de la collecte et du transport de déchets. Cette condition est ainsi donnée.

C.6.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue)

386. Retripa a appelé des potentielles concurrentes pour sonder leurs intérêts. Appeler quelqu'un par téléphone ne peut être une action fortuite. Il s'agit d'une action souhaitée de la part de la personne qui compose un numéro pour joindre la personne désirée, laquelle peut lui fournir la réponse sur l'intérêt d'une entreprise ou non à un appel d'offres. De plus, l'e-mail du 4 septembre 2013 de Retripa à Favre Martigny est également clair sur le fait que l'action de Retripa était consciente et voulue (N 186) lorsque Retripa écrit qu'elle *« continue à creuser »*, c'est-à-dire à s'informer sur les actions des papables sur le marché.[646] Par ailleurs, dès le moment où la contrepartie répond à l'appel, elle est également consciente qu'elle discute d'un marché en cours de préparation. Ainsi, les entreprises contactées par Retripa ont consciemment fait part de leur absence d'intérêt (à tout le moins) pour la sous-traitance des transports, ce dont Retripa a pu inférer l'absence d'intérêt pour le marché à titre principal. Or, cette dernière information, soit qu'un concurrent n'est pas intéressé par un marché, est à même d'influencer potentiellement le comportement de Retripa en lien avec ce marché. La condition de la coordination de comportement est ainsi donnée.

C.6.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entrainée

387. Acquérir une information particulière comme la non-participation ou le désintérêt d'une entreprise à déposer une offre pour une soumission peut être de nature à influencer le comportement de l'entreprise qui a obtenu, quel qu'en soit le moyen, cette information. Or, Retripa a coordonné son comportement non pas qu'avec une entreprise mais avec plusieurs entreprises potentiellement concurrentes, lesquelles auraient pu déposer une offre pour la soumission de Fully en 2013. Ainsi, la somme des intérêts annoncés individuellement (mais tous reçus par Retripa) par les entreprises contactées constitue une information clairement plus sensible que l'intérêt individuel d'un seul concurrent potentiel. Connaître les intérêts de tous les papables potentiels est par conséquent de nature à influencer objectivement la concurrence sur le marché, respectivement le comportement de l'entre-

[645] A V.A.21.
[646] A III.A.94.

prise détentrice de cette information (soit la somme des échanges d'intérêts). Dans le cas d'espèce, en contactant différentes entreprises après avoir conclu une sous-traitance avec l'entreprise Favre Martigny, Retripa a acquis plusieurs informations qui indiquaient que Retripa serait selon toute vraisemblance la seule entreprise à déposer une offre pour la soumission de Fully, ce qu'elle a effectivement été. Acquérir une telle information est de nature à influencer objectivement le comportement de Retripa et donc l'expression de la concurrence sur le marché en question. Cette condition est ainsi également donnée.

C.6.1.4 Conclusion intermédiaire

388. Retripa a ainsi interpellé chacune des entreprises mentionnées – soit TMR, Fleutry SA, P & L Perraudin Transports SA, Samuel Rossier Transports SA et Primfer SA – afin de déduire les intérêts de ses (potentielles) concurrentes. Acquérir séparément l'information de tous les intérêts des (potentielles) concurrentes à déposer ou non une offre pour ladite soumission est indéniablement de nature à influencer le comportement, sur le marché concerné, de l'entreprise qui procède à cette acquisition. Partant, vu que la connaissance de l'intérêt de chaque (potentielle) concurrente et donc au final de l'ensemble des intérêts des (potentielles) concurrentes est de nature à influencer la concurrence, cet échange individuel d'informations ainsi que la coordination dans son ensemble constituent des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. C'est toutefois Retripa qui est au centre de cette acquisition d'intérêts, vu que c'est cette dernière qui est en mesure de tirer des conclusions de la somme des informations acquises, respectivement d'en profiter.

389. Un tel accord en matière de concurrence ne tombe sous aucune des hypothèses de l'art. 5 al. 3 LCart et doit donc être analysé selon l'art. 5 al. 1 LCart. Il est par conséquent nécessaire d'examiner si cet accord affecte notablement la concurrence efficace sur le marché pertinent.

C.6.2 Affectation notable de la concurrence

C.6.2.1 Marché pertinent

a. Partenaire de l'échange

390. Dans le cas d'espèce, le partenaire de l'échange est la commune de Fully qui a sollicité des prestations pour la gestion de sa déchetterie communale et pour la collecte du papier et du carton ainsi que du verre. L'appel d'offres était ouvert et toutes les entreprises actives dans le domaine de la gestion de déchetterie et de la collecte de déchet pouvaient y répondre.

a. Marché de produit pertinent

391. En l'espèce, l'accord en matière de concurrence porte sur l'appel d'offres de la commune de Fully pour la gestion de la déchetterie communale et pour l'enlèvement du papier et du carton ainsi que du verre. Par conséquent, il est retenu que le marché pertinent des produits englobe la fourniture de l'ensemble de ces services demandés lors de cet appel d'offres.

b. Marché géographique pertinent

392. En l'espèce, Fully se trouve dans la région du coude du Rhône, voisine à Martigny. Elle se trouve ainsi au centre de Bas-Valais; il ne s'agit donc pas d'une commune limitrophe au Valais central [...]. Par ailleurs, Retripa a contacté différentes entreprises pour sonder leurs intérêts, lesquelles sont principalement actives dans la région du Bas-Valais, plus précisément dans la région du coude du Rhône. Par conséquent, il y a lieu de définir le marché géographique comme étant la région formée par le Bas-Valais.

c. Conclusion intermédiaire

393. Au vu de ce qui précède, le marché pertinent d'espèce est délimité par l'appel d'offres de la commune de Fully (comprenant ainsi la gestion de la déchetterie communale et l'enlèvement du papier et du carton ainsi que du verre) pour la région du Bas-Valais.

C.6.2.2 Critères quantitatifs

394. Vu que l'accord en matière de concurrence sur la coordination des échanges d'intérêts ne constitue pas un accord dit dur, il y a lieu d'analyser les critères quantitatifs d'un tel accord pour déterminer si l'atteinte est notable.

a. Concurrence externe actuelle et potentielle

395. Aucune autre offre n'a été déposée. Par conséquent, la concurrence actuelle était inexistante. Quant à la concurrence potentielle, elle était également clairement limitée, si pas inexistante, dans le sens où Retripa avait déjà contacté la majeure partie des entreprises actives sur le marché pertinent.

b. Concurrence interne

396. Les entreprises qui ont mentionné à Retripa leur absence d'intérêt n'ont finalement pas déposé d'offres. /Le potentiel de concurrence interne était donc très faible, étant entendu qu'il restait une petite incertitude pour Retripa quant au fait que ces entreprises ne déposent effectivement pas d'offre.

C.6.2.3 Critères qualitatifs

397. Au vu de la très faible concurrence actuelle et potentielle, il y a lieu de retenir qu'un seul coup de téléphone peut influencer fortement l'expression de la concurrence sur des marchés oligopolistiques. A plus forte raison lorsqu'une entreprise agrège les intérêts de la plupart, si ce n'est de la totalité des entreprises potentiellement concurrentes, l'atteinte peut être qualitativement grave car le potentiel de discipline émanant de concurrentes désintéressées à l'appel d'offres est très faible.

C.6.2.4 Appréciation globale

398. S'il n'a pas éliminé la concurrence efficace, l'accord en matière de concurrence a affecté notablement la concurrence en considérant tant les aspects qualitatifs que quantitatifs.

C.6.3 Justification pour des motifs d'efficacité économique

399. En l'espèce, il n'existe aucun motif d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) qui pourrait justifier l'accord en matière de concurrence. En particulier, dès lors que

Retripa s'était engagée envers Favre Martigny à lui sous-traiter la collecte du papier/carton, il n'y avait aucune nécessité pour Retripa de sonder les intérêts d'autres entreprises, même en ce qui concerne la seule sous-traitance de cette collecte.

C.6.4 Résultat

400. Vu ce qui précède, un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart bénéficiant à Retripa seule doit être retenu, Retripa ayant agrégé les intérêts de la plupart de ses (potentielles) concurrentes pour la soumission de Fully. Cet accord a affecté notablement la concurrence efficace sur le marché pertinent au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il soit justifié par des motifs d'efficacité économique. Par conséquent, l'accord en matière de concurrence est illicite.

C.7 Accord illicite en matière de concurrence: Martigny-Combe (2019)

401. Comme il l'a été établi sous N 237 s. ci-dessus, les discussions entre les entreprises Favre Martigny, TMR et Retripa n'ont pas abouti sur une concordance de volonté suite au refus de Favre Martigny, de telle sorte que les entreprises Favre Martigny et TMR ont librement fixé le prix de leurs offres respectives dans le cadre du marché public de Martigny-Combe, y compris en ce qui concerne les prestations de transfert.

402. En l'absence de consensus, il n'existe pas dans ce contexte d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, et, *a fortiori*, d'accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5 LCart.

C.8 Accord illicite en matière de concurrence: CTM

403. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la création du CTM (voir N 241 ss).

C.8.1 Accord en matière de concurrence

C.8.1.1 Entreprise de niveaux de marché identiques ou différents

404. Dans le cas d'espèce, les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR sont actives sur les mêmes échelons de marché. Elles sont notamment en concurrence pour la collecte et le transport des déchets. Cette condition est ainsi donnée.

C.8.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue)

405. Les parties ont établi une coopération pour le transfert de tous types de déchet dans la région de Martigny en constituant une entreprise dénommée CTM. Afin de former le CTM, les parties ont participé à des réunions communes dès 2017 (N 283). Ces discussions se sont matérialisées par la rédaction d'une convention d'actionnaires en 2019, laquelle était aboutie vu qu'il ne manquait plus que les signatures des actionnaires, ainsi que par la mise en activité du CTM (sans toutefois y inclure le Quai Favre; N 283). Dans ce contexte, il n'existe aucun doute sur le fait que les parties ont toutes agi de manière consciente et voulue à l'établissement de cette coopération entre entreprises, matérialisée par la convention d'actionnaires. Cette condition est donc également donnée.

C.8.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entrainée

406. A titre liminaire, il est relevé que la création d'une entreprise commune n'est pas illicite en soi selon le droit des cartels, *a fortiori* lorsque de telles structures entrainent des effets pro-concurrentiels, par exemple en visant une exploitation plus rationnelle des ressources. Toutefois, dans le contexte de la création du CTM, les parties ont dû échanger des informations sensibles, notamment sur les tonnages pour chaque type de déchet qui transiteraient dans la région d'activité du CTM en établissant une prévision sur trois ans (N 295). Elles ont ainsi échangé des informations sensibles et futures sur leurs parts de marchés pour la collecte et le transport de tous types de déchets dans la région d'activité du CTM. Dans le cadre de ces discussions sur la création du CTM, il est inévitable que des échanges aient eu lieu également sur la stratégie des entreprises concernant notamment les développements futurs de chacune des entreprises en lien avec la création du CTM.

407. Par ailleurs et dans le cadre de ces discussions, les entreprises ont discuté et fixé des prix moyens pour chaque type de déchets afin d'établir un budget provisionnel. Ces prix moyens n'ont pas été appliqués car ils servaient avant tout à établir des budgets prévisionnels pour le CTM: ils étaient « fictifs » et servaient principalement à déterminer la viabilité de leur projet. Toutefois, le fait de s'échanger des informations sur les prix de transferts permet aux participants d'inférer la stratégie des autres entreprises en gagnant des informations plus précises sur le marché. Connaître en plus de détails la stratégie de concurrents, même seulement concernant les transferts de déchets, offre la possibilité à une entreprise de s'adapter et de modifier sa stratégie. Acquérir ce genre d'informations sur les parts de marché et la stratégie de transfert est objectivement de nature à influencer la concurrence sur le marché. Par la suite, les actionnaires ont fixé de concert des listes de prix pour les prestations par type de clients (interne, entreprise externe et personne privée) en se basant sur les prix moyens discutés au préalable. Cela n'a toutefois été fait que pour le site des Vorziers seulement.

408. Vu ce qui précède, cette condition est donc également donnée.

C.8.1.4 Conclusion intermédiaire

409. Dans le cadre de la planification, puis de la mise en activité du CTM, il existe un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR. Cette coopération a d'abord pris la forme d'un échange d'informations sensibles concernant d'une part les volumes de ces trois entreprises pour tous types de déchets dans la zone d'activité et d'autre part leur stratégie pour le transfert de déchets. Ces informations sensibles sont propres à influencer la stratégie des entreprises dans le futur.

410. Une fois le projet entériné, les actionnaires du CTM ont créé le CTM et l'ont géré conjointement, fixant notamment des prix pour les prestations du site des Vorziers.

C.8.2 Qualification selon l'art. 5 al. 1 ou al. 3 let. a LCart

411. Comme vu ci-dessus, l'accord entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR se compose d'une coopération globale portant sur plusieurs aspects, tous en vue de la création de l'exploitation du CTM. Il serait artificiel de diviser cette coopération en deux accords, le premier couvrant l'échange d'informations préalables à la création du CTM, le second la fixation des prix du site des Vorziers lors du démarrage de ses activités.

412. Parmi les aspects de la coopération figure notamment la fixation de prix du CTM pour les prestations du site des Vorziers. Toutefois, la fixation directe ou indirecte des prix ne fait pas l'objet de l'accord entre Favre Martigny, Retripa et TMR; c'est au contraire la création et l'exploitation du CTM qui en est l'objet, la fixation des prix des prestations du site des Vorziers étant simplement l'une des composantes de la coopération globale entre les actionnaires du CTM, inhérente à la mise en route des activités de ce dernier. Compte tenu toutefois des accords amiables conclus avec les entreprises concernées et la dissolution du CTM, il est renoncé à examiner davantage la question de savoir si la fixation des tarifs du site des Vorziers pourrait constituer un accord distinct sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart.

C.8.3 Affectation notable de la concurrence

C.8.3.1 Marché pertinent

a. Partenaires de l'échange

413. Le marché pertinent est défini selon les partenaires potentiels de l'échange, lesquels sont divisés en deux groupes: d'une part, les communes et les privés et, d'autre part, les acteurs privés.

b. Marché pertinent de produit

414. Les communes ou autres entités publiques (comme les hôpitaux) tout comme les acteurs privés sont les partenaires de l'échange des actionnaires du CTM en tant que transporteurs. Ces partenaires de l'échange demandent l'enlèvement d'une série de déchets, ce que prestent selon différentes modalités les transporteurs et notamment les transporteurs actionnaires du CTM. Dans cette configuration, le CTM n'intervenait – lorsqu'il intervenait – que sur une partie du cycle du déchet (voir les explications aux N 95 ss et le schéma au N 294). Toutefois, les prix de transfert définis par le CTM (plus précisément par ses actionnaires) se répercutaient sur les partenaires de l'échange finaux. Il y a donc lieu de définir ici un marché pertinent de produits pour la collecte et le transport des déchets pour y examiner les effets de l'accord en matière de concurrence.

c. Marché pertinent géographique

415. Le marché pertinent est défini par l'activité très locale du CTM, laquelle se limitait, comme la convention d'actionnaires le prévoit, aux districts d'Entremont, de Martigny et d'une partie du district de Saint-Maurice (N 284). Au-delà de cette zone, le transfert de déchets par le CTM devenait rapidement déraisonnable et la convention n'obligeait plus les actionnaires à y transiter, ce qui ne voulait toutefois pas dire que les actionnaires ne pouvaient pas y transiter. Il y avait un intérêt à passer par le CTM dès le moment où le CTM pouvait offrir une plus-value logistique, ce qui se produisait principalement dans la zone définie par la convention.

d. Conclusion intermédiaire

416. Il ressort par conséquent qu'il existe un marché pertinent pour la collecte et le transport de déchets déterminé par la zone d'activité du CTM, soit les districts d'Entremont, de Martigny et une partie du district de Saint-Maurice.

C.8.3.2 Affectation notable de la concurrence – critères qualitatifs

417. Il est en premier lieu relevé que des entreprises collaborant sur un segment de marché comme le transfert des déchets n'ont pas d'intérêt à se nuire réciproquement, sans toutefois que cela veuille dire qu'elles s'entendent. Cette forme de « cessez-le-feu » durable est de nature à amoindrir la concurrence, respectivement à en limiter son expression. Ceci vaut non seulement sur le marché pertinent, mais aussi dans les zones d'activité dans lesquelles les entreprises se retrouvent en concurrence au-delà du marché pertinent.

418. A cela s'ajoute que l'échange d'informations entre Favre Martigny, TMR et Retripa a permis de véhiculer des informations sensibles entre elles, aucune procédure (telle que la mise en place de *chinese walls*) n'ayant été mise en place pour éviter que ces informations ne soient utilisées à d'autres fins que la mise en place du CTM. Cela amoindrit potentiellement la concurrence interne sur le marché de la collecte et du transport des déchets pour la zone d'activité du CTM.

C.8.3.3 Affectation notable de la concurrence – critères quantitatifs

a. Concurrence actuelle

419. Sur le marché de la collecte et du transport de déchets dans la région délimitée par la zone d'activité du CTM, la concurrence actuelle aux trois actionnaires est faible. Les procès-verbaux d'ouverture des offres reçus de quelques communes indiquent que très peu d'entreprises sont actives sur le marché pertinent (N 103 ss), en particulier dans le segment de la voirie. L'entreprise P & L Perraudin Transport SA possède cependant un camion à compression et elle est active dans le segment de la voirie notamment pour la collecte et le transport des ordures ménagères de la commune de Saillon depuis 2019 (N 203). Toutefois, cela ne change en rien au fait que Favre Martigny, TMR et Retripa sont les acteurs les plus importants sur le marché pertinent et qu'ils possèdent conjointement dans la zone d'activité définie par le marché pertinent géographique la plus grande flotte de camions à compression et de camions pour le transfert de déchets.

b. Concurrence potentielle

420. Favre Martigny, Retripa et TMR ont mentionné l'existence de l'entreprise Transvoirie qui aurait pu ou voulu à un moment donné pénétrer le marché valaisan (N 290). Toutefois, bien que cette crainte existât, l'entreprise Transvoirie n'est pas encore entrée sur le marché pertinent, notamment sur le segment de la voirie et même si quelques bennes de Transvoirie ont été re-

pérées. Par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir qu'il s'agissait d'une concurrente potentielle. Par ailleurs, l'entreprise Samuel Rossier Transports SA aurait également pu s'avérer une concurrente aux trois parties. Cependant, cette dernière s'est cantonnée à être active uniquement dans la région bagnarde, non comprise dans le marché pertinent. Par exemple, lorsqu'elle a été invitée à déposer une offre pour la commune de Martigny-Combe en 2019 (N 104), elle n'a pas déposé d'offre, pas plus qu'elle n'a déposé des offres lors de la soumission de Martigny (N 108). Par conséquent, la possibilité d'une concurrence potentielle émanant de Samuel Rossier Transports SA était relativement faible sur le marché pertinent.

421. A noter enfin que, depuis la reprise de P & L Perraudin Transports SA par Samuel Rossier Transports SA (semble-t-il au printemps 2022; N 77), le nombre de concurrents dans la région a encore baissé.

c. Concurrence interne

422. L'accord en matière de concurrence pour le CTM affecte une fraction de 10 à 20 % de l'ensemble du cycle du déchet (N 297 ss). Par conséquent, les actionnaires du CTM demeurent donc en concurrence sur une partie essentielle du cycle du déchet. Cela ne suffit toutefois pas à compenser la faible concurrence actuelle et potentielle, en particulier en considérant l'absence de procédures visant à éviter que des informations ne soient utilisées à d'autres fins que la mise en place du CTM (telle que la mise en place de *chinese wall*).

C.8.3.4 Conclusion intermédiaire

423. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'accord entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR concernant la mise en place et l'exploitation du CTM n'a pas éliminé la concurrence efficace, mais affecte la concurrence de façon notable et il est donc illicite, à moins d'être justifié pour des motifs d'efficacité économique (N 424).

C.8.4 Justification pour des motifs d'efficacité économique

424. Sous les points qui suivent, il y a lieu d'examiner si les accords, lesquels affectent notablement la concurrence sur le marché pertinent, peuvent être justifiés pour des motifs d'efficacité économique.

C.8.4.1 Justification par des motifs d'efficacité

425. En créant le CTM, les actionnaires du CTM suivaient le but d'améliorer le processus de pré-tri et de tri des déchets (N 288). Il s'agit là d'une exploitation plus rationnelle des ressources, notamment du carburant nécessaire au transport des déchets vers les exutoires. Il y a un donc un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 let. a LCart.

C.8.4.2 Nécessité de l'accord

426. Afin d'analyser les motifs d'efficacité économique, il y a lieu de distinguer entre le site des Vorziers et le Quai Favre. En effet, la collaboration entre TMR et Retripa sur le site des Vorziers apparaît comme nécessaire pour améliorer le processus de pré-tri et de tri des déchets et donc exploiter plus rationnellement les ressources en créant ce nouveau site.

427. A l'inverse, la participation de Favre Martigny et du Quai Favre dans le CTM ne semble pas comporter des motifs d'efficacité économique – même s'il peut être discuté de la nécessité d'assurer au CTM les volumes importants transportés par Favre Martigny en incluant cette dernière au projet – vu que le Quai Favre n'apporte que très peu de possibilités de réaliser des gains (supplémentaires) d'efficacité en permettant ainsi d'améliorer les processus productifs et la gestion des ressources. En effet, le Quai Favre pratiquait déjà l'optimisation et la massification des déchets et il était ouvert notamment à TMR, qui l'a utilisé pour y faire transiter du verre et des ordures ménagères. Par conséquent, l'ajout du Quai Favre dans le CTM n'était pas nécessaire. En outre, il est à nouveau relevé que la politique de prix envisagée en 2019 aurait augmenté les prix de transfert des ordures ménagères de 19 %. Cette augmentation ne résulte d'aucune amélioration du processus de production et aurait concerné l'ensemble des ordures ménagères sur le marché pertinent. Partant, l'accord ne peut être justifié pour des motifs d'efficacité économique.

428. A cela s'ajoute que l'échange d'informations dans le cadre de la création du CTM n'a, comme il l'a été relevé (N 292 et 418), pas été encadré de manière à assurer que les informations sensibles ne puissent être réutilisées à d'autres fins. En particulier, les personnes impliquées dans ce projet étaient en général également chargées des appels d'offres pour leurs entreprises respectives (N 292).

429. Faute de nécessité, l'accord en matière de concurrence n'est ainsi pas justifié.

C.8.5 Résultat

430. L'accord en matière de concurrence passé entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR et portant sur la mise en place et l'exploitation du CTM est notable sur le marché pertinent, sans être justifié par des motifs d'efficacité économique. Cet accord est donc illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

D Mesures

431. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable. Les mesures en ce sens sont tant des injonctions visant à éliminer des restrictions illicites à la concurrence sur la base de l'art. 30 al. 1 LCart (N 432s) que des sanctions administratives pécuniaires selon l'art. 49a LCart (voir N 444 ss). La possibilité de sanctionner directement certains comportements n'exclut pas l'adoption simultanée de mesures.[647]

D.1 Mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart et approbation des accords amiables

432. En présence d'une restriction illicite à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart afin de la supprimer. Les mesures ordonnées servent à réaliser le but de la LCart, à savoir empêcher les conséquences économiques ou sociales néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence.[648]

[647] TF, 2C_782/2021 du 14.9.2022 consid. 4, en particulier consid. 4.3 et 4.4, *Implenia*.
[648] ATF 148 II 475 consid. 4.4, *Implenia*.

433. L'art. 30 al. 1 LCart ne prévoit pas de limitation du contenu des mesures possibles: il n'y a pas de *numerus clausus* de mesures envisageables.[649] La loi laisse au contraire un large pouvoir d'appréciation à la COMCO pour prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif de la LCart dans un cas particulier.[650] Elle peut imposer aux parties concernées les obligations de faire (obligation), de tolérer (tolérance) ou de s'abstenir (interdiction) dans un cas concret et les assortir de sanctions en cas de violation.[651] Lors de la définition des mesures concrètes, le principe de proportionnalité[652] (art. 5 al. 2 Cst.[653]) ainsi que le principe de précision de la base légale[654] doivent être respectés.

434. Au lieu d'ordonner (unilatéralement) des mesures pour éliminer des restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut approuver un accord amiable conformément à l'art. 29 LCart. Le contenu de l'accord amiable porte, selon l'art. 29 al. 1 LCart, sur la manière d'éliminer la restriction illicite à la concurrence. Son but est d'éliminer le comportement anticoncurrentiel pour l'avenir et d'élaborer une alternative conforme au droit des cartels. Un règlement amiable du litige pour un comportement passé est exclu, car le droit de sanctionner de l'Etat ne peut pas faire l'objet de négociations. Le comportement illicite mis en œuvre jusqu'à la conclusion de l'accord amiable est donc soumis à la menace de sanctions directes jusqu'au moment de sa suppression, la durée et le moment de la cessation de la restriction illicite à la concurrence ou un comportement coopératif des parties devant être pris en compte dans le calcul de la sanction.[655]

435. Il ressort des considérants qui précèdent que toutes les parties à la procédure ont participé au minimum à un accord illicite en matière de concurrence dans le domaine de la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets dans le canton du Valais (voir N 383, 400 et 430 ss). Elles doivent être tenues de se comporter de manière à empêcher de futures restrictions à la concurrence comparables.

436. Concrètement:

Il convient d'interdire à toutes les parties à la procédure (à l'exclusion du CTM):

- en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, d'échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

Il convient d'interdire à Favre Martigny et Favre et Studer:

- de solliciter de concurrents ou de proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

Il convient toutefois d'exclure des interdictions listées ci-dessus:

- l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.

437. Dans le cas d'espèce, le Secrétariat a ainsi conclu des accords amiables avec quatre parties (N 46), mais non avec le CTM, ses trois actionnaires ayant décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise avant la clôture de l'enquête (N 45 et 283).

438. L'accord amiable conclu le 29 novembre 2023 avec Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny est le suivant:

1. *Favre Martigny s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.*
2. *Favre Martigny s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.*
3. *Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.*

439. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec TMR Transports de Martigny et Régions SA est le suivant:

1. *TMR s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les intérêts concernant des clients et/ou des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.*

[649] ATF 148 II 475 consid. 4.3.2, *Implenia*; TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.1 et les références citées, *Implenia.*
[650] TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.4, *Implenia*.
[651] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 59.
[652] ATF 148 II 475 consid. 5, *Implenia*; ATF 148 II 321 consid. 12.7, *Flammarion*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 59 s.
[653] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).
[654] ATF 148 II 475 consid. 6.3, *Implenia*.
[655] ATF 145 II 259 consid. 2.5.2; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 6.2, 7.2 ss (consid. non publiés à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 7.4.2 et 7.4.5.3, *Publigroupe* ainsi que DPC 2007/2, 190 N 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)*; voir aussi CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht, Thèse 2016, 63 s.

2. *L'obligation qui précède ne s'applique pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.*

440. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec RETRIPA VALAIS SA est le suivant:

1. *Retripa s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les intérêts concernant des clients et/ou des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.*
2. *L'obligation qui précède ne s'applique pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.*

441. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec Favre et Studer SA est le suivant:

1. *Favre et Studer s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.*
2. *Favre et Studer s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.*
3. *Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.*

442. Les accords susmentionnés décrivent de manière suffisamment précise, complète et claire les engagements que les parties ont pris pour se comporter à l'avenir de manière conforme au droit des cartels. Les restrictions illicites à la concurrence qui existaient jusqu'à présent sont éliminées sur la base des accords conclus, et la situation juridique est suffisamment claire pour les entreprises concernées. La COMCO approuve les accords amiables au sens de l'art. 29 al. 2 LCart.

443. Il convient de souligner que les violations ou les infractions aux mesures ordonnées en l'espèce et aux présents accords amiables sont passibles d'une sanction administrative, respectivement pénale conformément aux art. 50 et 54 LCart. Cette possibilité de sanction découle de la loi elle-même, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de mentionner une menace de sanction dans le dispositif, qui ne serait que déclarative et non constitutive.[656]

D.2 Sanction

D.2.1 En général

444. En vertu de leur *ratio legis*, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – et en particulier les sanctions directes introduites par la révision de 2003 en cas d'infractions particulièrement dommageables au droit des cartels – doivent garantir l'application efficace des prescriptions en matière de concurrence et empêcher les infractions à la concurrence grâce à leur effet préventif.[657] Les sanctions directes ne peuvent être prononcées que conjointement avec une décision finale constatant l'illicéité de la restriction à la concurrence en question.[658]

445. En raison de son aspect punissable, la procédure en matière de cartels est une procédure administrative à caractère pénal, mais pas une procédure purement pénale. Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH[659] et des art. 30 et 32 Cst. sont donc en principe applicables à l'ensemble de la procédure; il convient de se prononcer sur leur portée lors de l'examen des différentes garanties.[660]

446. Il est précisé qu'en l'espèce, seule l'entreprise Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny fera l'objet d'une sanction, les autres pratiques n'étant pas sanctionnables au sens de l'art. 49a LCart. Quant à l'entreprise Favre et Studer SA, elle est exemptée de toute sanction en raison de son autodénonciation (N 48 s. et 128 ss).

D.2.2 Conditions

D.2.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart

447. L'imposition d'une sanction aux parties à la procédure présuppose qu'elles ont rempli les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart. Selon cette disposition, 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 LCart est passible d'une sanction. Il en résulte les éléments constitutifs objectifs suivants:

- il doit s'agir d'une pratique illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart (N 448);
- la pratique illicite doit avoir été commise par des entreprises au sens de la loi sur les cartels (N 449 s.).

[656] Voir TAF, B-2157/2006 du 3.10.2007 consid. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*; REKO/WEF du 9.6.2005, DPC 2005/3, 555 consid. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.
[657] Message du 7.11.2021 relatif à la révision de la loi sur les cartels (ci-après : Message LCart 2002), FF 2002 1911, en particulier 1912, 1922 ss et 1929.
[658] Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1922.
[659] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).
[660] ATF 148 II 182 consid. 3.3.3 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II/Galexis*; ATF 146 II 217 consid. 8.1 et les références citées, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9, *Gaba*; ATF 139 I 72 consid. 2.2.2, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 6.4.1, 9.1, *DCC*.

D.2.2.1.1 Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart

448. Un des comportements exposés ci-dessus (voir N 383) constitue un accord sur les partenaires commerciaux qui affecte notablement la concurrence et viole ainsi l'art. 5 al. 3 let. c LCart en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart. Le fait que les accords illicites aient conduit ou non à la suppression d'une concurrence efficace ou à une atteinte considérable à la concurrence n'est pas déterminant pour la question de savoir si une sanction peut être prononcée.[661] Il s'agit donc d'une pratique illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart.

D.2.2.1.2 Entreprises

449. Les restrictions illicites à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être commises par une « entreprise ». Pour la notion d'entreprise, il est fait référence à l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart.[662]

450. En l'espèce, toutes les parties qui ont participé à un ou plusieurs des accords illicites en matière de concurrence constatés étaient, au moment des faits, des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart.

D.2.2.2 Imputabilité

451. Selon la jurisprudence, l'imputabilité constitue l'élément subjectif de l'art. 49a al. 1 LCart.[663] Selon cette jurisprudence, le critère déterminant pour établir l'imputabilité est au moins un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation, dont l'existence ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées. En particulier, l'infraction au droit des cartels ne doit pas pouvoir être attribuée à une personne physique déterminée.[664]

452. Si une infraction au droit des cartels est prouvée, il existe en règle générale aussi un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation. Ce n'est que dans de rares cas que l'imputabilité pourrait manquer, par exemple lorsque l'infraction au droit des cartels commise par un collaborateur sans statut d'organe n'était pas connue au sein de l'entreprise et n'aurait pas pu l'être même si l'organisation avait été adéquate, et que l'entreprise a pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre d'elle pour empêcher l'infraction au droit des cartels.[665] Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a notamment un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation lorsqu'une entreprise adopte ou poursuit un comportement, alors qu'elle est consciente ou aurait dû être consciente que ce comportement pourrait être contraire au droit des cartels.[666]

453. En l'espèce, les personnes physiques qui ont agi pour les entreprises en cause et conclu les accords anticoncurrentiels l'ont fait en connaissance de cause, et ont au moins accepté leurs effets d'élimination ou de restriction à la concurrence; elles ont donc agi au moins par dol éventuel à cet égard. Il convient ensuite de constater que les personnes physiques qui ont agi étaient soit autorisées à signer pour les entreprises concernées, soit faisaient au moins partie des cadres moyens ou supérieurs ou de la direction de l'entreprise. Leur intention (éventuelle) concernant les actes qu'elles ont accomplis est donc sans autre imputable aux entreprises concernées.

454. D'autres raisons qui s'opposeraient à ce que les comportements anticoncurrentiels en question puissent être reprochés aux entreprises ne sont pas perceptibles et ne sont pas non plus avancées par les parties. Ainsi, la loi sur les cartels et ses normes fondamentales peuvent être considérées comme connues des entreprises en question.[667] Les entreprises doivent faire tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour s'assurer que les dispositions du droit des cartels sont respectées. En l'espèce, il n'apparaît pas que les parties ont pris des mesures organisationnelles appropriées et efficaces pour empêcher les accords de concurrence concernés.

D.2.2.3 Sanctionnabilité sur le plan temporel

455. Conformément à l'art. 49a al. 3 let. b LCart, 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. Pour l'examen de ce délai de cinq ans, il convient de prendre en compte, au cas par cas, toute la durée de l'infraction concrète à la concurrence.

456. En ce qui concerne l'appel d'offres de [...], celui-ci a eu lieu en […] et c'est également cette année-là que l'accord entre les entreprises Favre et Studer et Favre Martigny a eu lieu. La présente enquête a été ouverte le 28 avril 2021 (le 31 janvier 2023, elle a été étendue contre Retripa, TMR et le CTM). Partant, rien ne s'oppose à ce que l'infraction au droit des cartels portant sur l'appel d'offres de [...] soit sanctionnée du point de vue temporel.

---

[661] ATF 144 II 194 consid. 4.3 ss et 6.1 ss, *BMW*; ATF 143 II 297 consid. 9.4.1 ss, *Gaba*; ATF 147 II 72 consid. 8.3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*.

[662] ATF 146 II 217 consid. 8.5.1, *ADSL II*; confirmé dans TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.2, *DCC*; ainsi que TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.1, *Publigroupe* (consid. non publié à l'ATF 139 I 72).

[663] Voir not. ATF 147 II 72 consid. 8.4.1 s., *Hors-Liste-Medikamente II*; ATF 146 II 217 consid. 8.5.2, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.2, *Publigroupe* (consid. non publié à l'ATF 139 I 72); TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3, *DCC*; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.3, *Sport im Pay-TV*.

[664] ATF 147 II 72 consid. 8.4.2 et les références citées, *Hors-Liste-Medikamente II*; 146 II 217 consid. 8.5.2 et les références citées, *ADSL II*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3.1, *DCC*; TF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, *Hors-Liste-Medikamente II/ Eli Lilly*.

[665] TAF, B-831/2011 consid. 1492, *DCC*; DPC 2021/4, 847 N 80, *Pöschl Tabakprodukte*; DPC 2020/4, 1886 N 177, *Netzzugang EGZ und ewl*.

[666] ATF 146 II 217 consid. 8.5.2, *ADSL II*; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*; TAF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*.

[667] DPC 2011/1, 190 N 558 et les références citées, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; voir aussi art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (loi sur les publications officielles, LPubl; RS 170.512).

D.2.3 Calcul de la sanction

457. La conséquence juridique d'une infraction au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'un montant pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce montant représente donc la sanction la plus élevée possible. La sanction concrète est calculée en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite, en tenant compte de manière appropriée du bénéfice présumé que l'entreprise a ainsi réalisé. Les critères concrets de calcul et donc les détails du calcul de la sanction sont précisés dans l'OS LCart[668] (voir art. 1 let. a OS LCart).

458. La fixation concrète du montant de la sanction relève en principe du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui est encadré par le principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart).[669] La sanction doit être « douloureuse », mais ne doit pas conduire une entreprise à la faillite, car cela ne servirait finalement pas la concurrence. Dans cette mesure, le montant de la sanction doit être raisonnablement proportionnel aux capacités de l'entreprise. Toutefois, le préjudice financier doit être si important qu'il ne vaut pas la peine de participer à une infraction.[670]

459. La COMCO détermine le montant effectif de la sanction en fonction des circonstances concrètes de chaque cas, sachant que la sanction doit être fixée individuellement pour chaque entreprise participant à une infraction, dans les limites fixées par la loi.[671]

460. Selon les critères de l'OS LCart, il faut d'abord partir d'un montant de base (art. 3 OS LCart), qui doit être adapté dans un deuxième temps à la durée de l'infraction (art. 4 OS LCart), avant de tenir compte, dans un troisième temps, des circonstances aggravantes et atténuantes (art. 6 s. OS LCart). La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart; art. 7 OS LCart). En présence d'une autodénonciation, il peut être entièrement renoncé à une sanction, ou celle-ci peut être réduite (art. 8 ss OS LCart).

461. Comme déjà indiqué précédemment, seul l'accord de soumission concernant l'appel d'offres de [...] est concerné par une sanction dans le cas d'espèce.

D.2.3.1 Montant de base

462. Selon l'OS LCart, 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). Conformément au but de l'art. 3 OS LCart, le chiffre d'affaires déterminant est celui réalisé au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement anticoncurrentiel.[672] La prise en compte de cette durée d'infraction à la LCart a notamment pour but d'absorber autant que possible la rente cartellaire obtenue.

a. Limite supérieure du montant de base

463. La limite supérieure du montant de base s'élève, conformément à 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 précédant la cessation de la restriction illicite à la concurrence.[673]

464. Le chiffre d'affaires selon l'art. 49a al. 1 LCart est déterminé sur la base des comptes annuels des entreprises. Dans le cas de groupes, c'est le chiffre d'affaires respectif du groupe qui est déterminant et qui résulte en principe des comptes consolidés.[674] Pour la détermination du chiffre d'affaires, les art. 4 ss OCCE s'appliquent par analogie, dans la mesure où ils sont adaptés au cas concret.[675]

465. C'est le chiffre d'affaires réalisé sur le « marché pertinent » qui est déterminant, car le comportement anticoncurrentiel n'a d'effet que sur ce marché. Pour le calcul de la sanction, il n'est donc pas nécessaire en l'occurrence de déterminer à nouveau le marché déterminant, mais il peut être renvoyé ci-dessus (N 364 ss), étant précisé en l'espèce que l'accord illicite est intervenu dans le cadre de la procédure d'appel d'offres de la commune de [...], de telle sorte que c'est la valeur totale de ce marché qui constitue le chiffre d'affaires pertinent.

466. Compte tenu de ce qui précède, la limite supérieure du montant de base dans le cas présent est le suivant: la valeur annuelle du marché mis en soumission à [...] s'élève à CHF 231'993.65.-[676] pour une durée de dix ans, de telle sorte que le chiffre d'affaires que réaliserait l'entreprise Favre Martigny sur les 10 années du marché public en question s'élèverait théoriquement à CHF 2'319'936.-.[677] Or, en tenant compte des chiffres d'affaires concrets pour le marché de [...] de 2020 à 2022,[678] on obtient un chiffre d'affaires sur 10 ans légèrement plus bas, soit CHF 2'114'180.-. Il en résulte ainsi une limite supérieure de CHF 211'418.- pour le montant de base.

[668] Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart; RS 251.5).
[669] ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.3, *ADSL II*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, *DCC*; ATF 147 II 72 consid. 8.5.2, *Hors-Liste-Medikamente II*.
[670] TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, *DCC*; ATF 146 II 217 consid. 9.1, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 4.3 ss et 6.1 ss, *BMW*; ATF 143 II 297 consid. 9.7.2, *Gaba*; 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.
[671] ATF 146 II 217 consid. 9.1, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 6.2, *BMW*; ATF 143 II 297 consid. 9.7.1, *Gaba*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.1 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.
[672] ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.6, *ADSL II*; TAF, B-7920/2015 du 16.8.2022 consid. 11.2.5, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 9.2.3, *Nikon*.
[673] TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 6.1.2, *Flügel und Klaviere*; Lauterburg in: SIWR V/2 (n. 82), N I.24.
[674] ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.1, *ADSL II*.
[675] ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.4, *ADSL II*.
[676] Voir A V.A.20, tableau synthétique des adjudications en p. 2 du document pdf.
[677] DPC 2017/1, 103 N 68, *Eflare*; TAF, B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 15.2.
[678] A I.97 et A I.98.

b. Prise en compte du type et de la gravité des infractions

467. Conformément à l'art. 3 OS LCart, le montant de base calculé sur la base du chiffre d'affaires doit être fixé selon la gravité et le type de l'infraction. Il convient donc d'examiner ci-après la gravité de la présente infraction à la LCart.

468. En principe, la gravité de l'infraction doit être évaluée au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.[679] Les entreprises participant à l'accord sanctionné ici ont eu un comportement illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est la « gravité objective, c'est-à-dire indépendamment de la faute » qui est déterminante, c'est-à-dire le potentiel de risque abstrait ; il faut en outre tenir compte, entre autres, du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants.[680]

469. Il n'est possible de tirer des conclusions générales sur la qualification d'accords concrets comme étant graves que dans une mesure très limitée, car cela dépend toujours des circonstances concrètes du cas d'espèce. Il ne fait aucun doute que les accords selon l'art. 5 al. 3 LCart qui éliminent la concurrence – en tant que cartels horizontaux durs – constituent en règle générale des infractions graves au droit des cartels. Entre autres, les accords horizontaux qui éliminent la concurrence par les prix doivent en principe être classés dans le tiers supérieur du cadre des sanctions possibles, c'est-à-dire entre 7 et 10 %, en raison de leur grand potentiel de nuisance. Les accords qui affectent considérablement la concurrence et qui ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique ont tendance à être plus légèrement sanctionnés. En outre, il faut généralement partir du principe que les restrictions à la concurrence qui remplissent simultanément plusieurs éléments constitutifs au sens de l'art. 5 LCart sont à considérer comme plus graves que celles qui ne remplissent qu'un seul élément constitutif.[681]

470. En l'espèce, l'accord retenu concernant la soumission de [...] tombe certes sous l'art. 5 al. 3 LCart. Il est également rappelé que l'entreprise Favre Martigny a bien obtenu l'adjudication du marché public en question pour une durée de 10 ans. Toutefois, l'accord en matière de concurrence n'a pas supprimé la concurrence efficace, d'une part parce que plusieurs entreprises concurrentes ont pu déposer une offre (N 371 ss), d'autre part parce qu'il existait également une concurrence interne entre les participants à l'accord (N 376), ce qui justifie une sanction plus légère que les 7 à 10 % évoqués ci-dessus. Partant et en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, un pourcentage de 6 % du montant de base est retenu en l'espèce.

D.2.3.2 Durée de l'infraction

471. Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 % si la pratique anticoncurrentielle a duré d'un à cinq ans. 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.

472. Dans ce cadre, l'autorité fixe le montant du supplément de durée en tenant compte de la nature et du contenu de la restriction à la concurrence et de ses effets dans le temps. Dans sa pratique actuelle, la COMCO a appliqué un pourcentage de 10 % par année prise en compte pour une durée comprise entre un et cinq ans.[682] Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique et, compte tenu d'un certain schématisme admissible et du principe de proportionnalité, a jugé conforme au droit fédéral une augmentation du montant de base de 10 % par année entamée, pour une durée de un à cinq ans.[683]

473. En l'espèce, il a déjà été tenu compte du fait que le marché public de [...] concerné a été conclu pour une durée de 10 ans. C'est ainsi qu'il a été tenu compte du fait que le chiffre d'affaires que réalisera l'entreprise Favre Martigny pour ce marché s'étalera sur 10 années (voir N 466). Partant, en majorant à nouveau le montant annuel capitalisé sur 10 ans pour tenir compte de la durée de l'infraction, il serait en réalité procédé à une seconde majoration du montant de base pour la même pratique anticoncurrentielle et sur le même laps de temps, ce qui n'est pas admissible. Partant, le montant de base ne saurait être majoré afin de tenir compte d'une certaine durée de l'infraction.

D.2.3.3 Circonstances aggravantes

474. Aucune circonstance aggravante au sens de l'art. 5 OS LCart n'est perceptible en l'espèce.

D.2.3.4 Circonstances atténuantes

475. Enfin, des circonstances atténuantes doivent être prises en compte conformément à l'art. 6 OS LCart. Il convient d'examiner en premier lieu les circonstances atténuantes mentionnées à l'art. 6 OS LCart. En outre, des circonstances atténuantes non mentionnées peuvent également être prises en considération.[684]

476. Le comportement coopératif des parties à la procédure est en principe reconnu comme un motif d'atténuation non mentionné dans l'OS LCart.[685] Dans la pratique, il faut considérer comme un comportement coopératif aussi bien la volonté et la disposition à conclure un accord amiable que la reconnaissance des faits reprochés.

---

[679] ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2 s., *ADSL II*; confirmé par le TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*.

[680] ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2, *ADSL II*; ATF 144 II 194 consid. 6.4, *BMW*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*. Voir aussi PETER G. PICHT, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2e éd. 2021, art. 3 OS LCart N 16.

[681] TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.5.6.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart; ci-après: Notes OS LCart), p. 3.

[682] DPC 2020/3a, 1133 s. N 1381 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/3a, 1219 N 520 s., *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; DPC 2019/3b, 1006 ss N 2604 ss, *Badezimmer*; DPC 2018/2, 358 N 103 ss, *Gerätebenzin*; DPC 2018/1, 111 s. N 213 ss, *Verzinkung*.

[683] ATF 146 II 217 consid. 9.3, *ADSL II*; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.4 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe*.

[684] Les énumérations de l'art. 5 et de l'art. 6 OS LCart ne sont pas exhaustives; OFK II-Picht (n. 680), art. 5 OS LCart N 2; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 66 et 83.

[685] Voir notamment B-4596/2019 du 6.6.2023 consid. 9.6.3 ainsi que les références citées, Leasing – CA Auto Finance.

D.2.3.4.1 Coopération particulièrement bonne

477. Une coopération particulièrement bonne permet, conformément à la pratique et selon l'art. 6 al. 1 OS LCart, une réduction de la sanction de 20 %. Est considéré comme une coopération particulièrement bonne par exemple le fait de déposer volontairement des moyens de preuves ou le fait de reconnaitre les faits.[686]

478. En l'espèce, même si elle n'a pas déposé de programme de clémence, l'entreprise Favre Martigny a admis les faits dans leur quasi-intégralité et elle a par ailleurs spontanément fourni au Secrétariat des informations conséquentes, précises et documentées sur le marché, ce qui a facilité la tâche des autorités de la concurrence dans une importante mesure.

479. Vu ce qui précède, cette bonne coopération doit être prise en compte sur la base de l'art. 6 OS LCart avec une réduction de la sanction de 15 %.

D.2.3.4.2 Conclusion d'un accord à l'amiable

480. La volonté et la disposition à conclure un accord à l'amiable sont considérées par les autorités de la concurrence comme un comportement coopératif lors de la détermination de la sanction. La coopération doit être prise en compte dans le cadre de l'art. 6 OS LCart. En ce qui concerne l'ampleur de la réduction en cas de conclusion d'un accord amiable, la volonté et la disposition à conclure un tel accord peuvent en principe donner lieu à une réduction de la sanction pouvant aller jusqu'à 20 %, en fonction du moment et de l'état de la procédure.[687]

481. En l'espèce, l'accord amiable a été signé par l'entreprise Favre Martigny alors que l'enquête et la totalité des mesures d'instruction étaient terminées, toutefois encore avant la notification de la proposition de décision (art. 30 al. 2 LCart). Grâce à la conclusion de l'accord amiable, il a ainsi été possible, dans un souci d'économie de procédure, non pas de renoncer à des mesures d'enquête supplémentaires, mais de réduire dans une certaine mesure la densité de la motivation de la décision. Dans ce contexte, il se justifie en l'espèce d'accorder une réduction de sanction supplémentaire de 10 % pour la conclusion de l'accord amiable.

D.2.3.4.3 Résultat

482. Vu ce qui précède et afin de tenir compte des circonstances atténuantes, une réduction de sanction de 25 % (15 % + 10 %) est octroyée à Favre Martigny pour bonne coopération ainsi que pour la conclusion de l'accord amiable.

D.2.3.5 Sanction maximale

483. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Sont déterminants à cet égard les trois derniers exercices clôturés avant le prononcé de la décision.[688] Le chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 LCart se calcule par analogie selon les critères de calcul du chiffre d'affaires lors de concentrations d'entreprises; les art. 4 et 5 OCCE s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne constitue pas le point de départ du calcul concret de la sanction; c'est plutôt à la fin - mais avant la prise en compte d'une éventuelle autodénonciation (voir art. 12 al. 2 OS LCart) - du calcul concret de la sanction effectué sur la base des autres critères mentionnés dans la LCart et l'OS LCart que l'on vérifie si le montant maximal n'est pas dépassé (art. 7 OS LCart); le cas échéant, une réduction correspondante doit être opérée.

484. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer le chiffre d'affaires total de l'entreprise Favre Martigny, car la sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart n'est manifestement pas dépassée.

D.2.3.6 Autodénonciation – remise totale

485. Si une entreprise collabore à la découverte et à l'élimination de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer totalement ou partiellement à la sanction de cette entreprise. Ce principe est énoncé à l'art. 49a al. 2 LCart, les modalités d'une exonération totale étant définies aux art. 8 ss OS LCart et celles d'une exonération partielle aux art. 12 ss OS LCart.

486. En l'espèce, au cours de la perquisition de l'entreprise Favre et Studer, cette dernière a procédé à une autodénonciation par renvoi du formulaire de marqueur pour les autodénonciations, daté et signé du 28 avril 2021.[689] Par la suite, Favre et Studer a complété son autodénonciation, laquelle se limite uniquement à l'appel d'offres de [...], lors des auditions du 28 avril 2021 et du 7 juin 2022.[690] Elle est donc la première et la seule entreprise à s'être autodénoncée en ce qui concerne l'infraction au droit de la concurrence dans le cadre du marché public de [...].

487. Par ses indications, l'entreprise Favre et Studer a contribué de manière substantielle à la preuve de l'infraction au droit de la concurrence. Les autres conditions pour la remise de la sanction sont également remplies. Favre et Studer a fourni spontanément aux autorités de la concurrence les informations et les moyens de preuve relevant de sa sphère d'influence en ce qui concerne l'accord en question et a coopéré sans restriction. Il convient donc d'exempter Favre et Studer de toute sanction.

488. Les autres entreprises visées par l'enquête en l'espèce n'ont pas déposé d'autodénonciation.

---

[686] Note du Secrétariat de la COMCO : Accords amiables du 28.2.2018, N 12, <www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes> (19.1.2024).

[687] COMCO, 6.12.2021, N 840 s., *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (19.1.2024); DPC 2019/4, 1152 N 93, *Stöckli Ski*; DPC 2019/4, 1171 N 109, *Bucher Landtechnik*; DPC 2018/2, 371 N 77 s., *RIMOWA;* DPC 2018/1, 112 N 218, *Verzinkung*; DPC 2018/2, 358 N 107 s., *Gerätebenzin*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 87; Note du Secrétariat de la COMCO : Accords amiables du 28.2.2018, N 11, <www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes> (19.1.2024).

[688] Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1925; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.4.3, *Sport im Pay-TV*; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 784 s., *ADSL II*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 12 s.; LAUTERBURG in: SIWR V/2 (n. 82), N I.23.

[689] Dossier 24-0163, A XI.A.1.

[690] Dossier 24-0163, A XI.A.3 et A XI.A.7.

D.2.3.7 Examen de la proportionnalité

489. Le montant de la sanction fixé en l'espèce est financièrement supportable pour Favre Martigny. Rien n'indique que la compétitivité ou la viabilité de l'entreprise en serait menacée. Le montant de la sanction est ainsi conforme au principe de proportionnalité.

D.2.4 Résultat

490. Sur la base des considérations susmentionnées et en tenant compte de tous les éléments et de toutes les circonstances mentionnées, qui diminuent en l'occurrence la sanction, la COMCO considère qu'une sanction administrative d'un montant de CHF 95'138.- pour Favre Martigny est appropriée à l'infraction à l'art. 5 al. 3 let. a LCart, par laquelle les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplis.

491. Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Favre Martigny pour un montant de base de 6 %:

	Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny
Chiffre d'affaires	CHF 2'114'180.-
Montant de base (facteur 6 %)	CHF 126'851.-
Circ. aggravantes	-
Circ. atténuantes (-25 %)	CHF 95'138.-
Proportionnalité	-
Sanction finale	**CHF 95'138.-**

D.3 Documents saisis et données électroniques dupliquées

492. Lors des deux perquisitions, des objets (en particulier divers documents papier) ont été saisis dans les sociétés perquisitionnées, et des données électroniques ont été copiées et dupliquées. Les documents papier pertinents pour l'enquête ont été copiés, les données électroniques ont été intégrées dans les dossiers officiels sous forme de rapports électroniques ou d'impressions papier. Une fois que la présente décision sera entrée en force à l'égard de toutes les parties, il est exclu qu'il faille encore recourir aux objets saisis et aux données électroniques copiées ou dupliquées. Par conséquent, après l'entrée en force de la décision à l'égard de toutes les parties, les objets saisis doivent être restitués à l'ayant droit et les données électroniques copiées ou reproduites doivent être effacées.

E Frais

493. L'obligation de payer des émoluments, le montant des frais de procédure et à qui les frais incombent sont régis par l'art. 53a LCart ainsi que par l'OEmol-LCart[691].

494. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 31 LCart. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

495. Dans la présente procédure, des restrictions illicites de la concurrence ont été démontrées. Par conséquent, il convient d'admettre l'obligation de payer des émoluments, dans la mesure où les entreprises Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny, Favre et Studer SA, RETRIPA VALAIS SA et TMR Transports de Martigny et Régions SA ont enfreint la LCart.

496. Le montant des frais de procédure est déterminé selon les art. 4 s. OEmol-LCart. Selon l'art. 4 al. 2 OEmol-LCart, le tarif horaire est compris entre 100 et 400 francs l'heure. Celui-ci 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 (art. 4 al. 4 OEmol-LCart).

497. Sur la base de la classe de salaire des employés chargés du cas, un tarif horaire de CHF 130.- à CHF 290 se justifie. Le temps consacré s'élève en l'occurrence à 1'691 heures. Les taux horaires suivants s'appliquent:

- 174 heures à CHF 130.-, soit CHF 22'620.-
- 1'452 heures à CHF 200.-, soit CHF 290'400.-
- 65 heures à CHF 290.-, soit CHF 18'850.-.

498. En conséquence, les frais totaux s'élèvent à CHF 331'870.-.

[691] Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart; RS 251.2).

499. Si, comme en l'espèce, la découverte et l'examen de cartels font l'objet d'une procédure, toutes les parties impliquées sont en principe considérées ensemble et dans la même mesure comme étant à l'origine de la procédure administrative correspondante. C'est dans ce sens que s'inscrit la pratique actuelle des autorités de la concurrence, selon laquelle – en l'absence de circonstances particulières qui rendraient le résultat choquant – les coûts sont répartis par tête. Les considérations d'égalité mais aussi de praticabilité sont notamment au premier plan.[692]

500. En l'espèce, il convient toutefois de noter que chaque entreprise concernée par la présente enquête est impliquée de façon différenciée dans chaque accord illicite traité dans la présente décision. Certaines sont impliquées dans plusieurs accords comme Favre Martigny et Retripa, alors que d'autres comme Favre et Studer ainsi que TMR sont impliquées dans un seul accord. Il est également relevé que le temps consacré par les autorités de la concurrence à l'examen des états de fait et leurs qualifications pour ce que concerne l'accord de [...] ainsi que l'accord du CTM a pris sensiblement plus de ressources qu'en ce qui concerne les accords portant sur Fully et Martigny-Combe. Le fait qu'en date du 18 octobre 2023, soit toute à la fin de l'enquête, les trois actionnaires du CTM aient décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise ne change rien au fait qu'une partie importante des ressources a été nécessaire à la compréhension du fonctionnement de cet organisme, ainsi qu'à la qualification juridique des problématiques qui pouvaient en résulter sur le plan du droit des cartels. Il est également à noter que dans le cadre de l'accord de [...], l'entreprise Favre et Studer n'a donné lieu à pratiquement aucune activité administrative de la part des autorités de la concurrence, de telle sorte qu'il apparaitrait particulièrement disproportionné de répartir de façon égale les frais portant sur l'accord de [...] entre les deux entreprises. Exceptionnellement dans le cas d'espèce, il y est donc renoncé. En ce qui concerne Martigny-Combe, l'existence d'un accord en lien avec cet appel d'offres a été exclue, raison pour laquelle les coûts y relatifs sont laissés à la charge de l'Etat. Finalement, de nombreux autres états de fait ont été examinés par les autorités de la concurrence dans le cadre de la présente enquête, sans que des activités illicites n'aient toutefois été décelées pour ce qui concerne ces faits. Partant, les 30 % restants des coûts de la présente enquête sont également laissés à la charge de l'Etat.

501. Vu ce qui précède, les frais seront répartis comme suit:

RÉPARTITION DES FRAIS	Pondération par état de fait	Favre Martigny	Favre et Studer	Retripa	TMR
[...]	**25 %**	66.7 % (2/3)	33.3 % (1/3)		
CTM	**25 %**	33.3 % (1/3)		33.3 % (1/3)	33.3 % (1/3)
Fully	**10 %**			100 %	
Martigny-Combe	**10 %**				
Laissés à la charge de l'Etat	**30 %**				

502. Concrètement, les frais de procédure suivants doivent ainsi être mis à la charge des parties :

- Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny: CHF 82'968.-;
- Favre et Studer SA: CHF 27'656.-;
- RETRIPA VALAIS SA: CHF 60'842.-;
- TMR Transports de Martigny et Régions SA: CHF 27'656.-;

503. Le solde des frais est mis à charge de l'Etat.

F Résultat

504. En résumé, la COMCO parvient au résultat suivant en se basant sur les considérations qui précèdent:

505. En […], une coordination des offres a eu lieu entre l'entreprise Favre Martigny et l'entreprise Favre et Studer dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...] (N 182). Cet accord en matière de concurrence est illicite (N 383). Cette coordination constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, qui porte sur une répartition en fonction des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart en lien avec l'al. 1. Cet accord est illicite et passible d'une sanction. En tenant compte de tous les critères pertinents pour le calcul de la sanction, une sanction de CHF 95'138.- est mise à la charge de l'entreprise Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny. Une sanction de CHF 0.- est mise à la charge de l'entreprise Favre et Studer SA.

506. En 2013, après avoir discuté et sondé les intérêts de potentiels concurrents, l'entreprise Retripa a déposé son offre dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de Fully en sachant que le risque de voir de potentiels concurrents sur le même marché était faible et a donc pu adapter son comportement en conséquence (N 219), ce qui constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, mais n'est pas sanctionnable (N 400).

[692] DPC 2009/3, 221 N 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

507. En ce qui concerne l'appel d'offres de la commune de Martigny-Combe, l'existence d'un accord en lien avec cet appel d'offres a été niée (N 240 et 401 s.).

508. En ce qui concerne le CTM, la coopération entre les entreprises Retripa, TMR et Favre Martigny constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, mais n'est pas sanctionnable (N 430).

509. Vu l'issue de la procédure, les destinataires de l'enquête doivent supporter les frais de procédure (N 493 ss).

G Dispositif

Sur la base des faits, des conclusions ainsi que des considérants qui précèdent, la COMCO décide (art. 30 al. 1 LCart):

1. La COMCO approuve l'accord amiable du 29 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny dans sa teneur suivante:

   1.1 Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

   1.2 Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

   1.3 Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

2. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et Favre et Studer SA dans sa teneur suivante:

   2.1 Favre et Studer SA s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

   2.2 Favre et Studer SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

   2.3 Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

3. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et RETRIPA VALAIS SA dans sa teneur suivante:

   3.1 RETRIPA VALAIS SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

   3.2 L'obligation qui précède ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

4. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et TMR Transports de Martigny et Régions SA dans sa teneur suivante:

   4.1 TMR Transports de Martigny et Régions SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

   4.2 L'obligation qui précède ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

5. La COMCO condamne les entreprises suivantes pour leur participation à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart au paiement des sanctions suivantes selon l'art. 49a al. 1 LCart:

   - Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny: CHF 95'138.-
   - Favre et Studer SA: CHF 0.-

6. Les frais de procédure sont répartis comme suit:

   - Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny: CHF 82'968.-;
   - Favre et Studer SA: CHF 27'656.-;
   - RETRIPA VALAIS SA: CHF 60'842.-;
   - TMR Transports de Martigny et Régions SA: CHF 27'656.-.

7. Pour le surplus, la COMCO clôt l'enquête sans suite.

8. Dès l'entrée en vigueur de la présente décision à l'égard de toutes les parties, les éventuels éléments saisis sont restitués à la personne concernée et les données électroniques copiées ou reproduites par le Secrétariat sont effacées.

La décision doit être notifiée à:

- **Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny**, à Martigny

  représentée par [...]

- **Favre et Studer SA,** à Grône
- **Centre de Transferts Martigny SA,** à Martigny
- **RETRIPA VALAIS SA,** à Monthey
- **TMR Transports de Martigny et Régions SA**, à Martigny

  [Voies de droit]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. TA Associates Management L.P./Stirling Square Capital Partners Management Limited/Macquarie European Investment Holdings Limited/Byggfakta Group Nordic Holdco AB**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. März 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU[2] vom 27. März 2024

1. Am 6 März 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: **WEKO**) die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens erhalten, durch das die Unternehmen TA Associates Management L.P. (nachfolgend: **TA Associates**), Stirling Square Capital Partners Management Limited (nachfolgend: **Stirling Square Capital**) und Macquarie European Investment Holdings Limited (nachfolgend: **Macquarie European Investment**) die gemeinsame Kontrolle über die Gesamtheit des Unternehmens Byggfakta Group Nordic Holdco AB (nachfolgend: **Byggfakta**), im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m Art. 2 Abs. 1 VKU erlangen.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- TA Associates ist eine Private Equity Gesellschaft und hält Portfoliogesellschaften, die weltweit in ausgewählten Branchen tätig sind, darunter Unternehmensdienstleistungen, Konsumgüter, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen und Technologie.
- Stirling Square Capital ist eine Private Equity Gesellschaft und hält Portfoliogesellschaften, die in einer Vielzahl verschiedener Branchen tätig sind, darunter Technologie, Infrastruktur, Bildung und Dienstleistungen für Verbraucher.
- Macquarie European Investment ist als hundertprozentige Tochtergesellschaft Teil der Macquarie Group Limited (nachfolgend: **Macquarie**). Macquarie ist eine diversifizierte Finanzgruppe, die ihren Kunden Vermögensverwaltung und Finanzierung, Bankgeschäfte, Beratung sowie Risiko- und Kapital Lösungen in den Bereichen Anleihen, Aktien und Rohstoffe bietet.
- Byggfakta bietet ein abonnementbasiertes SaaS-Modell für die Bereitstellung von Marktdaten und Informationsdiensten für Unternehmen in der Bau-, Immobilien- und Gesundheitsbranche an. Das Unternehmen stellt in der Schweiz eine Ausschreibungsplattform zur Verfügung, in dem Generalunternehmer ihre Angebote ausschreiben und Bauunternehmen nach Ausschreibungen suchen können.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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.

[1] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B 2.3	**2. Nordic Capital Fund XI Limited/CVC Capital Partners plc/Platinum Ivy B 2018 RSC Limited/Hargreaves Lansdown plc**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Oktober 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 7. Oktober 2024

1. Am 13. September 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb gemeinsamer Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU über Hargreaves Lansdown plc (nachfolgend: Hargreaves Lansdown) durch Nordic Capital Fund XI Limited (nachfolgend: Nordic Capital Fund XI), CVC Capital Partners plc (nachfolgend: CVC Capital Partners) und Platinum Ivy B 2018 RSC Limited (nachfolgend: Platinum Ivy).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Nordic Capital Fund XI ist eine mit Nordic Capital verbundene Gesellschaft. Nordic Capital ist eine Private Equity Gesellschaft, welche über ihre Fonds in grosse und mittlere Unternehmen investiert. Die Schwerpunktsektoren sind Gesundheitswesen, Technologie & Zahlungsverkehr, Finanzdienstleistungen und in geringerem Masse Konsumgüter und Industrial & Business Services. Hauptregion ist Europa und für Investments im Bereich Gesundheitswesen und Technologie & Zahlungsverkehr hat sie einen globalen Fokus.
- CVC Capital Partners ist ein globaler Verwalter alternativer Anlagen mit Schwerpunkt auf Private Equity, Kredite und Secondaries. Die CVC Capital Partners Fonds halten Beteiligungen an einer Reihe von Unternehmen, die weltweit in einer Vielzahl von Branchen tätig sind, u. a. in den Bereichen Finanzdienstleistungen, Chemie, Versorgungsunternehmen, verarbeitende Industrie, Retail sowie Vertrieb in Europa, den USA und der Asien-Pazifik Region.
- Platinum Ivy ist indirekt eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Abu Dhabi Investment Authority, welche eine öffentliche Institution ist, die von der Regierung des Emirats Abu Dhabi als unabhängige Investmentinstitution mit Sitz in Abu Dhabi, Vereinigte Arabische Emirate, gegründet wurde.
- Hargreaves Lansdown ist ein Finanzdienstleistungsunternehmen im Vereinigten Königreich, das an der London Stock Exchange unter dem Ticker LON: HL notiert ist. Hargreaves Lansdown betreibt eine «direct -to-consumer» Spar- und Anlageplattform für Privatanleger.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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. Permira Holdings/Clayton Dubillier & Rice/Exclusive Networks/JV**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. November 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 4. November 2024

1. Am 16. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den (indirekten) Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU über Exclusive Networks durch Permira Holdings (nachfolgend: Permira) und Clayton, Dubilier & Rice Fund XII, L.P (nachfolgend: CD&R).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Permira ist ein in Guernsey eingetragenes Private-Equity-Unternehmen, das über seine Tochtergesellschaften und verbundenen Unternehmen Anlageverwaltungsdienstleistungen für eine Reihe von Investmentfonds erbringt. Permira kontrolliert letztlich eine Reihe von Private-Equity-Fonds, die Portfoliounternehmen aus den Bereichen Konsumgüter, Dienstleistungen, Gesundheitswesen und Technologie umfassen. Exclusive Networks wird momentan (indirekt) alleinig von Permira kontrolliert.
- CD&R ist eine Private Equity Investmentgruppe mit Sitz in den USA. CD&R ist Initiator, Strukturierer und häufig auch Lead-Equity-Investor bei Management - Buy-outs, strategischen Minderheitsbeteiligungen und anderen strategischen Investitionen.
- Exclusive Networks ist weltweit im Grosshandelsvertrieb von IT-Produkten und -Lösungen tätig. Das Unternehmen arbeitet mit Anbietern solcher Technologien zusammen, um ihnen den Vertrieb ihrer Produkte in einer Vielzahl von Ländern zu ermöglichen, auch durch die Bereitstellung von Fachwissen (z. B. in den Bereichen Marketing und Logistik). Exclusive Networks bietet auch unterstützende Dienstleistungen im Zusammenhang mit den vertriebenen Produkten an. Die Zielgesellschaft ist eine nach französischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft und ist an der Euronext Paris notiert.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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. Vista Equity Partners Management, LLC/Blackstone Inc./Smartsheet Inc.**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 23. Dezember 2024

1. Am 4. Dezember 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU über Smartsheet durch ein neu gegründetes Unternehmen Einstein Parent Inc., das gemeinsam von Vista Equity Partners Management, LLC (nachfolgend: Vista) und Blackstone Inc. (nachfolgend: Blackstone) kontrolliert wird.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Vista ist ein in den USA ansässiges Private-Equity-Unternehmen, das sich auf die Finanzierung von Unternehmen in den Bereichen Software, Daten und Technologie konzentriert.
- Blackstone ist ein globaler Vermögensverwalter für alternative Anlagen mit Hauptsitz in den USA und Niederlassungen in Europa und Asien. Blackstone ist an der New York Stock Exchange notiert. Die vier Geschäftsbereiche von Blackstone sind Immobilien, Private Equity, Kredit- und Versicherungswesen sowie Hedgefonds-Lösungen.
- Smartsheet ist ein Cloud-basiertes «Software -as-a-Service» (oder SaaS) Angebot, das sich auf Tabellenkalkulationen für die Zusammenarbeit und die Verwaltung von Arbeitsprojekten konzentriert. Es wird verwendet, um Aufgaben zuzuweisen, den Projektfortschritt zu verfolgen, Kalender zu verwalten, Dokumente zu teilen und andere Arbeitsabläufe zu verwalten. Smartsheet ist ein in den USA ansässiges Unternehmen, das an der New York Stock Exchange notiert ist und aktuell nicht von einer natürlichen oder juristischen Person kontrolliert wird.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	**5. Vista Equity Partners Management, LLC/Warburg Pincus LLC/Redwood Software**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 2. Dezember 2024

1. Am 14. November 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU über Activ Software Holdings, LLC, allgemein bekannt als Redwood Software (nachfolgend: Redwood), durch Tochtergesellschaften von Vista Equity Partners Management, LLC (nachfolgend: Vista) und Warburg Pincus LLC (nachfolgend: Warburg Pincus). Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Vista ist ein in den USA ansässiges Private-Equity-Unternehmen, das sich auf die Finanzierung von Unternehmen in den Bereichen Software, Daten und Technologie konzentriert.
- Warburg Pincus ist ein globales Private-Equity-Unternehmen mit Hauptsitz in New York, NY, USA. Die Portfoliounternehmen von Warburg Pincus sind in einer Vielzahl von Sektoren tätig, darunter Energie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen und Konsumgüter, Industrie- und Unternehmensdienstleistungen sowie Technologie, Medien und Telekommunikation.
- Redwood hat ihren eingetragenen Sitz in den USA und ist eine Anbieterin von SaaS- und On-Premise-Softwarelösungen. Redwood hat sich auf Lösungen für umfassende Workload-Automatisierung für Unternehmen spezialisiert. Sie bietet eine vollständige Automatisierung für Geschäftsprozesse und betreut Kundinnen und Kunden in einer Vielzahl von Branchen, darunter Fertigung, Versorgungsunternehmen, Einzelhandel, Biotechnologie und Gesundheitswesen. Das Zielunternehmen kontrolliert das folgende Unternehmen mit Sitz in der Schweiz: Redwood Software Switzerland GmbH.

2. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	**6. Novo Holdings/Novo Nordisk/Catalent**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 11. Dezember 2024

1. Am 12. November 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben besteht im Erwerb der alleinigen Kontrolle über Catalent durch Novo Holdings und stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Art 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU dar.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Novo Holdings ist eine dänische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Holdinggesellschaft der Novo Group (zu der alle Kontrollierten Portfoliounternehmen, einschliesslich Novo Nordisk, gehören). Novo Holdings ist zuständig für die Verwaltung des Vermögens der Stiftung Novo Nordisk Fonden, und zwar durch strategische Investitionen in den Life Sciences Bereich und verwandte Bereiche sowie durch Finanz- und Risikokapitalinvestitionen in ein breites Portfolio von Unternehmen. Novo Holdings ist die kontrollierende Aktionärin von Novo Nordisk und von verschiedenen anderen Unternehmen, darunter Novonesis A/S und NNIT A/S.
- Novo Nordisk ist ein globales Gesundheitsunternehmen. Das vermarktete Produktportfolio von Novo Nordisk konzentriert sich auf die Behandlung von Stoffwechselstörungen wie Diabetes und Adipositas sowie von chronischen Krankheiten wie Hämophilie und Wachstumsstörungen und verfügt zudem über ein Legacy Portfolio von Hormonersatztherapien für die Menopause.
- Catalent ist ein weltweit tätiges Auftragsentwicklungs- und Herstellungsunternehmen («CDMO» oder «contract development and manufacturing organization») mit Hauptsitz in den USA, das Entwicklungs- und Herstellungslösungen für Unternehmen in der Pharma-, Biotech- und Consumer-Health-Industrie anbietet.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	**7. H.I.G. Capital, L.L.C./Thoma Bravo, L.P./CompTIA**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 11. Dezember 2024

1. Am 21. November 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb von gemeinsamer Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU über bestimmte Geschäftsbereiche von The Computing Technology Industry Association (nachfolgend: CompTIA) durch H.I.G. Capital, L.L.C. (nachfolgend: H.I.G. Capital) und Thoma Bravo, L.P. (nachfolgend: Thoma Bravo).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- H.I.G. Capital ist eine führende globale Private-Equity- und Alternative-Assets-Investment-Gesellschaft mit eingetragenem Sitz in den USA. Dieses Unternehmen ist auf die Bereitstellung von Fremd- und Eigenkapital für kleine und mittelständische Unternehmen spezialisiert. H.I.G. Capital konzentriert sich auf das Mid-Cap-Segment des Marktes und ihre Fonds umfassen Private Equity, Growth Equity, Immobilien, Direktkredite, Infrastruktur, Special Situations Debt und Biohealth.
- Thoma Bravo ist eine globale Private-Equity-Gesellschaft mit eingetragenem Sitz in den USA. Dieses Unternehmen ist eine Private-Equity-Gesellschaft die sich auf die Sektoren Software und technologiegestützte Dienstleistungen konzentriert.
- CompTIA ist ein Anbieter von IT-Zertifizierungen und Schulungslösungen mit eingetragenem Sitz in den USA. Das Target Business ist in der Bereitstellung von IT-Zertifizierungen und Schulungslösungen tätig, hauptsächlich für die Belegschaft in den Bereichen Technologie, technologieorientiert und technologienah.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	**8. UNION BANCAIRE PRIVEE, UBP SA/SOCIETE GENERALE Private Banking (Suisse) SA**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1

Prise de position de la Commission de la concurrence du 20 décembre 2024

Communication selon l'art. 16 OCCE du 20 décembre 2024

1. Le 20 novembre 2024, la Commission de la concurrence a reçu la notification d'un projet de concentration. Le projet de concentration consiste en l'acquisition du contrôle exclusif de SOCIETE GENERALE Private Banking (Suisse) SA (ci-après: SGPB) par UNION BANCAIRE PRIVEE, UBP SA (ci-après: UBP) et constitue une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart et de l'art. 1 de l'OCCE.

2. Les entreprises concernées sont actives dans les secteurs d'activité suivants :

- L'UBP est une banque privée dont le siège social est à Genève. L'UBP est spécialisée dans les métiers de gestion de patrimoine pour le compte de clients privés et institutionnels. L'UBP est active en particulier dans les domaines du « Private Banking », de l'« Asset Management » et en particulier celui des « Alternatives Investments » (tels que les « Hedge Funds »). L'organisation de l'UBP s'articule autour de deux divisions: « Wealth Management » et « Asset Management ».
- SGPB est une filiale indirecte à 100% du Groupe Société Générale, un groupe bancaire et financier mondial basé à Paris, en France. SGPB est active dans le secteur du Private Banking en Suisse.

3. L'examen préliminaire n'a pas révélé d'indices selon lesquels la concentration créerait ou renforcerait une position dominante. Les conditions d'un examen de la concentration au sens de l'art. 10 LCart ne sont donc pas remplies.

B 2.3	**9. Rolex/Bucherer**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Mai 2024

A Sachverhalt

1. Am 12. April 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Rolex Holding SA (nachfolgend: Rolex Holding) die Bucherer Holding AG (nachfolgend: Bucherer Holding) sowie die Bucherer Immobilien AG (nachfolgend: Bucherer Immobilien) zu erwerben.

2. Die **Rolex** Holding ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf, deren Aktien zu 100 % von der Stiftung Hans Wilsdorf mit Sitz in Carouge gehalten werden. Die Stiftung Hans Wilsdorf kontrolliert […] ebenfalls zu 100 % die Rolex SA (nachfolgend: Rolex)[1] sowie die Montres Tudor SA (nachfolgend: Montres Tudor)[2], beide ebenfalls mit Sitz in Genf. Die Rolex Holding und Rolex bilden zusammen die Rolex-Gruppe.

3. Die Rolex-Gruppe ist eine Schweizer Uhrenherstellerin. Sie ist mit Rolex sowie Montres Tudor in der Entwicklung und Herstellung von mechanischen Armbanduhren der Marken Rolex und Tudor tätig. Die Rolex- und Tudor-Uhren werden hauptsächlich von Einzelhändlerinnen über ein selektives Vertriebssystem weltweit an Konsumentinnen und Konsumenten verkauft, aber auch Rolex selbst vertreibt Rolex- und Tudor-Uhren über drei eigene Verkaufsstellen. Die Rolex-Gruppe erbringt zudem Service Après-Vente (SAV) für Rolex- und Tudor-Uhren und stellt Ersatzteile für diese her. Schliesslich bietet Rolex Einzelhändlerinnen Zertifizierungsdienstleistungen für gebrauchte Rolex-Uhren an (vgl. Rz 28, Rz 37, Rz 49, Rz 55 und Rz 65).

4. Die Aktien der **Bucherer** Holding und der Bucherer Immobilien (nachfolgend gemeinsam: Bucherer-Gruppe), beides Aktiengesellschaften mit Sitz in Luzern, befinden sich zu 100 % im Nachlass des Jörg G. Bucherer (vgl. Rz 6). Die Bucherer Holding kontrolliert die beiden Tochtergesellschaften Bucherer AG (nachfolgend: Bucherer) und Bucherer Handels AG[3], beide ebenfalls mit Sitz in Luzern.[4] Bucherer wiederum kontrolliert zu 100 % verschiedene Tochtergesellschaften, die im Einzelhandel mit Uhren und Schmuck in verschiedenen Ländern[5] oder in der Produktion und dem Vertrieb der Uhren unter der Eigenmarke von Bucherer[6] (vgl. Rz 5) tätig sind.[7] Bucherer hält zudem Minderheitsbeteiligungen an weiteren Gesellschaften, darunter indirekte[8] Minderheitsbeteiligungen an […]. Diese sind […] tätig.[9] Die Bucherer Immobilien hält die Immobilien der Bucherer-Gruppe zu Eigentum und bewirtschaftet diese.

5. Die Bucherer-Gruppe ist weltweit im Einzelhandel mit Uhren und Schmuck tätig. Sie vertreibt Uhren verschiedenster Marken im Prestige- und Luxussegment an Konsumentinnen und Konsumenten, darunter Rolex- und Tudor-Uhren. Daneben produziert die Bucherer-Gruppe auch selbst mechanische Armbanduhren sowie Uhren mit Quarz-Uhrwerken im Prestige- und Luxussegment und verkauft diese unter der eigenen Marke «Carl F. Bucherer». Die Bucherer-Gruppe kauft und verkauft neben neuen Uhren seit 2019 auch zertifizierte Gebrauchtuhren. Schliesslich ist die Bucherer-Gruppe an verschiedenen Standorten als autorisiertes Servicezentrum für SAV diverser Marken, darunter auch Rolex und Tudor, zugelassen (vgl. Rz 29, Rz 38, Rz 43 und Rz 57). Im Bereich Schmuck verkauft die Bucherer-Gruppe sowohl Feinschmuck (sog. Fine Jewellery) im Preiseinstiegssegment wie auch im höheren Preissegment (sog. High Fine Jewellery). Die Bucherer-Gruppe pflegt auch im Bereich Schmuck eine Eigenmarke, nämlich «Bucherer Fine Jewellery», und erbringt Dienstleistungen wie Schmuckpflege und -reparatur (vgl. Rz 25).

6. Veräusserin ist der Nachlass des Jörg G. Bucherer. Jörg G. Bucherer ist am 6. November 2023 verstorben. Er hatte das Familienunternehmen in dritter Generation geführt und war Mitglied im Verwaltungsrat diverserer Gesellschaften der Bucherer-Gruppe. Die Aktien sowohl der Bucherer Holding als auch der Bucherer Immobilien befinden sich derzeit zu 100 % im Nachlass des Verstorbenen (vgl. Rz 4).

7. Zu den Zielen, welche die Rolex-Gruppe und die Bucherer-Gruppe (nachfolgend gemeinsam auch: Zusammenschlussparteien) mit dem Zusammenschluss verfolgen, halten die Zusammenschlussparteien Folgendes fest: Aufgrund des fortgeschrittenen Lebensalters von Jörg G. Bucherer sei eine sinnvolle Nachfolgelösung für

[1] […].
[2] […].
[3] Die Bucherer Handels AG wiederum hält 100 % der Aktien der Bucherer Handelsges. mbH in Österreich sowie der Bucherer Distribution S.A.S. in Frankreich.
[4] Die Bucherer Holding kontrolliert ebenfalls zu 100 % die […], welche im Dezember 2022 jedoch aufgelöst wurde und sich in Liquidation befindet.
[5] Dazu gehören die Bucherer Deutschland GmbH, die Bucherer France S.A.S., die Bucherer Denmark ApS, die Bucherer Holding Limited in Grossbritannien, die Bucherer USA Inc., die Bucherer Hong Kong Ltd. sowie das Bucherer Representation Office in China.
[6] Dazu gehören die Carl F. Bucherer AG mit Sitz in Luzern, die Carl F. Bucherer Europe GmbH in Deutschland und die Carl F. Bucherer Taiwan Ltd.
[7] Schliesslich kontrolliert Bucherer zu 100 % weitere Gesellschaften, die verschiedene Funktionen innerhalb der Bucherer-Gruppe wahrnehmen: […]. Bucherer kontrollierte ebenfalls zu 100 % […].
[8] Beide Minderheitsbeteiligungen werden […].
[9] […].

das über drei Generationen aufgebaute Familienunternehmen, die Bucherer-Gruppe, gesucht worden. Die Geschäftsbeziehung zwischen der Rolex-Gruppe und der Bucherer-Gruppe habe bereits 1924 begonnen, als die Bucherer-Gruppe die damals noch kaum etablierte Marke Rolex ins Sortiment aufgenommen habe. Die Geschäftsbeziehung zur Bucherer-Gruppe habe daher für die Rolex-Gruppe eine besondere Bedeutung. Jörg G. Bucherer sei es wichtig gewesen, dass sein Familienunternehmen so erfolgreich und diversifiziert weitergeführt werde wie unter seiner Führung. Mit Rolex habe er in dieser Hinsicht eine vertrauenswürdige und zukunftsträchtige Nachfolgelösung gefunden. Für die Rolex-Gruppe bedeute die Akquisition der Bucherer-Gruppe den Erwerb eines attraktiven, profitablen und gut geführten Unternehmens im Einzelhandel für Uhren und Schmuck.

8. Am 22. Dezember 2023 erklärten die Zusammenschlussparteien ihr Einverständnis zur Durchführung einer Marktbefragung vor Einreichung der Meldung des Zusammenschlussvorhabens (vgl. Rz 1). Zur Klärung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des SAV für Uhren (vgl. dazu Rz 129 ff.) versandte das Sekretariat am 19., 20. und 27. Februar 2024 Fragebogen an diejenigen 27 Schweizer Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen im Zeitraum 2020 bis heute von der Rolex-Gruppe für SAV an Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisiert waren bzw. sind. 26 der befragten 27 Einzelhändlerinnen haben den ausgefüllten Fragebogen bis zum 19. März 2024 zurückgesandt.[10] Bis am 9. April 2024 beantworteten die 26 Einzelhändlerinnen inhaltliche Nachfragen des Sekretariats zu den ausgefüllten Fragebogen.[11]

9. Der Meldung vom 12. April 2024 (vgl. Rz 1) legte die Rolex-Gruppe ein Schreiben datierend vom 15. Februar 2024 bei, welches das Sekretariat bereits vorab am 4. März 2024 erhielt. In diesem Schreiben bekräftigt die Rolex-Gruppe ihre in den Meldungsentwürfen[12] und der Meldung vom 12. April 2024 gemachten Erklärungen betreffend die Ausrichtung ihrer zukünftigen Vertriebspolitik und die Ausgestaltung ihres SAV (vgl. Rz 156 ff.). Sie macht diesbezüglich Verpflichtungszusagen (i) zum Vertrieb von Uhren der Marken Rolex und Tudor (vgl. Rz 191 ff.), (ii) zur Multibrandstrategie der Bucherer-Gruppe (vgl. Rz 204 f.), (iii) zum SAV-Netz (vgl. Rz 220 ff.) und (iv) zum Zugang zu Ersatzteilen (vgl. Rz 267 ff.).

10. Eine Notifizierung des Zusammenschlussvorhabens erfolgte auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) und befindet sich dort zurzeit noch in der Voranmeldephase.[13]

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

11. 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

12. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

13. 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.

14. 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 bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein. Weiter können Mittel zur Kontrolle Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder die Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

15. Gemäss Meldung unterzeichneten Jörg G. Bucherer und die Rolex Holding am 23. August 2023 zwei Kaufverträge. Der erste Verkaufsvertrag regelt den Verkauf der 100 %-Beteiligung an Bucherer Holding. Gemäss Ziff. 2.1 des ersten Verkaufsvertrags verpflichtet sich Jörg G. Bucherer, der Rolex Holding per Vollzugstag die Aktien an der Bucherer Holding, d.h. sämtliche der 1'000 voll liberierten Namenaktien mit einem Nominalwert von je CHF 1'000 pro Aktie, zu verkaufen und zu übertragen. Der zweite Verkaufsvertrag regelt den Verkauf der 100 %-Beteiligung an der Bucherer Immobilien. Gemäss Ziff. 2.1 des zweiten Verkaufsvertrags verpflichtet sich Jörg G. Bucherer, der Rolex Holding per Vollzugstag die Aktien an der Bucherer Immobilien, d.h. sämtliche der 1'000 voll liberierten Namenaktien mit einem Nominalwert von je CHF 1'000 pro Aktie, zu verkaufen und zu übertragen. Die Rolex Holding verpflichtet sich jeweils im Gegenzug, per Vollzugstag die besagten Aktien zu kaufen. Die 1'000 Aktien der Bucherer Holding sowie die 1'000 Aktien der Bucherer Immobilien repräsentieren 100 % des nominellen Aktienkapitals und damit 100 % der Stimmrechte der Bucherer Holding bzw. der Bucherer Immobilien. Infolge des Kaufs sämtlicher Namenak-

[10] Das Unternehmen, welches den Fragebogen des Sekretariats nicht beantwortet hat, befindet sich in Auflösung.
[11] Zwei Einzelhändlerinnen haben Nachfragen des Sekretariats nicht beantwortet.
[12] Meldungsentwurf vom 9.10.2023, Meldungsentwurf vom 14.11.2023, Meldungsentwurf vom 25.1.2024.
[13] Vgl. EU-Komm, COMP/M.11246 vom 10.7.2024.

tien der Bucherer Holding sowie der Bucherer Immobilien wird die Rolex Holding künftig 100 % der Aktien und Stimmrechte von der Bucherer Holding sowie der Bucherer Immobilien halten und in der Lage sein, sämtliche strategischen Entscheide betreffend die zwei genannten Gesellschaften alleine bestimmen zu können. Entsprechend wird die Rolex Holding nach Vollzug des Zusammenschlusses die alleinige Kontrolle über die Bucherer Holding sowie die Bucherer Immobilien innehaben.

16. Gemäss obenstehenden Ausführungen handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

17. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Zusammenschlussparteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

18. 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).

19. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden Unternehmen – vorliegend die Rolex Holding – als auch die kontrollierten Unternehmen – vorliegend die Bucherer Holding und die Bucherer Immobilien – als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Gemäss Art. 5 VKU sind jeweils die konsolidierten Umsätze der Rolex-Gruppe und der Bucherer-Gruppe massgebend.

20. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und schweizweiten Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2022.

Tabelle 1: Weltweite und schweizweite Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2022.

Unternehmen	Weltweite Umsätze (in Mio. CHF)	Schweizweite Umsätze (in Mio. CHF)
Rolex-Gruppe	[…]	[…]
Bucherer-Gruppe	[…]	[…]

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien.

21. 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.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

22. 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).

23. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (vgl. Rz 24 ff.). In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt (vgl. Rz 93 ff.).

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Vorbemerkungen

24. Nachfolgende Ausführungen zu den sachlich und räumlich relevanten Märkten beschränken sich auf denjenigen Bereich, in welchem sowohl die Rolex-Gruppe als auch die Bucherer-Gruppe tätig sind, d.h. auf den Bereich der Uhren (vgl. Rz 3 und Rz 5). Es werden im Folgenden somit die sachlich und räumlich relevanten Märkte in der Herstellung von Uhren, im Einzelhandel mit neuen Uhren, im Einzelhandel mit Gebrauchtuhren, in der Erbringung von Zertifizierungsdienstleistungen für Gebrauchtuhren, in der Erbringung von SAV für Uhren sowie in der Herstellung von Ersatzteilen für Uhren abgegrenzt.

25. Aus den nachfolgend genannten Gründen erfolgen jedoch keine Ausführungen zum Bereich Schmuck. Die Bucherer-Gruppe ist weltweit im Einzelhandel mit Schmuck tätig und verkauft Feinschmuck verschiedener Marken sowie ihrer Eigenmarke Bucherer Fine Jewellery an Konsumentinnen und Konsumenten. Daneben erbringt sie Dienstleistungen der Schmuckpflege und -reparatur (vgl. Rz 5). Die Rolex-Gruppe ist im Bereich Schmuck nicht tätig. Daher entstehen unabhängig von der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung in diesem Bereich keine Marktanteilsadditionen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben. Es ergeben sich auch in vertikaler Hinsicht keine Änderungen durch das Zusammenschlussvorhaben. Zudem legt die Bucherer-Gruppe den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf den Einzelhandel mit Uhren[14] und die unter der Eigenmarke

[14] So macht der Umsatz im Einzelhandel mit neuen Uhren in der Schweiz mit CHF […] Mio. im Jahr 2022 einen Anteil von ca. [80-90] % am Gesamtumsatz der Bucherer-Gruppe in der Schweiz aus.

produzierte Menge an Schmuck ist gemäss Zusammenschlussparteien marginal. Die Zusammenschlussparteien gehen zudem davon aus, dass im Bereich Schmuck keine im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkte (ohne Marktanteilsaddition) vorliegen.

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

26. 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).

B.4.1.2.1 Herstellung von Uhren

27. Sowohl die Rolex-Gruppe als auch die Bucherer-Gruppe sind in der Herstellung von Uhren tätig (vgl. Rz 3 und Rz 5).

28. Rolex produziert mechanische Swiss made Armbanduhren der Marke Rolex in vier Produktionsstätten in der Schweiz.[15] Rolex-Uhren sind Produkte des Prestige- und Luxussegments und ab einem Verkaufspreis von ca. CHF 5'300 (bis zu CHF 200'000) im Handel erhältlich. Die meisten Uhrenmodelle der Marke Rolex werden zu Verkaufspreisen zwischen ca. CHF 7'500 und CHF 15'000 angeboten. Rolex-Uhren sind mit einem in den eigenen Rolex-Manufakturen hergestellten mechanischen Uhrwerk ausgestattet. Die ebenfalls zur Rolex-Gruppe gehörende Montres Tudor stellt mechanische Armbanduhren der Marke Tudor in einer eigenen Manufaktur ebenfalls in der Schweiz[16] her. Auch Tudor-Uhren sind dem Prestige- und Luxussegment zuzuordnen. Sie sind mit Verkaufspreisen zwischen ca. CHF 1'750 und CHF 8'000 jedoch am unteren Ende dieses Segments positioniert, wobei einzelne Uhrenmodelle auch teurer sein können (bis ca. CHF 17'000). Tudor-Uhren werden mit mechanischen Uhrwerken ausgestattet, die von der von Rolex zur Mehrheit gehaltenen Kenissi Manufacture SA mit Sitz in Le Locle produziert werden.

29. Die Bucherer-Gruppe stellt Swiss made Armbanduhren für die Eigenmarke Carl F. Bucherer in der Schweiz her. Sie produziert und verkauft hauptsächlich Carl F. Bucherer-Uhren mit mechanischem Uhrwerk, aber auch Armbanduhren mit Quarz-Uhrwerken.[17] Carl F. Bucherer-Uhren sind gemäss Zusammenschlussparteien ebenfalls dem Prestige- und Luxussegment zugehörig und sind im Handel ab einem Verkaufspreis von ca. CHF 3'000 (bis zu CHF 400'000) erhältlich. Für die Bucherer-Gruppe ist die Produktion einer eigenständigen Uhrenmarke laut Zusammenschlussparteien eher ein Prestigeprojekt als ein existentielles Geschäftsfeld. Carl F. Bucherer-Uhren werden denn auch nur in ganz kleiner Auflage produziert.[18] Gemäss Zusammenschlussparteien soll in Bezug auf die Herstellung der Carl F. Bucherer-Uhren […]. […].

30. Uhrenherstellerinnen vertreiben ihre Uhren einerseits an Einzelhändlerinnen, welche die Uhren an Konsumentinnen und Konsumenten weiterverkaufen, und andererseits direkt an Konsumentinnen und Konsumentinnen (vgl. auch Rz 37). Marktgegenseite der Uhrenherstellerinnen sind somit Einzelhändlerinnen sowie Konsumentinnen und Konsumenten. Da die Nachfrage der Einzelhändlerinnen jedoch vom Nachfrageverhalten der Konsumentinnen und Konsumenten geleitet wird (abgeleitete Nachfrage), ist das Verhalten der Konsumentinnen und Konsumenten Ausgangspunkt der sachlichen Marktabgrenzung.

31. In der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* setzte sich die WEKO bereits mit der Marktabgrenzung im Bereich Armbanduhren auseinander. Sie definierte die relevanten Märkte jedoch nicht abschliessend, da die konkrete Marktabgrenzung für das Resultat der Untersuchung nicht entscheidend war.[19] Die WEKO hielt fest, dass sich der Markt für Uhren durch eine hohe Preis- und Produktdifferenzierung (Technologie, Funktionen, Leistung, Material, Zielgruppe, Image, Herstellungsort) auszeichnet.[20] Sie ging davon aus, dass der Markt für Uhren nach dem Differenzierungsmerkmal Preis zu segmentieren ist, da Konsumentinnen und Konsumenten in der Regel nach einer Uhr in einer bestimmten Preisklasse Ausschau halten, welche die meisten weiteren Differenzierungsmerkmale widerspiegelt. Gemäss der WEKO ist der Markt für Uhren zumindest in ein unteres Preissegment bis zu einem Verkaufspreis von ungefähr CHF 2‘000–3'000 und ein oberes Preissegment mit einem Verkaufspreis von über ungefähr CHF 2‘000–3‘000 zu unterteilen.[21] In Betracht gezogen hat die WEKO in der genannten Untersuchung zudem weitere Segmentierungen des Marktes für Uhren nach den Differenzierungsmerkmalen Technologie (Quarzuhren und mechanische Uhren), Herstellungsort (Swiss made) sowie Zielgruppe (Damen- und Herrenuhren).[22] Diese Marktabgrenzung wurde von den Wettbewerbsbehörden in der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* übernommen.[23] Im Zusammenschlussverfahren *Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG* zog die WEKO eine preisliche Segmentierung in ein Tief- und Hochpreissegment mit Uhren mit einem Verkaufspreis von bis zu bzw. über CHF 5'000 in Betracht, die genaue Definition des sachlich relevanten Marktes hat sie jedoch letztlich offen gelassen.[24]

32. Die Zusammenschlussparteien anerkennen, dass der Preis einer Uhr bei der Kaufentscheidung ein wichtiges Kriterium für Konsumentinnen und Konsumenten ist, lehnen jedoch eine Abgrenzung des Herstellermarktes für Uhren nach verschiedenen Preiskategorien wie vorangehend beschrieben ab. Sie halten vielmehr dafür, ein Massenmarktsegment und ein Prestige- und Luxussegment abzugrenzen, wobei eine preisliche Segmentierung in eine Preisklasse von Uhren bis CHF 1'000

[15] Les Acacias (GE), Plan-les Ouates (GE), Chêne-Bourg (GE) und Biel (BE).
[16] Le Locle (NE).
[17] Die Bucherer-Gruppe erzielte im Jahr 2022 mit der Herstellung und dem Verkauf von Carl F. Bucherer-Uhren mit Quarzuhrwerk an Einzelhändlerinnen einen Umsatz von CHF […] Mio. weltweit und von CHF […] Mio. schweizweit. Dies macht einen Anteil von [0-10] % bzw. [0-10] % am Gesamtumsatz aus, den die Bucherer-Gruppe mit der Herstellung und dem Verkauf von Carl F. Bucherer-Uhren insgesamt weltweit bzw. schweizweit erzielt hat.
[18] So verkaufte die Bucherer-Gruppe im Jahr 2022 bzw. 2023 weltweit […] bzw. […] Uhren der Eigenmarke Carl F. Bucherer.
[19] Vgl. RPW 2014/1, 230 Rz 140 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.
[20] Vgl. RPW 2014/1, 230 Rz 142, *Swatch Group Lieferstopp*.
[21] Vgl. RPW 2014/1, 231 Rz 145 ff. sowie 232 Rz 156, *Swatch Group Lieferstopp*.
[22] Vgl. RPW 2014/1, 232 Rz 149 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.
[23] Vgl. RPW 2020/4a, 1620 Rz 154 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.
[24] Vgl. RPW 2019/1, 189 Rz 10, *Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG*.

und eine Preisklasse für Uhren des Prestige- und Luxussegments von über CHF 1'000 am sinnvollsten erscheine. Die Bucherer-Gruppe wie auch die meisten ihrer Konkurrentinnen würden hauptsächlich als Einzelhändlerinnen für Prestige- und Luxusuhren wahrgenommen, deren Verkaufspreise in der Regel über CHF 1'000 liegen würden.[25] Eine Segmentierung nach Technologie lehnen die Zusammenschlussparteien ab, da Uhren im Luxussegment typischerweise ein mechanisches Uhrwerk enthalten würden und die wenigen Ausnahmen, d.h. Uhren mit Quarzwerken, in diesem Segment aufgrund ihres Designs und ihrer Ausführung erfolgreich mit mechanischen Uhren konkurrenzieren könnten. Das Differenzierungsmerkmal Herstellungsort, d.h. konkret die Swiss made Kennzeichnung[26], sei laut Zusammenschlussparteien zwar relevant, jedoch nicht ausschlaggebend. Zudem stamme ein grosser Teil der Luxusuhren ab CHF 1'000 ohnehin aus der Schweiz.[27] Schliesslich gebe es zwar Damen- und Herrenuhren, allerdings nehme aus Sicht der Zusammenschlussparteien die Bedeutung der Unterscheidung in Damen- und Herrenuhren ab, da Kundinnen und Kunden nach ihrem Geschmack und nicht nach der Kategorisierung in Damen- und Herrenmodelle auswählen würden. Deshalb könne auf eine diesbezügliche Segmentierung verzichtet werden.

33. Die EU-Kommission hat in Zusammenschlussverfahren zu Luxusprodukten festgehalten, dass von einem eigenständigen Markt für Luxusuhren auszugehen und dieser weiter nach Preisen zu segmentieren ist. Konkret zog die EU-Kommission eine preisliche Segmentierung mit Schwellenwerten von unter bzw. über EUR 5'000, 10'000, 50'000 und 100'000 in Betracht.[28] Die genaue sachliche Marktabgrenzung liess die EU-Kommission jedoch offen.[29]

34. Für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Herstellung von Uhren wird die von der WEKO in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* vorgenommene Marktabgrenzung übernommen. Die definitive sachliche Marktabgrenzung kann jedoch mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. In der Folge wird somit von einem Markt für die Herstellung von Uhren ausgegangen, welcher in zwei Preissegmente unterteilt wird, d.h. ein unteres Preissegment mit Uhren bis zu einem Verkaufspreis von ca. CHF 3'000 und ein oberes Preissegment mit Uhren über einem Verkaufspreis von ca. CHF 3'000. Zudem wird die Analyse entsprechend der Praxis der WEKO auch bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung, d.h. einer zusätzlichen Segmentierung nach den Differenzierungsmerkmalen Technologie (Quarzuhren und mechanische Uhren) und Herstellungsort (Swiss made) vorgenommen. Das weitere Differenzierungsmerkmal der Zielgruppe (Damen- und Herrenuhren) kann aufgrund fehlender Datengrundlage jedoch nicht miteinbezogen werden.[30] Konkret werden somit zusätzlich die folgenden Märkte betrachtet: erstens der Markt für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren, unterteilt in ein unteres und oberes Preissegment, und zweitens der Markt für die Herstellung von Quarzuhren. Auf eine weitere Segmentierung des Marktes für die Herstellung von Quarzuhren nach Preis oder Herstellungsort wird vorliegend jedoch verzichtet, da einzig die Bucherer-Gruppe Quarzuhren produziert (vgl. Rz 28 f.). Nicht analysiert wird der Markt für die Herstellung von nicht-Swiss made Uhren, da sowohl die Rolex-Gruppe als auch die Bucherer-Gruppe einzig Swiss made Uhren herstellen (vgl. Rz 28 f.).

35. Der Vollständigkeit halber wird schliesslich auch die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung des Marktes für die Herstellung von Uhren, d.h. ein Preissegment mit Uhren bis zu einem Verkaufspreis von CHF 1'000 (Massenmarktsegment) sowie ein Preissegment mit Uhren über einem Verkaufspreis von CHF 1'000 (Luxussegment), mitberücksichtigt. Bereits an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass dies das Ergebnis der vorläufigen Prüfung nicht verändert.

B.4.1.2.2 Einzelhandel mit neuen Uhren

36. Die Rolex-Gruppe wie auch die Bucherer-Gruppe sind im Einzelhandel mit neuen Uhren tätig (vgl. Rz 3 und Rz 5).

37. Die Rolex-Gruppe vertreibt die von ihr hergestellten Rolex- und Tudor-Uhren (vgl. Rz 28) hauptsächlich über Einzelhändlerinnen an Konsumentinnen und Konsumenten und ist nur in geringem Ausmass selbst im Einzelhandel tätig. Rolex- und Tudor-Uhren werden weltweit über ein selektives Vertriebssystem von insgesamt 984[31] unabhängigen Einzelhändlerinnen, darunter die Bucherer-Gruppe (vgl. Rz 38), verkauft (Stand November 2023). In der Schweiz sind 26 unabhängige Einzelhändlerinnen Teil des selektiven Vertriebssystems der Rolex-Gruppe. Konkret werden in der Schweiz Rolex-Uhren von 14 unabhängigen Einzelhändlerinnen mit 31 Verkaufsstellen und Tudor-Uhren von 23 unabhängigen Einzelhändlerinnen mit 44 Verkaufsstellen vertrieben (Stand April 2024). Die Einzelhändlerinnen führen ihre Verkaufsstellen je nach vertraglicher Abmachung entweder mit einem sog. Multibrandansatz, d.h. sie verkaufen Uhren verschiedener Marken in einer Verkaufsstel-

[25] Gemäss Angabe der Zusammenschlussparteien erwirtschaftete die Bucherer-Gruppe im Jahr 2022 [90-100] % ihres Bruttoumsatzes mit dem Verkauf von Uhren, die einen Verkaufspreis von über CHF 1'000 aufwiesen. Die Bucherer-Gruppe verkauft […] Uhren mit einem Verkaufspreis unter CHF 1'000. Dazu gehören Uhren der Marken Certina, Swatch und Tissot der Swatch-Gruppe sowie der Marken Junghans, Raymond Weil und Swarovski (vgl. auch Fn 36).

[26] Vgl. hierzu auch RPW 2014/1, 226 Rz 104 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

[27] Vgl. hierzu RPW 2014/1, 232 Rz 151, *Swatch Group Lieferstopp*.

[28] Vgl. EU-Komm, COMP/M.6212 vom 29.6.2011, Rz 15 ff. und Fn 12, LVMH/Bulgari; EU-Komm, COMP/M.9695 vom 26.10.2020, Rz 19 ff., Rz 26 ff. und Rz 47 ff., *LVMH/Tiffany*.

[29] Vgl. EU-Komm, COMP/M.9695 vom 26.10.2020, Rz 58, *LVMH/Tiffany*.

[30] So besteht laut den Zusammenschlussparteien keine Datenquelle für Gesamtmarktvolumina aufgeschlüsselt nach Damen- und Herrenuhren. Zudem sei es den Zusammenschlussparteien nicht möglich, eindeutig nachzuvollziehen, für welche Zielperson eine Uhr gekauft werde.

[31] Rolex-Uhren haben weltweit 798 unabhängige Einzelhändlerinnen mit 1'529 Verkaufsstellen im Sortiment. Tudor-Uhren werden weltweit von 824 unabhängigen Einzelhändlerinnen in 1'697 Verkaufsstellen verkauft.

le[32], oder mit einem Monobrandansatz[33], d.h. sie verkaufen exklusiv nur Rolex- oder Tudor-Uhren in einer Verkaufsstelle. In den meisten Verkaufsstellen der unabhängigen Einzelhändlerinnen, die Rolex- und/oder Tudor-Uhren anbieten, erfolgt der Verkauf mit einem Multibrandansatz.[34] Die Rolex-Gruppe selbst verkauft Rolex- und Tudor-Uhren einzig stationär direkt an Konsumentinnen und Konsumenten und zwar in weltweit drei eigenen Verkaufsstellen. Zwei Verkaufsstellen befinden sich in Griechenland in Athen und eine Verkaufsstelle befindet sich in der Schweiz in Genf. Bei Letzterem handelt es sich um den Rolex-Flagshipstore, in welchem ausschliesslich Rolex-Uhren verkauft werden.

38. Die Bucherer-Gruppe ist hauptsächlich im Einzelhandel mit Uhren (und Schmuck; vgl. dazu jedoch Rz 25) tätig. Sie vertreibt Swiss made und nicht Swiss made Uhren im Prestige- und Luxussegment verschiedenster Marken, darunter Rolex und Tudor (vgl. Rz 37), in weltweit 112 Verkaufsstellen an Konsumentinnen und Konsumenten. In der Schweiz betreibt die Bucherer-Gruppe 35 Verkaufsstellen (Stand Oktober 2023). Diese werden zu einem grossen Teil unter dem Namen Bucherer mit einem Multibrandansatz geführt[35], heisst sie führen Uhren verschiedener Marken[36] im Sortiment. Daneben führt die Bucherer-Gruppe auch Verkaufsstellen mit einem Monobrandansatz, heisst diese führen exklusiv nur Uhren einer Marke, darunter bspw. Rolex oder Tudor.[37] Die von der Bucherer-Gruppe hergestellten Carl F. Bucherer-Uhren (vgl. Rz 29) werden einerseits direkt in den eigenen Verkaufsstellen und andererseits von unabhängigen Einzelhändlerinnen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems an Konsumentinnen und Konsumenten verkauft. Carl F. Bucherer-Uhren werden weltweit in 55 Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe sowie in 280 Verkaufsstellen unabhängiger Einzelhändlerinnen angeboten. In der Schweiz haben 19 Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe sowie fünf Verkaufsstellen unabhängiger Einzelhändlerinnen Carl F. Bucherer-Uhren im Sortiment. Neben den stationären Verkaufsstellen führt die Bucherer-Gruppe auch einen Online-Shop, in welchem Konsumentinnen und Konsumenten Uhren und Schmuck erwerben können.[38]

39. Einzelhändlerinnen verkaufen Uhren verschiedenster Marken an Konsumentinnen und Konsumenten. Diese stellen somit die Marktgegenseite der Einzelhändlerinnen dar. Ihr Verhalten ist daher Ausgangspunkt der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Uhren, wie dies auch bei der Abgrenzung der sachlichen Märkte im Bereich der Herstellung von Uhren der Fall ist (vgl. Rz 30). Folglich kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung im Bereich Herstellung von Uhren verwiesen werden (vgl. Rz 31 ff.).

40. Zu ergänzen ist, dass die EU-Kommission in Zusammenschlussverfahren zu Luxusprodukten auch in Betracht zog, u.a. den Einzelhandelsmarkt für Luxusuhren nach Vertriebskanälen, insbesondere in stationären Handel und Online-Handel, zu unterteilen. Sie liess die definitive Marktabgrenzung letztlich jedoch offen.[39] Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, dass es sachgerecht sei, den Online-Handel zum Einzelhandelsmarkt für Luxusuhren hinzuzunehmen, da dem Online-Absatzkanal im Einzelhandel mit neuen Uhren noch eine geringe Bedeutung zukomme, denn das Einkaufserlebnis im stationären Geschäft mit Präsentation und Beratung sei bei Luxusuhren besonders wichtig. Zudem würden Einzelhändlerinnen im Online-Handel mit Uhren trotz der noch geringen Bedeutung keine abweichende Verkaufsstrategie verfolgen, sondern auf eine einheitliche Omnichannel-Präsenz setzen, d.h. ein Angebot eines umfassenden Einkaufserlebnisses mit Online-Diensten, Interaktion in den sozialen Medien und dem persönlichen Einkauf im stationären Geschäft. Ob der Online-Handel im Bereich des Einzelhandels mit Uhren zum relevanten Absatzmarkt gehört oder nicht, wird vorliegend offengelassen. Selbst bei einer sachlichen Abgrenzung eines eigenständigen, allenfalls ebenfalls segmentierten Marktes für den Online-Handel mit Uhren ändert sich das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung nämlich nicht, denn in diesem Markt entstünde keine Marktanteilsaddition, da einzig die Bucherer-Gruppe im Online-Handel aktiv ist (vgl. Rz 37 f.).

41. Im Bereich Einzelhandel mit neuen Uhren wird somit analog zum Bereich der Herstellung von Uhren die von der WEKO in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* vorgenommene Marktabgrenzung übernommen. Die definitive sachliche Marktabgrenzung kann jedoch auch hier mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. Der nachfolgenden Analyse der Wettbewerbsverhältnisse wird somit ein Markt für den Einzelhandel (inkl. Online-Handel) mit neuen Uhren zugrunde gelegt, welcher in zwei Preissegmente unterteilt wird, d.h. ein unteres Preissegment mit Uhren bis zu einem Verkaufspreis von ca. CHF 3'000 und ein oberes Preissegment mit Uhren über einem Verkaufspreis von ca. CHF 3'000. Eine engere sachliche Marktabgrenzung entsprechend der Praxis der WEKO,

[32] In einer Verkaufsstelle mit Multibrandansatz werden Rolex- und/oder Tudor-Uhren entweder mit speziellem Display, in einem abgegrenzten Bereich ("Corner") oder in einem abgegrenzten Raum ("Shop-in-Shop") angeboten.

[33] Auch mit einem Monobrandansatz führt die Einzelhändlerin das Geschäft unabhängig und auf eigenes Risiko.

[34] Von den 32 Verkaufsstellen in der Schweiz, in welchen Rolex-Uhren verkauft werden, werden 26 mit einem Multibrandansatz geführt (Stand November 2023). Die sechs Verkaufsstellen, die mit einem Monobrandansatz geführt werden, gehören zur Bucherer-Gruppe. Von den 45 Verkaufsstellen in der Schweiz, in welchen Tudor-Uhren verkauft werden, werden 44 mit einem Multibrandansatz geführt (Stand November 2023). Die eine Verkaufsstelle mit Monobrandansatz gehört zur Bucherer-Gruppe.

[35] Von den 35 Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe in der Schweiz werden 18 Verkaufsstellen mit Multibrandansatz geführt (Stand Oktober 2023).

[36] Bucherer verkauft in der Schweiz neben Rolex- und Tudor-Uhren sowie Carl F. Bucherer-Uhren Uhren der folgenden Marken: Baume & Mercier, Blancpain, Breguet, Breitling, B Swiss, Bulgari, Calvin Klein, Cartier, Chopard, Emile Chouriet, Garmin, Girard-Perregaux, Glashütte Original, Gucci, Hautlence, Hermes, IWC, Jacob & Co, Jaeger-LeCoultre, L Epee, Longines, Mido, Montblanc, Moser & Cie, Norqain, Omega, Oris, Panerai, Piaget, Rado, Ressence, Roger Dubuis, Swatch/FlikFlak, TAG Heuer, Tissot, Ulysse Nardin, Urwerk, Vacheron Constantin (vgl. auch Fn 25).

[37] Von den 35 Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe in der Schweiz werden 17 Verkaufsstellen mit Monobrandansatz geführt (Stand Oktober 2023).

[38] Vgl. <https://www.bucherer.com/ch/de/buy-watches>, <https://www.bucherer.com/ch/de/buy-jewellery> (3.5.2024).

[39] Vgl. EU-Komm, COMP/M.9695 vom 26.10.2020, Rz 53 ff., *LVMH/Tiffany.*

d.h. eine zusätzliche Segmentierung nach den Differenzierungsmerkmalen Technologie (Quarzuhren und mechanische Uhren) und Herstellungsort (Swiss made) wird in der Analyse ebenfalls berücksichtigt. Das weitere Differenzierungsmerkmal der Zielgruppe kann dabei nicht miteinbezogen werden, da entsprechende Datengrundlagen fehlen.[40] Folglich werden zusätzlich die folgenden Märkte einer Analyse unterzogen: erstens der Markt für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren, unterteilt in ein unteres und oberes Preissegment, zweitens der Markt für den Einzelhandel mit Quarzuhren und drittens der Markt für den Einzelhandel mit nicht-Swiss made Uhren. Auf eine weitere Segmentierung der beiden letztgenannten Märkte nach Preis oder Herstellungsort wird verzichtet, da einzig die Bucherer-Gruppe Quarzuhren und nicht-Swiss made Uhren verkauft (vgl. Rz 37 f.).

42. Der Vollständigkeit halber ebenfalls mitberücksichtigt wird die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung des Marktes, d.h. ein Preissegment mit Uhren bis zu einem Verkaufspreis von CHF 1'000 (Massenmarktsegment) sowie ein Preissegment mit Uhren über einem Verkaufspreis von CHF 1'000 (Luxussegment). Dies verändert das Ergebnis der vorläufigen Prüfung jedoch nicht.

B.4.1.2.3 Einzelhandel mit Gebrauchtuhren

43. Die Bucherer-Gruppe kauft und verkauft neben neuen Uhren (vgl. Rz 36 ff.) seit 2019 auch Gebrauchtuhren. Sie bezieht diese Uhren von Privatpersonen und bietet diese ihren Kundinnen und Kunden zum Kauf an.

44. Sämtliche von der Bucherer-Gruppe verkauften Gebrauchtuhren erhalten vor dem Verkauf an Kundinnen und Kunden ein «Zertifikat», mit welchem die Echtheit der Uhr sowie das einwandfreie Funktionieren der Uhr garantiert werden. Die so zertifizierten Gebrauchtuhren werden als Certified Pre-Owned Watches bezeichnet (nachfolgend auch: CPO-Uhren; vgl. Rz 5).

45. Die Prüfung der Echtheit und der Funktionsfähigkeit einer Gebrauchtuhr wird bei der Bucherer-Gruppe entweder durch sie selbst vorgenommen oder durch die Herstellerin der zu verkaufenden Gebrauchtuhr. Je nachdem, wer die Prüfung durchführt, wird das entsprechende Zertifikat über die Echtheit der Uhr sowie ihre Funktionsfähigkeit entweder von der Bucherer-Gruppe selbst (Bucherer-CPO-Garantie) oder der Uhrenherstellerin (Marken-CPO-Garantie) ausgestellt.[41] In letzterem Fall kauft die Bucherer-Gruppe die entsprechenden Zertifizierungsleistungen bei der Herstellerin der zu zertifizierenden Gebrauchtuhr ein. Derzeit führt die Bucherer-Gruppe CPO-Uhren der Marken Breitling, Cartier und Rolex mit entsprechender Marken-CPO-Garantie im Sortiment. Die Rolex-CPO-Garantie, d.h. die durch Rolex erbrachte Zertifizierung von Uhren der Marke Rolex, ist bei der Bucherer-Gruppe seit Dezember 2022 erhältlich.

46. Die Rolex-Gruppe ist nicht im Einzelhandel mit CPO-Uhren tätig, wohl aber bietet sie den Einzelhändlerinnen, welche Teil des selektiven Vertriebssystems der Rolex-Gruppe sind, Zertifizierungsleistungen bzw. die Rolex-CPO-Garantie für Uhren der Marke Rolex an (vgl. Rz 45 und Rz 49 ff.).

47. Einzelhändlerinnen von CPO-Uhren wie die Bucherer-Gruppe verkaufen diese Uhren an Konsumentinnen und Konsumenten. Diese stellen somit die Marktgegenseite dieser Einzelhändlerinnen dar. Ihr Verhalten ist daher Ausgangspunkt der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren, wie dies auch bei der Abgrenzung der sachlichen Märkte im Bereich der Herstellung von Uhren sowie im Bereich des Einzelhandels mit neuen Uhren der Fall ist (vgl. Rz 30 und Rz 39). Damit sind auch im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren grundsätzlich vergleichbare sachliche Marktabgrenzungen mit entsprechenden Segmentierungen denkbar (vgl. dazu Rz 31 ff. und Rz 40 ff.). Darüber hinaus ist auch nicht ausgeschlossen, dass in sachlicher Hinsicht von separaten Märkten für den Handel mit CPO-Uhren sowie für den Handel mit Gebrauchtuhren ohne Zertifikat auszugehen ist.

48. Die definitive sachliche Marktabgrenzung kann jedoch auch hier mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. Denn zum einen kann es bei keiner hypothetisch möglichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren zu einer Marktanteilsaddition kommen, da die Rolex-Gruppe nicht im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren tätig ist (vgl. Rz 46 sowie Rz 121). Und zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass die Bucherer-Gruppe in einem der hypothetisch denkbaren Märkte betreffend den Einzelhandel mit Gebrauchtuhren einen Marktanteil von über 30 % haben könnte (vgl. Rz 122). Der Markt für den Einzelhandel mit Gebrauchtuhren und allfällige Segmente sind durch den Zusammenschluss also nicht betroffen (vgl. Rz 121 ff.).

B.4.1.2.4 Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren

49. Wie erläutert, bietet die Rolex-Gruppe den Einzelhändlerinnen, welche Teil des selektiven Vertriebssystems der Rolex-Gruppe sind, Zertifizierungsleistungen für Uhren der Marke Rolex an (Rolex-CPO-Garantie; vgl. Rz 45 f.). Die Bucherer-Gruppe führt Zertifizierungsarbeiten selbst durch, u.a. für Uhren der Marken Rolex und Tudor, verkauft diese aber nicht an andere Unternehmen, sondern zertifiziert einzig die von ihr verkauften Gebrauchtuhren (Bucherer-CPO-Garantie; vgl. Rz 45 f.).

50. Die Zusammenschlussparteien gehen davon aus, dass für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen kein eigener Markt bestehe. Sie begründen dies damit, dass die Zertifizierungsleistung eine Inklusivleistung sei und Zertifizierungsleistungen vom Käufer oder einer Käuferin einer Gebrauchtuhr nicht isoliert erworben werden könnten. Diese Argumentation zielt ins Leere. Marktgegenseite beim Verkauf der Marken-CPO-Garantie sind Einzelhändlerinnen von Gebrauchtuhren.

[40] Vgl. Fn 30.

[41] Im Rahmen der Bucherer-CPO-Garantie garantiert die Bucherer-Gruppe ein einwandfreies Funktionieren der Uhr für eine Dauer von zwei Jahren ab Verkaufsdatum. Bei einer Marken-CPO-Garantie gilt die Garantie für die jeweils spezifisch von dieser Marke festgelegten Dauer.

Diese kaufen derartige Zertifizierungsleistungen sehr wohl, wie auch die Zusammenschlussparteien selbst angeben, bei Uhrenherstellerinnen ein, um eine von einer Einzelhändlerin verkaufte Gebrauchtuhr mit einer Marken-CPO-Garantie zu versehen, zumindest soweit sie nicht selbst eine Händler-CPO-Garantie abgeben.

51. Für die sachliche Marktabgrenzung ist damit massgebend, welche Leistungen von Einzelhändlerinnen von Gebrauchtuhren hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Substitut einer Rolex-CPO-Garantie angesehen werden. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass nicht nur die Herstellerin, sondern grundsätzlich jeder kundige Uhrmacher oder jede sonstige ausgewiesene Expertin die Authentizität einer gebrauchten Rolex-Uhr oder einer anderen Gebrauchtuhr bestätigen könne. Naheliegend ist damit, dass in sachlicher Hinsicht von einem Markt für die Erstellung und den Verkauf eines Zertifikats, mit welchem die Echtheit sowie das einwandfreie Funktionieren der Gebrauchtuhr garantiert wird, auszugehen ist. Denkbar ist dabei ferner, dass insofern eine Markenabhängigkeit besteht, als eine Einzelhändlerin für eine Gebrauchtuhr einer bestimmten Marke jeweils nur ein Zertifikat betreffend diese Marke bei einer CPO-Garantie-Anbieterin einkaufen möchte.

52. Die definitive sachliche Marktabgrenzung kann jedoch auch hier mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. Denn zum einen kann es bei keiner hypothetisch möglichen Marktabgrenzung im Bereich der Erbringung von Zertifizierungsleistungen zu einer Marktanteilsaddition kommen, da die Bucherer-Gruppe anderen Unternehmen keine Zertifizierungsleistungen verkauft und die Rolex-Gruppe zudem nur CPO-Garantien für Rolex-Uhren, nicht aber für Uhren der Marke Tudor vergibt (vgl. Rz 49 sowie Rz 124). Zum anderen bestehen auch in vertikaler Hinsicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken (vgl. Rz 125 f.).

B.4.1.2.5 Service Après-Vente (SAV) für Uhren

53. Zum SAV gehören nach Ansicht des Sekretariats sämtliche Arbeiten, welche nach dem Verkauf einer Uhr an Konsumentinnen und Konsumenten an der Uhr vorgenommen werden, d.h. insbesondere Revisionen und Reparaturen.[42]

54. Sowohl die Rolex-Gruppe wie auch die Bucherer-Gruppe erbringen SAV an Rolex- und Tudor-Uhren (vgl. Rz 3 und Rz 5).

55. Die Rolex-Gruppe verfügt über zwei eigene offizielle Servicezentren für Rolex-Uhren in der Schweiz. Konsumentinnen und Konsumenten können SAV für ihre Rolex-Uhren im Rolex-Flagshipstore in Genf (vgl. Rz 37) sowie im Hauptsitz von Rolex in Genf in Auftrag geben.[43] Offizielle Servicezentren für Tudor-Uhren führt die Rolex-Gruppe in der Schweiz nicht. Geben jedoch Konsumentinnen und Konsumenten ihre Tudor-Uhren bei den genannten offiziellen Servicezentren für Rolex-Uhren der Rolex-Gruppe für SAV-Arbeiten ab, werden diese angenommen und die entsprechenden SAV-Arbeiten durch die Rolex-Gruppe ausgeführt.

56. Zusätzlich wird SAV an Rolex- und Tudor-Uhren von autorisierten Servicezentren erbracht. Erfüllen Dritte bestimmte qualitative Voraussetzungen, können sie SAV an Rolex- oder Tudor-Uhren selbst erbringen[44] und als autorisiertes Servicezentrum fungieren. Die Rolex-Gruppe verlangt von ihren autorisierten Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 37), dass diese auch als autorisiertes Servicezentrum tätig sind, um gemäss Aussage der Rolex-Gruppe mit einem gut ausgebauten Netz an autorisierten Servicezentren eine rasche Verfügbarkeit und Ansprechbarkeit zu gewährleisten. In der Schweiz sind 27 Verkaufsstellen der autorisierten Einzelhändlerinnen auch als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert (Stand Februar 2024), wobei 13 Verkaufsstellen durch die Bucherer-Gruppe (vgl. Rz 57) und 14 von weiteren Einzelhändlerinnen[45] betrieben werden. 42 Verkaufsstellen von autorisierten Einzelhändlerinnen in der Schweiz sind auch als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert (Stand April 2024), wobei 16 durch die Bucherer-Gruppe (vgl. Rz 57)[46] und 26 von 22 weiteren Einzelhändlerinnen[47] betrieben werden.[48] Die autorisierten Servicezentren führen SAV-Arbeiten an Rolex- und Tudor-Uhren bei entsprechender Fachausbildung und Kapazität selbst aus oder schicken die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe. Hierzu ist erstens festzuhalten, dass es gemäss der Rolex-Gruppe im Ermessen der Einzelhändlerin liegt, ob sie auch Uhren der Marke Rolex bzw. Tudor von Konsumentinnen und Konsumenten entgegennimmt und diese für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe schickt, falls sie kein für diese Marke, aber für die jeweilige andere Marke autorisiertes Servicezentrum ist. Zweitens sind zwei der für SAV an Tudor-Uhren autorisierten Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe[49] und 14 der für SAV an Tudor-Uhren autorisierten Verkaufsstellen unabhängiger Einzelhändlerinnen[50] sog. Tudor Service Pick-up Points. Diese erbringen SAV-Arbeiten nicht selbst, sondern schicken sämtliche von Konsumentinnen und Konsumenten entgegengenommenen Uhren für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe, dürfen sich aber dennoch als autorisiertes Servicezentrum bezeichnen. Dies stelle gemäss der Rolex-Gruppe ein breit ausgelegtes Netz an Servicezentren sicher.

[42] Vgl. RPW 2020/4a, 1604 Fn 5, *Service Après-Vente für Uhren*.

[43] Vgl. <https://www.rolex.com/de/watch-care-and-service/service-locator/switzerland/geneva> (3.5.2024).

[44] Gemäss der Rolex-Gruppe können autorisierte Servicezentren sämtliche SAV-Arbeiten erbringen, mit Ausnahme der Restauration von Vintage-Rolex-Uhren, die entsprechendes Spezialwissen erfordre und deshalb durch die Rolex-Gruppe selbst erbracht werde.

[45] Eine Einzelhändlerin ist mit ihrer Verkaufsstelle seit Ende 2023 nicht mehr zum Verkauf von Rolex-Uhren autorisiert, verbleibt aber noch bis Ende 2024 autorisiertes Servicezentrum für Rolex-Uhren. Zwei der Einzelhändlerinnen, die je eine als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierte Verkaufsstelle betreiben, gehören zur gleichen Unternehmensgruppe.

[46] Zwei dieser 16 Verkaufsstellen sind Verkaufsstellen der Swiss Lion AG, welche seit 2001 zur Bucherer-Gruppe gehört. Vgl. <https://www.bucherer.com/ch/de/our-history.html> (3.5.2024).

[47] Vier bzw. zwei Verkaufsstellen werden jeweils von der gleichen Einzelhändlerin geführt. Zwei der 22 Einzelhändlerinnen gehören zur gleichen Unternehmensgruppe.

[48] Zwölf Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe und elf Verkaufsstellen weiterer Einzelhändlerinnen sind sowohl als Servicezentrum für Rolex-Uhren als auch als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert.

[49] Dabei handelt es sich um die beiden Verkaufsstellen der Swiss Lion AG (vgl. Fn 46).

[50] Die 14 Tudor Service Pick-up Points werden von elf Einzelhändlerinnen betrieben, da vier davon von der gleichen Einzelhändlerin betrieben werden (vgl. Fn 47).

57. Die Bucherer-Gruppe verfügt über ausgewiesene Uhrmacher und Uhrmacherinnen. Verschiedene Standorte der Bucherer-Gruppe sind als autorisierte Servicezentren für diverse Uhrenmarken zugelassen, darunter auch Rolex und Tudor (vgl. Rz 56). Die Bucherer-Gruppe erbringt SAV-Arbeiten selbst und schickt die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Herstellerinnen, falls die Kapazitäten für SAV nicht vorhanden sind. In der Schweiz sind 13 bzw. 16 Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe auch als Servicezentrum für Rolex- bzw. Tudor-Uhren autorisiert.[51] Zwei der 16 als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisierten Verkaufsstellen sind Tudor Service Pick-up Points.

58. SAV für Uhren wird von Konsumentinnen und Konsumenten nachgefragt, nachdem diese eine Uhr gekauft haben. SAV an Uhren wird einerseits von den Uhrenherstellerinnen selbst und andererseits von Uhrmacherinnen und Uhrenmachern erbracht, die entweder als Teil eines Servicezentrums von den Uhrenherstellerinnen autorisiert oder nicht autorisiert sind. Marktgegenseite der Erbringer von SAV sind somit die Konsumentinnen und Konsumenten, deren Nachfrageverhalten Ausgangspunkt für die sachliche Marktabgrenzung ist.

59. Märkte für Produkte, die erst nach dem Kauf eines sog. primären Produktes nachgefragt werden, werden als Sekundärmärkte oder Anschlussmärkte („aftermarkets“) bezeichnet. Serviceleistungen (und Ersatzteile; vgl. hierzu Rz 65 ff.) sind hierfür typische Beispiele. Werden Sekundärmärkte analysiert, stellt sich die Frage, ob Sekundärprodukte einen eigenen relevanten Markt oder zusammen mit dem Primärprodukt einen einzigen Markt, einen sog. Systemmarkt darstellen.[52] Ein Systemprodukt bzw. ein Systemmarkt liegt vor, wenn eine ausreichende disziplinierende Wirkung vom Primärmarkt auf den nachgelagerten Sekundärmarkt ausgeht, weil das Verhalten eines Unternehmens auf dem Sekundärmarkt Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg im Primärmarkt aufweist.[53] Eine solche disziplinierende Wirkung kann entstehen, wenn ein Grossteil der Abnehmer bereits beim Erwerb des Primärproduktes die Kosten für die Sekundärprodukte, d.h. somit die über die Lebensdauer des Produktes gesamthaft anfallenden Kosten, berücksichtigt, und auf dem Primärmarkt selbst genügend Wettbewerb besteht.[54]

60. Vorliegend ist das Primärprodukt die Uhr und das sekundäre Produkt die Dienstleistung SAV (bzw. die Ersatzteile; vgl. hierzu Rz 65 ff.). In der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren*[55] wurde im Rahmen einer provisorischen Marktabgrenzung festgehalten, dass von eigenständigen Sekundärmärkten für SAV (bzw. für Ersatzteile) auszugehen ist, da Konsumentinnen und Konsumenten die Kosten für SAV-Dienstleistungen beim Kauf einer Uhr nicht berücksichtigen.[56]

61. Zudem wurde in der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* ausgeführt, dass bei den Sekundärmärkten für SAV (bzw. für Ersatzteile; vgl. hierzu Rz 65 ff.) von einer Hersteller- bzw. Markenabhängigkeit auszugehen ist, da stark in Frage zu stellen sei, ob die Inputs und Dienstleistungen für den SAV verschiedener Hersteller untereinander austauschbar sind. Deshalb sei von verschiedenen hersteller- bzw. markenabhängigen Sekundärmärkten für SAV (bzw. Ersatzteilen) auszugehen.[57] Gemäss der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* sei auch zu berücksichtigen, dass der Primärmarkt (Uhrenmarkt) in Segmente nach Preisklassen unterteilt werden könne, weshalb die eigenständigen Märkte für SAV (bzw. Ersatzteile) entsprechend nach diesen Uhrenmarktsegmenten weiter unterteilt werden könnten.[58]

62. Die EU-Kommission ging in der Untersuchung *Watch Repair*[59] betreffend die Erbringung von Reparatur- und Wartungsdienstleistungen für Prestigeuhren und die Lieferung von Ersatzteilen für diese Dienstleistungen davon aus, dass der Primärmarkt (Verkauf von Prestigeuhren) und die damit verbundenen Sekundärmärkte (Reparatur- und Wartungsdienstleistungen, Ersatzteile) eigenständige Märkte darstellen, da Käuferinnen und Käufer von Uhren kaum informierte Kaufentscheidungen treffen und die erwarteten Reparatur- und Wartungskosten beim Kauf einer Uhr nicht mitberücksichtigen.[60] Zum Sekundärmarktmarkt für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen hielt die EU-Kommission fest, dass die Substituierbarkeit zwischen Reparaturdienstleistungen verschiedener Marken begrenzt sei, da die Reparatur und der Unterhalt von Prestigeuhren oftmals markenspezifische Ersatzteile, markenspezifische Reparaturausrüstung und markenspezifisches technisches Wissen benötige. Die Untersuchung weise deshalb darauf hin, dass es möglicherweise mehrere getrennte Märkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen gebe, wobei diese grundsätzlich auf eine bestimmte Uhrenmarke beschränkt seien.[61]

---

[51] Vgl. auch Fn 48.

[52] Das Sekretariat bzw. die WEKO haben sich bis jetzt in mehreren Verfahren mit der Systemmarkttheorie beschäftigt: RPW 2020/4a, 1603, *Service Après-Vente für Uhren;* RPW 214/2, 353, *Netzwerkgeräte Cisco Systems*; RPW 2011/1, 77, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*; RPW 2010/3, 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*; RPW 2006/4, 601, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multiplay AG*; RPW 2003/4, 732, *Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen*; RPW 2001/3, 492, *Ascenseurs*; RPW 1999/2, 247, *Minolta*. Vgl. auch zum Ganzen MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 175 ff.; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, sic! 2005, 631–640; MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, 2004, 111 f.

[53] Vgl. RPW 2014/2, 363 Rz 97, *Netzwerkgeräte Cisco Systems*; RPW 2011/1, 80 Rz 24, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*; RPW 2010/3, 438 Rz 29, *SAP Wartungspreiserhöhung*; RPW 2006/4, 610 Rz 78, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multiplay AG*.

[54] Vgl. RPW 2014/2, 363 Rz 98, *Netzwerkgeräte Cisco Systems*.

[55] Zu erwähnen ist, dass die EU-Kommission ein gleichläufiges Verfahren führte, nämlich das Verfahren COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, *Watch Repair*. Vgl. Fn 59 sowie RPW 2020/4a, 1603 Rz 6, *Service Après-Vente für Uhren* sowie Rz 62.

[56] Vgl. RPW 2020/4a, 1621 Rz 162 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.

[57] Vgl. RPW 2020/4a, 1621 Rz 161 und 1622 Rz 164, *Service Après-Vente für Uhren*.

[58] Vgl. RPW 2020/4a, 1621 Rz 160, *Service Après-Vente für Uhren.*

[59] Diese Untersuchung der EU-Kommission behandelte im Wesentlichen dieselbe Thematik wie die Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren*. Vgl. hierzu RPW 2020/4a, 1603 Rz 6 sowie 1613 Rz 108 ff., Service Après-Vente für Uhren.

[60] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 86 ff., *Watch Repair* wie auch RPW 2020/4a, 1619 Rz 147 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.

[61] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 92 ff., W*atch Repair* wie auch RPW 2020/4a, 1619 Rz 147 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.

63. Die Zusammenschlussparteien lehnen die Abgrenzung eines eigenständigen Sekundärmarktes für SAV aus folgenden Gründen ab. Aufgrund dessen marginalen wirtschaftlichen Bedeutung (vgl. Rz 209 und Rz 226; im Gegensatz zum Vertrieb von Prestige- und Luxusuhren) existiere für Herstellerinnen und Einzelhändlerinnen ein eigenständiger Sekundärmarkt für SAV nicht. Prestige- und Luxusuhren seien nicht wartungsintensiv und Revisionen oder Reparaturen über lange Zeit nicht erforderlich.[62] Zudem sei der Entscheid über den Kauf einer solchen Uhr geprägt von der Vorstellung, dass ein allfälliger SAV, falls notwendig, von der Herstellerin oder autorisierten Verkaufsstellen nach höchsten Standards erbracht werden könne. Dies sei Teil des Qualitätsmerkmals von Rolex- und Tudor-Uhren, welches für Konsumentinnen und Konsumenten bereits vor dem Kauf eine wichtige Rolle spiele. Die Abgrenzung eines eigenständigen Sekundärmarktes für SAV widerspreche auch den tatsächlichen Marktverhältnissen, denn das Vorliegen eines eigenständigen Sekundärmarktes würde voraussetzen, dass sich ökonomisch betrachtet überhaupt ein Markt bilde, d.h. sich gestützt auf Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage Marktteilnehmer finden, die aufgrund ökonomischer Anreize, SAV erbringen oder nachfragen. Bezüglich SAV komme jedoch kein Angebot zustande. Das bestehende Angebot gehe einzig darauf zurück, dass die Erbringung von SAV durch die autorisierten Einzelhändlerinnen vertraglich verbindlich erklärt werde (vgl. Rz 56), weil dies zum Qualitätsstandard von Rolex- und Tudor-Uhren gehöre. Hierzu ist festzuhalten, dass die Existenz von selbstständigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern, die ausserhalb des von der Rolex-Gruppe aufgebauten Netzes an autorisierten Servicezentren SAV anbieten und gemäss Zusammenschlussparteien vermutungsweise in einem signifikanten Ausmass SAV für Rolex- und Tudor-Uhren erbringen würden (vgl. Rz 215 und Rz 231), dem widerspricht. Eine Segmentierung von allfällig bestehenden Märkten für SAV analog zum Primärmarkt, d.h. nach Preisklassen, Technologie oder Herstellungsort (vgl. Rz 41), erweise sich gemäss Zusammenschlussparteien als nicht sachgerecht, weil Konsumentinnen und Konsumenten grundsätzlich SAV nachfragen würden, unabhängig vom Preis, der Technologie oder dem Herstellungsort der Uhr, und der Umfang des SAV individuell abgestimmt werden müsse.

64. Im Bereich des SAV für Uhren wird die in der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* provisorisch vorgenommene Marktabgrenzung, welche der Praxis der EU-Kommission entspricht, übernommen. Für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse wird somit von eigenständigen markenabhängigen Sekundärmärkten ausgegangen und ein (Sekundär-)Markt für SAV an Rolex-Uhren sowie ein (Sekundär-)Markt für SAV an Tudor-Uhren betrachtet. Es kann offenbleiben, ob diese Märkte allenfalls nach weiteren Kriterien analog zum Primärmarkt (Markt für den Einzelhandel mit Uhren; vgl. Rz 41) zu segmentieren wären.

B.4.1.2.6 Ersatzteile für Uhren

65. Die Rolex-Gruppe stellt Ersatzteile für den SAV für Rolex- und Tudor-Uhren her (vgl. Rz 3). Die von der Rolex-Gruppe hergestellten Ersatzteile werden für die Erbringung des SAV im eigenen Haus selbst verwendet oder an die Servicezentren, die für die Erbringung des SAV autorisiert sind, geliefert.

66. Ersatzteile werden von Erbringern von SAV für die entsprechenden SAV-Arbeiten an Uhren nachgefragt. Diese bilden somit die Marktgegenseite der Herstellerinnen und Lieferantinnen von Ersatzteilen. Die Nachfrage der Erbringer von SAV nach Ersatzteilen orientiert sich dabei jedoch am Nachfrageverhalten der Konsumentinnen und Konsumenten (abgeleitete Nachfrage), die SAV für ihre gekauften Uhren nachfragen, weshalb dieses auch hier Ausgangspunkt für die sachliche Marktabgrenzung ist (vgl. Rz 58).[63]

67. Wie bereits ausgeführt, sind Ersatzteile ein typisches Beispiel für ein Sekundärprodukt, da diese erst nach dem Kauf des primären Produktes, vorliegend die Uhr, nachgefragt werden (vgl. Rz 59). Gemäss der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* ist von eigenständigen hersteller- bzw. markenabhängigen Sekundärmärkten für Ersatzteile (bzw. für SAV) auszugehen, welche zusätzlich nach den für den Primärmarkt (Uhrenmarkt) angewandten Segmentierungskriterien weiter unterteilt werden könnten (vgl. Rz 59 ff.).[64]

68. Auch die EU-Kommission ging in der Untersuchung *Watch Repair*[65] davon aus, dass die Sekundärmärkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen sowie Ersatzteile eigenständige Märkte darstellen (vgl. Rz 62).[66] Betreffend den Sekundärmarkt für Ersatzteile kam die EU-Kommission zum vorläufigen Schluss, dass mehrere getrennte Märkte für Ersatzteile bestehen, wobei diese grundsätzlich auf eine bestimmte Uhrenmarke beschränkt seien, da Ersatzteile aufgrund unterschiedlicher Grösse und unterschiedlichem Design nicht zwischen Uhrenmarken austauschbar seien und, selbst wenn eine Substitution möglich sei, Konsumentinnen und Konsumenten Originalersatzteile vorziehen würden, um den Wert der Prestigeuhr zu erhalten.[67]

69. Die Zusammenschlussparteien lehnen die Abgrenzung eines eigenständigen Sekundärmarktes für Ersatzteile ab. Vielmehr halten sie dafür, dass die Lieferung von Ersatzteilen aufgrund deren untergeordneten Bedeutung[68] nicht als eigenständiger Markt abgegrenzt wird, sondern dem Primärmarkt, dem Herstellungsmarkt, zugeordnet wird. Auch die Annahme verschiedener markenabhängiger Sekundärmärkte für Ersatzteile lehnen die Zusammenschlussparteien ab. Es treffe zwar zu, dass Ersatzteile je nach Uhrenmarke oder -herstellerin

[62] Rolex empfiehlt eine Wartung einer Rolex-Uhr alle 10 Jahre. Vgl. <https://www.rolex.com/de/watch-care-and-service/faq> (3.5.2024).
[63] Vgl. Auch RPW 2020/4a, 1621 Rz 160, *Service Après-Vente für Uhren*.
[64] Vgl. RPW 2020/4a, 1621 Rz 160 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.
[65] Vgl. Fn 59.
[66] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 86 ff., *Watch Repair* wie auch RPW 2020/4a, 1619 Rz 147 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.
[67] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 95 ff., *Watch Repair* wie auch RPW 2020/4a, 1619 Rz 147 ff., *Service Après-Vente für Uhren*.
[68] Gemäss Angaben der Rolex-Gruppe machte im Jahr 2022 der Umsatz mit Ersatzteilen insgesamt einen Anteil von [0-10] % am Gesamtumsatz (CHF […] Mio.) in der Schweiz aus. Der Umsatz mit Ersatzteilen für Rolex-Uhren bzw. für Tudor-Uhren machte einen Anteil von [0-10] % bzw. [0-10] % aus.

kaum austauschbar seien. Allerdings könnten Erbringer von SAV, sollten sie die qualitativen Voraussetzungen für die Autorisierung zum SAV und damit den Erhalt von markenspezifischen Ersatzteilen nicht erfüllen, auf andere Uhrenmarken mit tieferen oder keinen Voraussetzungen ausweichen. Eine weitere Segmentierung allfälliger Ersatzteilmärkte bspw. nach Preisklassen sei zudem nicht sachgerecht, da viele Ersatzteile für sämtliche Uhren einer bestimmten Marke bzw. Herstellerin unabhängig von der Preisklasse verwendet werden könnten, während andere spezifisch für ein bestimmtes Uhrenmodell produziert würden.

70. Im Bereich der Ersatzteile für SAV wird die in der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* provisorisch vorgenommene Marktabgrenzung, welche der Praxis der EU-Kommission entspricht, übernommen. Für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse wird somit von eigenständigen markenabhängigen Sekundärmärkten ausgegangen und ein (Sekundär-)Markt für Ersatzteile für Rolex-Uhren sowie ein (Sekundär-)Markt für Ersatzteile für Tudor-Uhren betrachtet. Es kann offenbleiben, ob diese Märkte allenfalls nach weiteren Kriterien analog zum Primärmarkt (Markt für die Herstellung von Uhren; vgl. Rz 34) zu segmentieren wären.

B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte

71. 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).

B.4.1.3.1 Herstellung von Uhren

72. Gemäss der in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* nicht abschliessend vorgenommenen Marktabgrenzung (vgl. Rz 31) ist der Markt für Uhren weltweit abzugrenzen, da Uhren, insbesondere Swiss made Uhren, weltweit beworben und nachgefragt werden.[69]

73. Die Zusammenschlussparteien schätzen eine weltweite räumliche Marktabgrenzung als sachgerecht ein. So würden sowohl die Rolex-Gruppe als auch die Bucherer-Gruppe (in Bezug auf ihre Eigenmarke Carl F. Bucherer) eine internationale Preis- und Sortimentspolitik verfolgen.

74. In den bereits erwähnten Zusammenschlussverfahren der EU-Kommission zu Luxusprodukten (vgl. Rz 33) ging diese von zumindest den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) umfassenden Märkten für Luxusuhren aus.

75. Nachfolgend werden die Märkte für die Herstellung von Uhren bzw. deren Segmente (vgl. Rz 31 und Rz 34) entsprechend der Praxis der WEKO bei einer weltweiten räumlichen Marktabgrenzung analysiert. Zusätzlich wird dabei eine engere, nationale räumliche Marktabgrenzung betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da diese keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung hat.

B.4.1.3.2 Einzelhandel mit neuen Uhren

76. Gemäss Praxis der WEKO wird im Detailhandel davon ausgegangen, dass die räumliche Dimension der Absatzmärkte sowohl lokal als auch national ist. Der Wettbewerb spielt sich auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten ist der geographisch relevante Markt lokal. Je nach analysiertem sachlich relevantem Markt (bzw. je nach Produkt, Produktgruppe oder Sortiment) wurden den lokalen Märkten in bisherigen Zusammenschlussverfahren der WEKO unterschiedliche Marktradien zugrunde gelegt. Die wettbewerbsrechtliche Analyse wird zusätzlich auf nationaler Ebene durchgeführt[70], denn der nationale Wettbewerb wirkt sich auch auf der lokalen Ebene aus, wenn dichte und flächendeckende Vertriebsnetze in besiedelten Gebieten bestehen und die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide der Detailhändlerinnen (Preis- und Aktionspolitik etc.) zentral gefasst werden.[71]

77. Im Zusammenschlussverfahren *Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG* hielt die WEKO fest, dass im Unterschied zur Herstellung von Uhren der Verkauf von Uhren an Konsumentinnen und Konsumenten eine höhere Marktnähe aufweise, da hochpreisige Uhren in der Regel eine aufwändige Beratung vor dem Kauf erfordern. Dies wie auch allfällige nationale Luxussteuern oder Zolltarife, die die Preise von Uhren im Hochpreissegment beeinflussen, seien Aspekte, die auf lokale Märkte und einen nationalen Markt im Verkauf von Uhren hindeuten könnten. Die genaue Definition des räumlich relevanten Marktes liess die WEKO letztlich offen.[72]

78. Die Zusammenschlussparteien sind der Ansicht, dass eine nationale Marktabgrenzung zu eng und wenigstens von einem europaweiten oder internationalen Markt auszugehen sei. Da Uhren Luxusprodukte seien, dürften Kundinnen und Kunden bereit sein, für ein entsprechendes Einkaufserlebnis längere Wegstrecken in Kauf zu nehmen und zumindest schweizweit oder sogar ins Ausland zu reisen. Zudem würden Touristinnen und Touristen im Regelfall innerhalb der Schweiz reisen. Damit stünden die Verkaufsstellen an Touristendestinationen schweizweit miteinander in Wettbewerb. Sollte in räumlicher Hinsicht dennoch von lokalen Märkten ausgegangen werden, so sei aufgrund des Gesagten mindestens ein Marktradius von 40 km anzuwenden.

79. Einerseits sind vorliegend in der Schweiz – bis auf wenige Ausnahmen wie bspw. die Bucherer-Gruppe (vgl. Rz 38) – vor allem kleine und mittlere Uhren-Einzelhändlerinnen tätig (vgl. auch Rz 173), welche über eine bis zwei Verkaufsstellen und nicht über dichte und flächendeckende Vertriebsnetze verfügen. Dies spricht

[69] Vgl. RPW 2014/1, 232 Rz 157, *Swatch Group Lieferstopp*.
[70] Teilweise wird die wettbewerbsrechtliche Analyse auch ausschliesslich auf nationaler Ebene durchgeführt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Vgl. bspw. RPW 2015/4, 766 Rz 61, *Coop/Swisscom*.
[71] Vgl. zum Ganzen RPW 2021/4, 865 Rz 61 ff., *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG* m.w.H.
[72] Vgl. RPW 2019/1, 190 Rz 11 f., *Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG*.

eher für einen weniger stark ausgeprägten Wettbewerb auf nationaler Ebene. Andererseits ist der Kauf einer Uhr, insbesondere einer Luxusuhr, ein nicht alltägliches, sondern vielleicht sogar einmaliges Einkaufserlebnis mit einem hohen Anschaffungswert[73], weshalb Konsumentinnen und Konsumenten durchaus bereit sein könnten, auch längere Wegstrecken auf sich zu nehmen. Des Weiteren sind Uhren-Einzelhändlerinnen oft auf Touristinnen und Touristen ausgerichtet, die gemäss Zusammenschlussparteien eine nicht unbedeutende Nachfragegruppe sind,[74] und befinden sich deren Verkaufsstellen an typischen Touristendestinationen[75] in der Schweiz. Diese Aspekte deuten darauf hin, dass lokale Märkte eher grössere Marktradien aufweisen.

80. Nachfolgend werden die Märkte für den Einzelhandel mit neuen Uhren bzw. deren Segmente (vgl. Rz 41) einerseits bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung betrachtet und andererseits eine Analyse der lokalen Wettbewerbsverhältnisse unter Anwendung eines Marktradius von 40 km vorgenommen. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend aber offengelassen werden, da diese das Ergebnis der vorläufigen Prüfung nicht verändert. Insbesondere kann offengelassen werden, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird, da vorliegendes Zusammenschlussvorhaben, unabhängig des angewandten Marktradius, nur in einem lokalen Markt zu einer Marktanteilsaddition führt (vgl. Rz 120).

B.4.1.3.3 Einzelhandel mit Gebrauchtuhren

81. Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren gelten grundsätzlich die Erwägungen zur räumlichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit neuen Uhren entsprechend (vgl. Rz 76 ff.). Indes besteht beim Einzelhandel mit Gebrauchtuhren die Besonderheit, dass Konsumentinnen und Konsumenten solche Uhren vermehrt über Online-Shops beziehen und damit ein Verkaufsstandort – auch betreffend Uhren im Hochpreis- oder Luxussegment – nicht gleichermassen bedeutsam ist, insbesondere dann, wenn die Echtheit und Funktionsfähigkeit der Uhr mittels Zertifikat garantiert ist und eine Rückgabemöglichkeit besteht.[76] Zudem ist anzunehmen, dass Käuferinnen und Käufer von Gebrauchtuhren ganz bestimmte Modelle suchen und daher – insbesondere bei Uhren im Hochpreis- oder Luxussegment – bereit sind, für eine Besichtigung der gesuchten Uhr weitere Wegstrecken in Kauf zu nehmen.[77] Bei günstigen Gebrauchtuhren wird der stationäre Handel noch weniger von Bedeutung sein.

82. Die vorstehenden Erwägungen sprechen für eine mindestens schweizweite Abgrenzung des Marktes bzw. der Märkte im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann jedoch auch hier mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. Denn bei keiner hypothetisch möglichen Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren liegen betroffene Märkte vor (vgl. Rz 48 und Rz 121 ff.).

B.4.1.3.4 Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren

83. Soweit Einzelhändlerinnen von Gebrauchtuhren Zertifizierungsleistungen nicht selbst erbringen (Händler-CPO-Garantie), sondern diese für Gebrauchtuhren spezifischer Marken bei den Uhrenherstellerinnen oder anderen Anbieterinnen einkaufen, ist davon auszugehen, dass der Markt zumindest die ganze Schweiz umfasst. Denn die Einzelhändlerinnen von Gebrauchtuhren fragen solche Leistungen jedenfalls nicht lokal nach, sondern es ist mit Blick auf die im Verhältnis zum Wert der zu zertifizierenden Uhr vergleichsweise geringen Transportkosten anzunehmen, dass die zu zertifizierenden Gebrauchtuhren an die Anbieterinnen von CPO-Garantien in der ganzen Schweiz oder sogar im Ausland gesendet werden können.

84. Auch im Hinblick auf die Erbringung von Zertifizierungsleistungen kann die definitive räumliche Marktabgrenzung mangels Einflusses auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden (vgl. Rz 124 ff.).

B.4.1.3.5 Service Après-Vente (SAV) für Uhren

85. Die Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* äusserte sich nicht zur räumlichen Marktabgrenzung der Märkte für SAV.[78] Die EU-Kommission hielt in der Untersuchung *Watch Repair*[79] fest, dass die Märkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen (vgl. Rz 62) lokal abzugrenzen seien, da die Nähe der Werkstatt wichtig für die Konsumentin und den Konsumenten sei. Die EU-Kommission liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.[80]

86. Gemäss Zusammenschlussparteien ist in räumlicher Hinsicht mindestens von nationalen Märkten auszugehen. Eine Abgrenzung von regionalen Märkten sei nicht sinnvoll, da es für die Erbringung von SAV nicht zwingend sei, dass Konsumentinnen und Konsumenten ein Servicezentrum aufsuchen. Eine persönliche Beratung sei in der Regel nicht erforderlich, vielmehr könnten Konsumentinnen und Konsumenten SAV auch über Distanz durch den Versand der Uhr nachfragen. Zudem sei eine Uhr im Luxussegment ein nicht alltägliches Gut mit hoher Qualität und damit tiefer Fehleranfälligkeit.[81]

---

[73] Je höher der Anschaffungswert eines Produktes, desto eher ist die Konsumentin oder der Konsument bereit, einen längeren Anfahrtsweg auf sich zu nehmen. Vgl. RPW 2008/3, 485 Rz 121, *Coop/Fust*; RPW 2002/3, 512 Rz 35, *Coop/EPA*; RPW 1997/3, 369 Rz 25, *Migros/Globus*.

[74] Vgl. RPW 2019/1, 190 Rz 11, *Embassy Jewel AG/Nolacas Holding AG*.

[75] So befinden sich Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe bspw. in Skidestinationen wie Crans-Montana, Zermatt oder St. Moritz oder auf dem Titlis in Engelberg (vgl. Rz 120).

[76] Vgl. Boston Consulting Group, Luxury Preowned Watches, Your Time Has Come, vom 9.3.2023; Deloitte, The Deloitte Swiss Watch Industry Study 2023, S. 33 ff., <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-deloitte-swiss-watch-industry-study-2023_EN.pdf> (3.5.2024).

[77] Vgl. Nachweise in Fn 76.

[78] Vgl. RPW 2020/4a, 1620 Rz 153, *Service Après-Vente für Uhren*.

[79] Vgl. Fn 59.

[80] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 94, *Watch Repair* wie auch RPW 2020/4a, 1620 Rz 150, *Service Après-Vente für Uhren*.

[81] Vgl. Fn 62.

87. Die Tatsachen, dass die Rolex-Gruppe von ihren autorisierten Einzelhändlerinnen verlangt, dass diese auch als autorisiertes Servicezentrum tätig sind, und es Service Pick-up Points für Tudor-Uhren gibt, um ein breites Netz an Servicezentren sicherzustellen und damit eine rasche Verfügbarkeit und Ansprechbarkeit zu gewährleisten (vgl. Rz 56), deuten auf lokale Märkte für SAV hin. Zudem zeigt die durchgeführte Marktbefragung (vgl. Rz 8), dass 13 bzw. 17 Einzelhändlerinnen, die als Servicezentrum für Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisiert sind, zwar die Möglichkeit anbieten, eine Rolex- bzw. Tudor-Uhr direkt an sie einzuschicken (ohne Besuch des Servicezentrums), diese von Konsumentinnen und Konsumenten aber praktisch nicht genutzt wird (vgl. Rz 242 f. und Rz 250).

88. Somit wird, analog zum Einzelhandel mit neuen Uhren, davon ausgegangen, dass die räumliche Dimension der Märkte für SAV sowohl national als auch lokal ist und von einem Marktradius der lokalen Märkte von 40 km ausgegangen. Für die grundlegenden Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Detailhandel sei auf die obige Rz 76 verwiesen. Da eine Luxusuhr ein nicht alltägliches, sondern vielleicht nur einmal gekauftes Produkt mit hohem Anschaffungswert ist, dürften Konsumentinnen und Konsumenten angesichts der bereits beim Kauf der Uhr getätigten hohen Investition durchaus bereit sein, auch längere Wegstrecken auf sich zu nehmen, um ihre Uhr warten und reparieren zu lassen. Dies weist darauf hin, dass lokale Märkte auch grössere Marktradien aufweisen könnten.

89. Nachfolgend werden die Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren (vgl. Rz 64) einerseits bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung betrachtet und andererseits eine Analyse der lokalen Wettbewerbsverhältnisse unter Anwendung eines Marktradius von 40 km vorgenommen. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend aber offengelassen werden, da diese das Ergebnis der vorläufigen Prüfung nicht verändert. Insbesondere kann offengelassen werden, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird, da vorliegendes Zusammenschlussvorhaben, unabhängig des angewandten Marktradius, nur in einem lokalen Markt zu einer Marktanteilsaddition führt (vgl. Rz 149 f.).

B.4.1.3.6 Ersatzteile für Uhren

90. Die Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* äusserte sich nicht zur räumlichen Marktabgrenzung der Märkte für Ersatzteile für Uhren.[82] Die EU-Kommission hielt in der Untersuchung *Watch Repair*[83] fest, dass die Märkte für Ersatzteile zumindest den EWR umfassen, da die Transportkosten tief seien und Ersatzteile zwischen Ländern gehandelt und versandt würden. Die genaue räumliche Marktabgrenzung liess die EU-Kommission jedoch offen.[84]

91. Laut den Zusammenschlussparteien sind allfällige Ersatzteilmärkte global abzugrenzen, da die Uhrenherstellerinnen ihre Ersatzteile global absetzen.

92. Vorliegend ist eine abschliessende Festlegung der räumlichen Marktabgrenzung der Ersatzteilmärkte nicht notwendig, da diese keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorläufigen Prüfung hat (vgl. Rz 151 ff.).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

93. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

94. Nachfolgend werden die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte dargestellt (vgl. Rz 95 ff.) und einer Analyse unterzogen (vgl. Rz 155 ff.).

B.4.2.1 Betroffene Märkte

95. Die Darstellung der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte erfolgt gegliedert nach den Bereichen Herstellung von Uhren, Einzelhandel mit neuen Uhren, Einzelhandel mit Gebrauchtuhren, Erbringung von Zertifizierungsdienstleistungen für Gebrauchtuhren, Erbringung von SAV für Uhren sowie Herstellung von Ersatzteilen für Uhren.

B.4.2.1.1 Herstellung von Uhren

96. Die in den nachfolgenden Tabellen aufgeführten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen basieren auf Angaben der Zusammenschlussparteien. Sie haben für die Marktanteilsberechnungen die Erstellung eines ökonomischen Gutachtens in Auftrag gegeben. Als Datengrundlage für die Marktanteilsberechnungen wurden im ökonomischen Gutachten die regelmässigen Berichte des Investmentbanking- und Wertpapierhandelsunternehmens Morgan Stanley zur Schweizer Uhrenindustrie[85] sowie die vom Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie (FH)[86] erstellte Statistik zu den Schweizer Uhrenexporten verwendet.

97. Nachfolgende Tabelle 2 zeigt die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen im unteren Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[87]) sowie im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des **Marktes für die Herstellung von Uhren** (vgl. Rz 34) für das Jahr 2022 sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer engeren nationalen räumlichen Marktabgrenzung.

---

[82] Vgl. RPW 2020/4a, 1620 Rz 153, *Service Après-Vente für Uhren*.
[83] Vgl. Fn 59.
[84] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 97, Watch Repair wie auch RPW 2020/4a, 1620 Rz 151, *Service Après-Vente für Uhren*.
[85] Morgan Stanley Research, Swiss Watches, Bericht "Sixth Annual Swiss Watcher" vom 28.3.2023, Bericht "The Magnificent Seven" vom 7.3.2022, Bericht "King Rolex" vom 8.3.2021.
[86] Vgl. FH, <https://www.fhs.swiss/eng/homepage.html> (3.5.2024). Die Statistiken der FH zu den Uhrenexporten werden teilweise auf deren Homepage publiziert.
[87] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 3'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

Tabelle 2: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für die Herstellung von Uhren, welt- und schweizweit, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für die Herstellung von Uhren, 2022**			
	unteres Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[2])		**oberes Preissegment (VP > CHF 3'000[2])**	
	weltweit	**schweizweit**	**weltweit**	**schweizweit**
Rolex-Gruppe	[0-10] %	[0-10] %	[30-40] %	[20-30] %
Bucherer-Gruppe	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
kumuliert	**[0-10] %**	**[0-10] %**	**[30-40] %**	**[20-30] %**
Konkurrentinnen[1]	[90-100] %	[90-100] %	[60-70] %	[70-80] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 96).

Hinweise:
[1] Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich (vgl. jedoch Rz 103 und Rz 165).
[2] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 3'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

98. In Bezug auf das untere Preissegment des weltweiten Marktes für die Herstellung von Uhren ist darauf hinzuweisen, dass die Bucherer-Gruppe im Jahr 2022 einen Marktanteil von [0-10] % aufwies, […], weshalb ein […] Umsatz resultierte. In den Jahren 2021 und 2020 wies die Bucherer-Gruppe im genannten Preissegment einen Marktanteil von jeweils [0-10] % auf, was in einem kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [0-10] % bzw. [0-10] % für die entsprechenden Jahre resultiert.

99. Wie Tabelle 2 zu entnehmen ist, ist einzig das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für die Herstellung von Uhren sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

100. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz 34), wird die Wettbewerbsanalyse entsprechend der Praxis der WEKO auch bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung, d.h. einer zusätzlichen Segmentierung nach den Differenzierungsmerkmalen Technologie und Herstellungsort, vorgenommen. In Tabelle 3 werden daher die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen im unteren Preissegment (VP ≤ CHF 3'000) sowie im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des **Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren** für das Jahr 2022 sowohl bei einer weltweiten wie auch bei einer engeren nationalen räumlichen Marktabgrenzung ausgewiesen.

Tabelle 3: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren, welt- und schweizweit, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren, 2022**			
	unteres Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[2])[3]		**oberes Preissegment (VP > CHF 3'000[2])**	
	weltweit	**schweizweit**	**weltweit**	**schweizweit**
Rolex-Gruppe	≤ [10-20] %	≤ [0-10] %	[30-40] %	[20-30] %
Bucherer-Gruppe	[0-10] %	≤ [0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
kumuliert	**≤ [10-20] %**	**≤ [0-10] %**	**[30-40] %**	**[20-30] %**
Konkurrentinnen[1]	> [80-90] %	> [90-100] %	[60-70] %	[70-80] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 96).

Hinweise:
[1] Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich. (vgl. jedoch Rz 103 und Rz 165).
[2] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 3'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.
[3] Die Angabe präziserer Marktanteile im unteren Preissegment ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich.

101. Betreffend das untere Preissegment des weltweiten Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren ist auf Rz 98 zu verweisen. In den Jahren 2021 und 2020 wies die Bucherer-Gruppe im genannten Preissegment einen Marktanteil von jeweils ≤ [0-10] % auf, was in einem kumulierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien von ≤ [10-20] % bzw. ≤ [10-20] % resultiert.

102. Tabelle 3 zeigt, dass auch bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung einzig das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren, unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung, ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist.

103. Der Vollständigkeit halber soll auch die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung in ein Massenmarktsegment (VP < CHF 1'000[88]) sowie ein Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000) mitberücksichtigt werden (vgl. Rz 35). Die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen **im Luxussegment des Marktes für die Herstellung von Uhren** werden für das Jahr 2022 in nachfolgender Tabelle 4 aufgeführt, und zwar sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer engeren nationalen räumlichen Marktabgrenzung.

Tabelle 4: Marktanteile (umsatzbasiert) im Luxussegment des Marktes für die Herstellung von Uhren, welt- und schweizweit, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000[1]) des Marktes für die Herstellung von Uhren, 2022**	
	weltweit	**schweizweit**
Rolex-Gruppe	[30-40] %	[20-30] %
Bucherer-Gruppe	[0-10] %	[0-10] %
kumuliert	**[30-40] %**	**[20-30] %**
Richemont	[10-20] %	[20-30] %
Swatch Group	[10-20] %	[10-20] %
LVMH	[0-10] %	[0-10] %
Patek Philippe	[0-10] %	[0-10] %
Audemars Piguet	[0-10] %	[0-10] %
Weitere Konkurrentinnen	[10-20] %	[20-30] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 96).

Hinweise:
[1] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 1'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

[88] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 1'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

104. Auch bei Anwendung einer preislichen Segmentierung gemäss Zusammenschlussparteien ist das obere Preissegment, das Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000), des Marktes für die Herstellung von Uhren sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer engeren nationalen räumlichen Marktabgrenzung als betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren. Im Massenmarktsegment (VP < CHF 1'000) des Marktes für die Herstellung von Uhren sind weder die Rolex-Gruppe noch die Bucherer-Gruppe aktiv, da sie keine Uhren mit einem Verkaufspreis von unter CHF 1'000 herstellen (vgl. Rz 28 f.).

105. Schliesslich ist zu erwähnen, dass laut Angaben der Zusammenschlussparteien die Bucherer-Gruppe auf dem **Markt für die Herstellung von Quarzuhren**, unabhängig von allfälligen weiteren Segmentierungen des Marktes und unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung, keinen Marktanteil von 30 % oder mehr erreicht.[89] Die Rolex-Gruppe ist, wie bereits erwähnt, nicht in der Produktion von Quarzuhren tätig (vgl. Rz 28). Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

106. **Zusammenfassend** ist einzig das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des Herstellungsmarktes, unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung (alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend) und der räumlichen Marktabgrenzung (weltweit oder schweizweit), ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Bei Anwendung einer preislichen Segmentierung gemäss Zusammenschlussparteien stellt ebenfalls nur das obere Preissegment, das Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000), des Marktes für die Herstellung von Uhren, unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung (weltweit oder schweizweit), einen betroffenen Markt dar.

B.4.2.1.2 Einzelhandel mit neuen Uhren

107. Da wie bereits ausgeführt die geographische Dimension der Märkte für den Einzelhandel mit neuen Uhren bzw. deren Segmente sowohl national als auch lokal ist (vgl. Rz 76 ff.), werden in der Folge in einem ersten Schritt die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte auf nationaler Ebene dargestellt (vgl. Rz 109 ff.). In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematische lokale Märkte bestehen (vgl. Rz 119 f.).

108. Bezüglich der Datengrundlage für die in den nachfolgenden Tabellen aufgeführten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen kann auf die Ausführungen in Rz 96 verwiesen werden.

Nationale Ebene

109. In Tabelle 5 werden die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen im unteren Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[90]) sowie im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten **Marktes für den Einzelhandel mit Uhren** (vgl. Rz 41) für das Jahr 2022 ausgewiesen.

110. Betreffend das untere Preissegment ist darauf hinzuweisen, dass die Rolex-Gruppe in der Schweiz einzig Rolex-Uhren in ihrer Verkaufsstelle in Genf (Rolex-Flagshipstore) verkauft. Rolex-Uhren sind ab einem Verkaufspreis von ca. CHF 5'300 im Handel erhältlich (vgl. Rz 28 und Rz 37). Die Rolex-Gruppe ist somit im unteren Preissegment des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren nicht tätig.

Tabelle 5: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für den Einzelhandel mit Uhren, Schweiz, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für den Einzelhandel mit Uhren, Schweiz, 2022**	
	unteres Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[2])	**oberes Preissegment (VP > CHF 3'000[2])**
Rolex-Gruppe	0 %	[0-10] %
Bucherer-Gruppe	[0-10] %	[20-30] %
kumuliert	**[0-10] %**	**[20-30] %**
Konkurrentinnen[1]	[90-100] %	[70-80] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 108).

Hinweise:
[1] Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich (vgl. jedoch Rz 173).
[2] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 3'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

111. Gemäss Tabelle 5 ist nur das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren.

[89] Vgl. hierzu auch Fn 17.
[90] Vgl. Fn 87.

112. Den in Tabelle 6 ausgewiesenen Marktanteilen liegt eine engere sachliche Marktabgrenzung, d.h. eine zusätzliche Segmentierung nach den Differenzierungsmerkmalen Technologie und Herstellungsort (vgl. Rz 41), entsprechend der Praxis der WEKO zugrunde. Tabelle 6 zeigt somit die umsatzbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien sowie deren Konkurrentinnen im unteren Preissegment (VP ≤ CHF 3'000) und im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten **Marktes für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren** für das Jahr 2022. Betreffend das untere Preissegment ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Rolex-Gruppe in diesem nicht tätig ist (vgl. Rz 110).

Tabelle 6: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren, Schweiz, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren, Schweiz, 2022**	
	unteres Preissegment (VP ≤ CHF 3'000[2])[3]	**oberes Preissegment (VP > CHF 3'000[2])**
Rolex-Gruppe	0 %	[0-10] %
Bucherer-Gruppe	≈ [0-10] %	[20-30] %
kumuliert	**≈ [0-10] %**	**[20-30] %**
Konkurrentinnen[1]	≈ [90-100] %	[70-80] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 108).

Hinweise:
[1] Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich (vgl. jedoch Rz 173).
[2] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 3'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.
[3] Die Angabe präziserer Marktanteile im unteren Preissegment ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich.

113. Tabelle 6 zeigt somit, dass auch bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung einzig das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren ist.

114. Mitberücksichtigt wird zudem auch die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung in ein Massenmarktsegment (VP < CHF 1'000[91]) sowie ein Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000; vgl. Rz 42). Tabelle 7 zeigt die umsatzbasierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien sowie deren Konkurrentinnen **im Luxussegment des** schweizweiten **Marktes für den Einzelhandel mit Uhren** für das Jahr 2022.

Tabelle 7: Marktanteile (umsatzbasiert) im Luxussegment des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren, Schweiz, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000[2]) des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren, Schweiz, 2022**
Rolex-Gruppe	[0-10] %
Bucherer-Gruppe	[10-20] %
kumuliert	**[10-20] %**
Konkurrentinnen[1]	[80-90] %

Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien (vgl. Rz 108).

Hinweise:
[1] Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich (vgl. jedoch Rz 173).
[2] Zur Marktanteilsberechnung wurde ein Schwellenwert von EUR 1'000 verwendet. Im Jahr 2022 betrug der Wechselkurs zwischen CHF und EUR 1.0047.

[91] Vgl. Fn 88.

115. Wird eine preisliche Segmentierung gemäss Zusammenschlussparteien angewendet, so ist das obere Preissegment, das Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000), des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren als betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren (vgl. Tabelle 7). Im Massenmarktsegment (VP < CHF 1'000) ist einzig die Bucherer-Gruppe in geringem Ausmass tätig (vgl. Fn 25 sowie Rz 110). Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien erreicht die Bucherer-Gruppe im **Massenmarktsegment des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren** keinen Marktanteil von 30 % oder mehr, womit das Massenmarktsegment kein im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt darstellt.

116. Des Weiteren ist zu erwähnen, dass laut Angaben der Zusammenschlussparteien die Bucherer-Gruppe auf dem **Markt für den Einzelhandel mit Quarzuhren**, unabhängig von allfälligen weiteren Segmentierungen des Marktes und unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung, keinen Marktanteil von 30 % oder mehr erreicht. Die Rolex-Gruppe verkauft keine Quarzuhren. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

117. Schliesslich ist zu ergänzen, dass gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien die Bucherer-Gruppe auf dem **Markt für den Einzelhandel mit nicht Swiss made Uhren**, unabhängig von allfälligen weiteren Segmentierungen des Marktes und unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung, keinen Marktanteil von 30 % oder mehr erreicht. Rolex verkauft einzig die selbst hergestellten Uhren der Marken Rolex und Tudor und damit keine nicht Swiss made Uhren. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

118. **Zusammenfassend** ist einzig das obere Preissegment (VP > CHF 3'000) des Einzelhandelsmarktes auf nationaler Ebene, unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung (alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend), ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Bei Anwendung einer preislichen Segmentierung gemäss Zusammenschlussparteien stellt ebenfalls das obere Preissegment, das Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000), des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren auf nationaler Ebene ein betroffener Markt dar.[92]

Lokale Ebene

119. Daten über Marktvolumen und Marktanteile in den lokalen Märkten sind gemäss Zusammenschlussparteien nicht verfügbar. Um möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematische lokale Märkte zu bestimmen, werden nachfolgend deshalb diejenigen lokalen Märkte identifiziert, in welchen beide Zusammenschlussparteien aktiv sind und somit Marktanteilsadditionen entstehen.[93]

120. Die Rolex-Gruppe ist nur in geringem Ausmass selbst im Einzelhandel tätig und verfügt in der Schweiz nur über eine Verkaufsstelle in Genf, in welcher einzig die von ihr hergestellten Rolex-Uhren verkauft werden (vgl. Rz 37). Die Bucherer-Gruppe betreibt in der Schweiz 35 Verkaufsstellen, in welchen sie Uhren verschiedenster Marken, darunter Rolex, Tudor und die Eigenmarke Carl F. Bucherer, verkauft (vgl. Rz 38). Diese Verkaufsstellen befinden sich in den Regionen Basel, Bern, Crans-Montana, Engelberg (Titlis), Interlaken, Genf, Lausanne, Locarno, Lugano, Luzern, St. Gallen, St. Moritz, Zermatt und Zürich. Damit entsteht durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig im Raum Genf eine Marktanteilsaddition, und zwar unabhängig davon, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird. Der lokale Markt Genf wird nachfolgend einer detaillierten wettbewerbsrechtlichen Analyse unterzogen (vgl. Rz 175 f.).[94]

B.4.2.1.3 Einzelhandel mit Gebrauchtuhren

121. Zunächst ist festzuhalten, dass im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren – anders als im Bereich des Einzelhandels mit neuen Uhren (vgl. Rz 109 ff.) – eine Marktanteilsaddition ausgeschlossen ist, da die Rolex-Gruppe nicht im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren tätig ist (vgl. Rz 46). Damit ist massgebend, ob die Bucherer-Gruppe im relevanten Markt bzw. in den relevanten Märkten betreffend den Einzelhandel mit Gebrauchtuhren einen Marktanteil von 30 % oder mehr haben könnte.

122. Die Bucherer-Gruppe verfügt im Bereich des Einzelhandels mit neuen Uhren bei keiner denkbaren nationalen Marktabgrenzung über einen Marktanteil von 30 % oder mehr (vgl. Rz 109 ff.). Mit Blick auf die nachstehenden Überlegungen ist nicht anzunehmen, dass dies im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren anders sein könnte. Bis 2019 war die Bucherer-Gruppe nicht im Bereich des Verkaufs von Gebrauchtuhren tätig. Sie lancierte den neuen Geschäftszweig erst nach der Übernahme der amerikanischen Händlerin Tourneau LLC durch die Bucherer-Gruppe. Noch heute bezeichnet die Bucherer-Gruppe den Verkauf von neuen Uhren als ihr wichtigstes Geschäftsfeld. Der weltweite Umsatz der Bucherer-Gruppe mit dem Verkauf von Gebrauchtuhren betrug dementsprechend im Jahr 2022 [0-10] % des geschätzten weltweiten Umsatzes aller Marktteilnehmenden mit dem Verkauf von gebrauchten Luxusuhren im selben Jahr.[95] Dass dieser Anteil bei einer Segmentierung des Einzelhandelsmarktes für Gebrauchtuhren nach Preissegmenten, Technologie und/oder Swiss Made und/oder bei einer nationalen Marktabgrenzung 30 %

[92] Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei einer weiten, den EWR inkl. die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung, welche gemäss Ansicht der Zusammenschlussparteien sachgerecht wäre (vgl. Rz 78), unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend), keine betroffenen Märkte im Einzelhandel mit Uhren vorliegen. So erreichen die Zusammenschlussparteien bei einer solchen weiten räumlichen Marktabgrenzung nach dem Zusammenschluss kumulierte umsatzbasierte Marktanteile von maximal [0-10] % im oberen und unteren Preissegment des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren bzw. des Marktes für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren sowie im Luxussegment des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren.

[93] Vgl. zur Vorgehensweise RPW 2021/4, 872 Rz 90 ff., *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG*.

[94] Auf eine Analyse von lokalen Märkten, in welchen einzig die Bucherer-Gruppe tätig ist und es somit zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, wird verzichtet, da sich die Wettbewerbsverhältnisse in diesen lokalen Märkten durch den Zusammenschluss nicht verändern. Vgl. hierzu RPW 2021/4, 872 Fn 87, *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG*.

oder mehr betragen könnte, ist nicht plausibel. Die Zusammenschlussparteien bestätigen in ihrer Meldung dementsprechend ausdrücklich, dass die Bucherer-Gruppe auch bei einer nationalen Marktabgrenzung keinen Marktanteil von 30 % erreicht.

123. Unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung im Bereich des Einzelhandels mit Gebrauchtuhren ist daher für diesen Bereich festzuhalten, dass keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

B.4.2.1.4 Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren

124. Auch im Markt für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen bzw. allfälligen Marktsegmenten ist eine Marktanteilsaddition ausgeschlossen, da die Bucherer-Gruppe in diesem Bereich nicht tätig ist (vgl. Rz 49). Damit ist zunächst massgebend, ob die Rolex-Gruppe im Bereich der Erbringung von Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren oder allenfalls für gebrauchte Rolex-Uhren einen Marktanteil von 30 % oder mehr haben könnte.

125. Gemäss den Zusammenschlussparteien existieren keine Marktdaten zu einem möglicherweise bestehenden Markt für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren. Soweit von einem mindestens schweizweiten Markt für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren auszugehen wäre, ist es eher unwahrscheinlich, dass die Rolex-Gruppe über einen Marktanteil von 30 % oder mehr verfügt. Denn die Rolex-Gruppe erbringt Zertifizierungsleistungen für Rolex-Uhren erst seit Dezember 2022 und dies bislang einzig für einen Teil der Einzelhändlerinnen, die Teil ihres selektiven Vertriebssystems sind. Diese Tätigkeit dürfte im Verhältnis zum Gesamtwert der Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren aktuell nicht von allzu grosser Bedeutung sein.[96] Aber selbst wenn die Rolex-Gruppe in einem allfälligen mindestens schweizweiten Markt für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen für Gebrauchtuhren ein Marktanteil von 30 % oder mehr hätte, bestünden in vertikaler Hinsicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken (vgl. sogleich Rz 126).

126. Soweit von einem mindestens schweizweiten Markt für die Erbringung von Zertifizierungsleistungen für Rolex-Uhren auszugehen wäre, könnte mangels alternativer Anbieterinnen von CPO-Garantien für Rolex-Uhren ein Marktanteil der Rolex-Gruppe von 30 % oder mehr vorliegen. Gleichwohl wird nachfolgend auf diesen Markt nicht weiter eingegangen, da aus den folgenden Gründen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken in vertikaler Hinsicht bestehen. So ist derzeit schon nicht ersichtlich, dass die Rolex-CPO-Garantie für die Einzelhändlerinnen von gebrauchten Rolex-Uhren überhaupt einen bedeutenden Input darstellen könnte. Denn Einzelhändlerinnen von gebrauchten Rolex-Uhren zertifizierten gebrauchte Rolex-Uhren bis zum Einstieg der Rolex-Gruppe in das CPO-Geschäft im Dezember 2022 üblicherweise selbst.[97] Diese Zertifizierungsmöglichkeit besteht für die Einzelhändlerinnen nach wie vor und sie wird auch entsprechend praktiziert.[98] Den Einzelhändlerinnen von gebrauchten Rolex-Uhren standen und stehen also bewährte Alternativen zu einer Rolex-CPO-Garantie zur Verfügung. Aber selbst wenn die Rolex-CPO-Garantie für die Einzelhändlerinnen von gebrauchten Rolex-Uhren einen bedeutenden Input darstellen würde, stünde nicht zu befürchten, dass sie diese einzig der Bucherer-Gruppe zur Verfügung stellt und so andere Einzelhändlerinnen von gebrauchten Rolex-Uhren benachteiligt. Ein solcher Exklusivverkauf der Rolex-CPO-Garantie an die Bucherer-Gruppe wäre interessenswidrig. Denn die Rolex-CPO-Garantie soll namentlich einen Anreiz setzen, gebrauchte Rolex-Uhren vermehrt über offizielle Rolex-Einzelhändlerinnen zu verkaufen bzw. bei ihnen einzukaufen.[99] Dies macht eine Ausweitung des CPO-Programms auf möglichst viele Einzelhändlerinnen des selektiven Vertriebssystems der Rolex-Gruppe erforderlich. Dementsprechend hat die Rolex-Gruppe ihr CPO-Programm seit der Lancierung des Programms im Dezember 2022 auf zahlreiche Einzelhändlerinnen, [darunter auch einige Händlerinnen, die online CPO-Uhren verkaufen], ausgeweitet.[100]

B.4.2.1.5 Service Après-Vente (SAV) für Uhren

127. Die in den nachfolgenden Tabellen aufgeführten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen sind Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien sowie Angaben der zum SAV an Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen, welche im Rahmen einer Marktbefragung zur Klärung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des SAV für Uhren befragt wurden (vgl. Rz 8).

128. Daher werden an dieser Stelle zuerst einige Ausführungen zur durchgeführten Marktbefragung (vgl. Rz 129 ff.) sowie Anmerkungen zu den Marktanteilsschätzungen (vgl. Rz 140 ff.) angebracht. Anschliessend werden die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Bereich des SAV für Uhren auf nationaler Ebene (vgl. Rz 144 ff.) sowie auf lokaler Ebene (vgl. Rz 149 f.) dargestellt, da wie bereits ausgeführt die geographische Dimension der Märkte für SAV sowohl national als auch lokal ist (vgl. Rz 85 ff.).

[95] Der Gesamtwert der weltweit verkauften gebrauchten Luxusuhren betrug im Jahr 2022 rund 24 Mrd. Dollar (2021: 22 Mrd. Dollar; 2020: 18 Mrd. Dollar; 2019: 18 Mrd. Dollar).

[96] Vgl. Fn 95. Diese Uhren werden üblicherweise mit einer Händler- oder Marken-CPO-Garantie verkauft; vgl. Rz 45 sowie Fn 98.

[97] Vgl. etwa Nachweise in Fn 98.

[98] Z.B. garantieren die weltweit tätige Plattform Chrono24 sowie die hauptsächlich im weltweiten Online-Handel mit Luxusuhren tätigen Unternehmen Chronext, Watchfinder und Watchbox die Echtheit und die Funktionsfähigkeit der verkauften gebrauchten Uhren; vgl. etwa <https://www.watchtime.net/brands/promotion/top-thema-chrono24-certified> (3.5.2024); <https://www.chrono24.ch/about-us.htm> (3.5.2024); <https://www.chronext.ch/ueber-uns> (3.5.2024); <https://www.watchfinder.ch/help/purchasing> (3.5.2024); <https://www.thewatchbox.com/ch/en/authentication/> (3.5.2024). Darüber hinaus bieten z.B. Breitling, Cartier und Audemars Piguet Marken-CPO-Garantien an.

[99] Vgl. z. B. <https://www.nzz.ch/wirtschaft/rolex-lanciert-certified-pre-owned-programm-fuer-gebrauchte-uhren-ld.1714725> (3.5.2024).

[100] […].

Marktbefragung

129. Wie bereits ausgeführt, befragte das Sekretariat alle Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen im Zeitraum 2020 bis heute von der Rolex-Gruppe für SAV an Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisiert waren bzw. sind, d.h. insgesamt 27 Einzelhändlerinnen.[101] 26 der befragten 27 Einzelhändlerinnen haben den Fragebogen sowie inhaltliche Nachfragen des Sekretariats beantwortet (vgl. Rz 8).[102]

130. Der den Einzelhändlerinnen zugesandte Fragebogen diente der Klärung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des SAV für Uhren und enthielt in erster Linie Fragen zu deren Tätigkeit in diesem Bereich und den damit erzielten Umsätzen in den Jahren 2020 bis 2022 sowie zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses.

131. Von den insgesamt 26 befragten Einzelhändlerinnen haben 15 angegeben, dass ihre Verkaufsstellen als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind. 18 Einzelhändlerinnen haben angegeben, dass insgesamt 21 ihrer Verkaufsstellen als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind. Die Abweichungen zu den Angaben von 14 als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen bzw. Verkaufsstellen und von 22 Einzelhändlerinnen mit 26 als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisierten Verkaufsstellen in Rz 56 resultieren erstens daraus, dass eine befragte Einzelhändlerin aktuell nicht mehr zugelassen ist.[103] Zweitens scheint es, als entspreche die Wahrnehmung der Autorisierung als Servicezentrum für Tudor-Uhren der Einzelhändlerinnen nicht der von der Rolex-Gruppe vorgenommenen Autorisierung (vgl. jedoch Rz 132 f.).[104] Insbesondere Tudor Service Pick-up Points (vgl. Rz 56) scheinen sich nicht als autorisiertes Servicezentrum wahrzunehmen[105], obwohl sie sich gemäss der Rolex-Gruppe so bezeichnen dürften.

132. Von den insgesamt 26 befragten Einzelhändlerinnen nehmen 18 Rolex-Uhren von Konsumentinnen und Konsumenten für SAV entgegen. Darunter sind die 15 Einzelhändlerinnen mit als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierter Verkaufsstelle. Diese führen SAV-Arbeiten an den Rolex-Uhren entweder selbst aus (eigener SAV) oder schicken die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex). Drei Einzelhändlerinnen, die nicht als Servicezentrum für Rolex-Uhren, sondern als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind, nehmen trotzdem Rolex-Uhren entgegen und schicken diese für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex).[106]

133. 25 Einzelhändlerinnen haben angegeben, dass sie Tudor-Uhren in 29 Verkaufsstellen für SAV annehmen. Die Marktbefragung zeigt, dass – mit einer Ausnahme[107] – alle Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen gemäss der Rolex-Gruppe als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind bzw. waren[108] (23 Einzelhändlerinnen mit 27 Verkaufsstellen), auch Tudor-Uhren von Konsumentinnen und Konsumenten entgegennehmen. Drei Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen nicht als Servicezentrum für Tudor-Uhren, sondern als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, nehmen ebenfalls Tudor-Uhren für SAV entgegen.[109] Von diesen 25 Einzelhändlerinnen führen 17 SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren selbst aus (eigener SAV) oder schicken die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex). Acht Einzelhändlerinnen schicken die entgegengenommenen Tudor-Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex). Anzufügen ist, dass die Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen sog. Tudor Service Pick-up Points (vgl. Rz 56) sind, in der Mehrzahl, d.h. sechs, keine SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren selbst ausführen.[110] Von den vier, die selbst SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren ausführen, geben zwei an, dass dieser eigene SAV an Tudor-Uhren jedoch nur der Armbandtausch bzw. nur der Umtausch oder die Anpassung von Armbändern, Einstellungen und Wasserdichtigkeitstests umfasse.

134. Der Umsatz, den die 25 befragten Einzelhändlerinnen (die SAV anbieten; vgl. Fn 107) im Jahr 2022 mit SAV an Uhren aller Marken (Gesamtumsatz mit SAV) erzielten, machte einen Anteil von [0-10] % bis [10-20] % an ihrem jeweiligen Unternehmensumsatz aus.

135. Der Umsatz, den die 18 Einzelhändlerinnen, die Rolex-Uhren für SAV entgegennehmen, im Jahr 2022 mit SAV an Rolex-Uhren erzielten, machte einen Anteil von [0-10] % bis [80-90] % an ihrem jeweiligen Gesamtumsatz mit SAV und einen Anteil von [0-10] % bis [0-10] % an ihrem jeweiligen Unternehmensumsatz aus. Der Umsatzanteil des SAV an Rolex-Uhren ist dabei bei den 15 Einzelhändlerinnen mit für Rolex-Uhren autorisierten Servicezentren […]. Der Umsatz des SAV an Rolex-Uhren machte bei diesen einen Anteil zwischen [0-10] % und [80-90] % am Gesamtumsatz mit SAV und

[101] Jeweils zwei der befragten Einzelhändlerinnen gehören zur gleichen Unternehmensgruppe (vgl. Fn 45 und Fn 47); diese wurden jedoch einzeln mit einem separaten Fragebogen befragt. Zwei der befragten Einzelhändlerinnen betreiben aktuell vier bzw. zwei Verkaufsstellen, die als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind (vgl. Fn 47). Diesen beiden Einzelhändlerinnen wurde jeweils nur ein Fragebogen zugestellt.

[102] Zwei der befragten Einzelhändlerinnen sind aktuell nicht mehr zugelassene Einzelhändlerinnen für Rolex- und Tudor-Uhren und damit auch nicht mehr für SAV an Rolex- und Tudor-Uhren autorisiert. Diese Einzelhändlerinnen waren gemäss Angaben der Rolex-Gruppe bis am 31.1.2022 bzw. am 30.4.2022 als Servicezentrum für sowohl Rolex- als auch Tudor-Uhren autorisiert. Nur eine dieser Einzelhändlerinnen hat den Fragebogen des Sekretariats beantwortet (vgl. Fn 10). Deren Angaben werden in der nachfolgenden Auswertung und Analyse der Antworten berücksichtigt. Vgl. auch Fn 45.

[103] Vgl. Fn 102.

[104] So haben drei bzw. acht Einzelhändlerinnen angegeben, dass ihre Verkaufsstelle als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert bzw. nicht autorisiert ist, obwohl sie dies gemäss der Rolex-Gruppe nicht sind bzw. sind (vgl. auch Fn 107). Eine Einzelhändlerin hat angegeben, dass nur eine ihrer zwei Verkaufsstellen als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert ist, obwohl beide gemäss der Rolex-Gruppe autorisiert sein sollten (vgl. Fn 101).

[105] Sechs Tudor Service Pick-up Points, von welchen es insgesamt 14 gibt, werden nicht als autorisiertes Servicezentrum für Tudor-Uhren angegeben (vgl. auch Fn 107).

[106] Gemäss der Rolex-Gruppe liegt es im Ermessen der Einzelhändlerin, ob sie auch Uhren derjenigen Marke entgegennimmt, für die ihre Verkaufsstelle nicht für SAV autorisiert ist (vgl. Rz 56).

[107] Eine Einzelhändlerin, deren Verkaufsstelle gemäss der Rolex-Gruppe autorisiertes Servicezentrum für Tudor-Uhren (Tudor Service Pick-up Point) ist, hat angegeben, keine Tudor-Uhren für SAV anzunehmen. Sie hat auch angegeben, überhaupt keinen SAV für Uhren anzubieten und ihre Verkaufsstelle sei nicht als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert.

[108] Vgl. Fn 102.

[109] Vgl. Fn 106.

[110] Sechs Einzelhändlerinnen mit Tudor Service Pick-up Points führen keine SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren selbst aus, vier hingegen schon (vgl. Fn 50 und Fn 107).

zwischen [0-10] % und [0-10] % am Unternehmensumsatz aus. Die drei Einzelhändlerinnen, die zwar nicht als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, aber trotzdem Rolex-Uhren für SAV entgegennehmen, erzielten zwischen [0-10] % und [0-10] % bzw. [0-10] % und [0-10] % des Gesamtumsatzes mit SAV bzw. des Unternehmensumsatzes mit SAV an Rolex-Uhren.

136. Der Umsatz, den die 25 Einzelhändlerinnen, die Tudor-Uhren für SAV entgegennehmen, im Jahr 2022 mit SAV an Tudor-Uhren erzielten, machte einen Anteil von [0-10] % bis [10-20] % an ihrem jeweiligen Gesamtumsatz mit SAV und einen Anteil von [0-10] % bis [0-10] % an ihrem jeweiligen Unternehmensumsatz aus. Die 22 Einzelhändlerinnen mit für Tudor-Uhren autorisierten Servicezentren erzielten zwischen [0-10] % und [10-20] % bzw. [0-10] % und [0-10] % des Gesamtumsatzes mit SAV bzw. des Unternehmensumsatzes mit SAV an Tudor-Uhren. Der Anteil des Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren machte bei den drei Einzelhändlerinnen, die zwar nicht als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind, aber trotzdem Tudor-Uhren für SAV entgegennehmen, einen Anteil von [0-10] % bis [0-10] % am Gesamtumsatz mit SAV und von [0-10] % bis [0-10] % am Unternehmensumsatz aus.

137. Die 18 Einzelhändlerinnen, die Rolex-Uhren für SAV entgegennehmen und die SAV-Arbeiten an diesen entweder selbst ausführen (eigener SAV) oder die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex) schicken, erzielten im Jahr 2022 zwischen [0-10] % bis [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren durch eigenen SAV. Elf der 15 Einzelhändlerinnen mit als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierter Verkaufsstelle erzielten über 60 % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mit eigenem SAV. Die Einzelhändlerinnen, die nicht als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, aber trotzdem Rolex-Uhren entgegennehmen, erzielten [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mittels SAV durch Rolex.

138. Die 25 Einzelhändlerinnen, die Tudor-Uhren für SAV entgegennehmen, erzielten ebenfalls zwischen [0-10] % bis [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren durch eigenen SAV. Neun Einzelhändlerinnen erzielten [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mittels SAV durch Rolex, heisst, sie haben […] entgegengenommenen Uhren an die Rolex-Gruppe geschickt. Vier Einzelhändlerinnen erzielten [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mit eigenem SAV. Der Anteil des eigenen SAV am Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren bewegte sich bei den restlichen Einzelhändlerinnen zwischen [10-20] % bis [80-90] %.

139. Die Bucherer-Gruppe erzielte im Jahr 2022 [0-10] % ihres Unternehmensumsatzes mit SAV an Uhren aller Marken (Gesamtumsatz mit SAV). Der Anteil des Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren machte [50-60] % bzw. [0-10] % am Gesamtumsatz mit SAV bzw. am Unternehmensumsatz aus. Der Anteil des Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren machte einen Anteil von [0-10] % bzw. [0-10] % am Gesamtumsatz mit SAV bzw. am Unternehmensumsatz aus. Die Bucherer-Gruppe erzielte [80-90] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren und [40-50] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mit eigenem SAV.

Marktanteilsschätzungen

140. Wie den bisherigen Ausführungen zu entnehmen ist, erbringt die Rolex-Gruppe SAV an Rolex- und Tudor-Uhren, die sie einerseits direkt von Konsumentinnen und Konsumenten (direkter SAV; vgl. Rz 55) und andererseits von Einzelhändlerinnen (indirekter SAV; vgl. Rz 56) erhält, welche die Uhren von Konsumentinnen und Konsumenten entgegengenommen haben. Die Rolex-Gruppe generierte im Jahr 2022 [90-100] % bzw. [0-10] % ihres Gesamtumsatzes mit SAV[111] mit SAV an Rolex-Uhren bzw. mit SAV an Tudor-Uhren. [0-10] % des Gesamtumsatzes mit SAV sind gemäss der Rolex-Gruppe nicht eindeutig einer der beiden Marken (Rolex oder Tudor) zuordenbar. Die Rolex-Gruppe erzielte im Jahr 2022 in der Schweiz [50-60] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhr mit direktem SAV und [40-50] % mit indirektem SAV. Der Anteil des Umsatzes mit direktem SAV bzw. des Umsatzes mit indirektem SAV am Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren betrug [50-60] % bzw. [40-50] %.

141. Die Einzelhändlerinnen erbringen SAV an Rolex- und/oder Tudor-Uhren, die sie von Konsumentinnen und Konsumenten entgegennehmen entweder selbst (eigener SAV) oder schicken diese für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex; vgl. Rz 132 ff.).

142. Wird eine Rolex- oder Tudor-Uhr von einer Einzelhändlerin an die Rolex-Gruppe überwiesen, stellt die Rolex-Gruppe der Einzelhändlerin Rechnung für die erfolgten SAV-Arbeiten. Die Einzelhändlerin wiederum fakturiert diese der Konsumentin oder dem Konsumenten. Es steht dabei laut Rolex-Gruppe im Ermessen der Einzelhändlerin, ob sie hierbei zusätzlich einen Betrag für die Entgegennahme der Uhr verrechnet. Die Marktbefragung (vgl. Rz 8) hat gezeigt, dass die Einzelhändlerinnen in der Regel die Entgegennahme der Uhr zusätzlich verrechnen.

143. Dies bedeutet, dass mit einer Uhr, die eine Einzelhändlerin entgegennimmt und für SAV an die Rolex-Gruppe überweist, sowohl die Rolex-Gruppe als auch die Einzelhändlerin Umsatz generiert. Die Rolex-Gruppe erzielt einen Umsatz mit der Durchführung von SAV an der überwiesenen Uhr, indem sie diese der die Uhr überweisenden Einzelhändlerin verrechnet (Umsatz mit indirektem SAV), und die Einzelhändlerin erzielt einen Umsatz mit der Durchführung von SAV an der überwiesenen Uhr (Umsatz mit SAV durch Rolex), indem sie diese der Konsumentin oder dem Konsumenten weiterverrechnet (Kosten für SAV bei Rolex) und allenfalls zusätzlich einen Betrag für die Entgegennahme der Uhr (Umsatz mit Entgegennahme der Uhr) verrechnet. Damit eine Doppelzählung des Umsatzes mit der Durchführung von SAV an (von Einzelhändlerinnen an die Rolex-Gruppe) überwiesenen Uhren vermieden wird, muss dieser entweder der die Uhr entgegennehmenden Partei (Einzelhändlerin) oder der den SAV an dieser Uhr durchführenden Partei (Rolex-Gruppe) zugerechnet werden.

[111] Der Gesamtumsatz mit SAV in der Schweiz machte im Jahr 2022 einen Anteil von [0-10] % des Unternehmensumsatzes aus.

Es ist sachgerecht, den Umsatz mit der Durchführung von SAV an überwiesenen Rolex- und Tudor-Uhren der durchführenden Partei zuzurechnen, da das Entgegennehmen und Überweisen einer Uhr durch die Einzelhändlerin einer Versanddienstleistung ähnlich sind, die keine SAV-Fachkenntnisse benötigt. Dies zeigt sich daran, dass Einzelhändlerinnen teilweise auch Uhren derjenigen Marke entgegennehmen, für die ihre Verkaufsstelle nicht als Servicezentrum autorisiert ist (vgl. Rz 56 und Rz 132 f.), und zahlreiche als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisierte Verkaufsstellen eigentliche Pick-up Points, also Abholstationen sind. Zur Schätzung der in den nachfolgenden Tabellen dargestellten Marktanteile wurde der Umsatz mit der Durchführung von SAV an überwiesenen Uhren daher der Rolex-Gruppe zugerechnet.

Betroffene Märkte auf nationaler Ebene

144. In Tabelle 8 werden die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie der weiteren autorisierten Einzelhändlerinnen im schweizweiten **Markt für SAV an Rolex-Uhren** (vgl. Rz 64) für das Jahr 2022 ausgewiesen.

Tabelle 1: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Rolex-Uhren, Schweiz, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Rolex-Uhren, Schweiz, 2022[1]**
Rolex-Gruppe	[30-40] %
Bucherer-Gruppe	[40-50]-[40-50] %
kumuliert	**[80-90]-[80-90] %**
Weitere autorisierte Einzelhändlerinnen	[10-20]-[10-20] %

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien sowie der befragten Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 129).

Hinweise:
[1] Die Marktanteilsschätzung wurde sowohl ohne die nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze (vgl. Rz 140) als auch mit den nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze – unter der Annahme, dass diese Umsätze mit SAV an Rolex-Uhren erzielt wurden – durchgeführt und die daraus resultierenden Marktanteile werden teilweise als Spannen angegeben.

145. Tabelle 8 zeigt, dass der schweizweite Markt für SAV an Rolex-Uhren ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist.

146. In Tabelle 9 werden die umsatzbasierten Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie der weiteren autorisierten Einzelhändlerinnen im **Markt für SAV an Tudor-Uhren** (vgl. Rz 64) für das Jahr 2022 ausgewiesen.

Tabelle 9: Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Tudor-Uhren, Schweiz, 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Tudor-Uhren, Schweiz, 2022[1]**
Rolex-Gruppe	[50-60]-[50-60] %
Bucherer-Gruppe	[10-20]-[10-20] %
kumuliert	**[60-70]-[70-80] %**
Weitere autorisierte Einzelhändlerinnen	[20-30]-[30-40] %

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien sowie der befragten Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 129).

Hinweise:
[1] Die Rolex-Gruppe kann nicht alle Umsätze mit SAV eindeutig einer der beiden Marken (Rolex oder Tudor) zuordnen (vgl. Rz 140). Deshalb wurde die Marktanteilsschätzung sowohl ohne die nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze als auch mit den nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze – unter der Annahme, dass diese Umsätze mit SAV an Tudor-Uhren erzielt wurden – durchgeführt und die daraus resultierenden Marktanteile als Spannen angegeben.

147. Tabelle 9 zeigt, dass der schweizweite Markt für SAV an Tudor-Uhren ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist.

148. **Zusammenfassend** kann festgehalten werden, dass auf nationaler Ebene sowohl der Markt für SAV an Rolex-Uhren wie auch der Markt für SAV an Tudor-Uhren ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist.

Betroffene Märkte auf lokaler Ebene

149. Um zu prüfen, ob möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematische lokale Märkte bestehen, wird analog vorgegangen wie beim Einzelhandel mit neuen Uhren (vgl. Rz 119). Nachfolgend werden somit diejenigen lokalen Märkte identifiziert, in welchen beide Zusammenschlussparteien aktiv sind und somit Marktanteilsadditionen entstehen.[112]

150. Die Rolex-Gruppe verfügt über zwei eigene offizielle Servicezentren für Rolex-Uhren in der Schweiz, nämlich am Rolex-Flagshipstore in Genf sowie am Hauptsitz von Rolex in Genf. Offizielle Servicezentren für Tudor-Uhren führt die Rolex-Gruppe in der Schweiz zwar nicht, jedoch können Konsumentinnen und Konsumenten ihre Tudor-Uhren bei den genannten offiziellen Servicezentren für Rolex-Uhren für SAV abgeben (vgl. Rz 55). Die Bucherer-Gruppe verfügt in der Schweiz über 13 bzw. 16 Verkaufsstellen, die als Servicezentrum für Rolex- bzw. Tudor-Uhren autorisiert sind (vgl. Rz 57). Diese Verkaufsstellen befinden sich in den Regionen Basel, Bern, Crans-Montana, Engelberg (Titlis), Interlaken, Genf, Lausanne, Locarno, Lugano, Luzern, St. Gallen, St. Moritz, Zermatt und Zürich. Damit entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig im Raum Genf Marktanteilsadditionen, und zwar unabhängig davon, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird. Die lokalen Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren im Raum Genf werden nachfolgend einer wettbewerbsrechtlichen Analyse unterzogen (vgl. Rz 236 ff.).[113]

B.4.2.1.6 Ersatzteile für Uhren

151. Daten über Marktvolumen und Marktanteile in den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren (vgl. Rz 70) sind nicht verfügbar. Die Rolex-Gruppe erzielte im Jahr 2022 mit Ersatzteilen in der Schweiz einen Umsatz von ca. […] Mio. CHF.[114] Dies entspricht ca. [0-10] % des Gesamtumsatzes der Rolex-Gruppe in der Schweiz.

152. In der Vorabklärung *Service Après-Vente für Uhren* wurde festgehalten, dass die Uhrenherstellerinnen über eine starke Stellung auf den Märkten für (den SAV) sowie die Ersatzteile verfügen und das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausgeschlossen werden könne.[115] Auch die EU-Kommission kam in der Untersuchung *Watch Repair* zum Schluss, dass nicht auszuschliessen sei, dass die Uhrenherstellerinnen in den Sekundärmärkten für Ersatzteile für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen an Prestigeuhren über dominante Marktstellungen verfügen.[116]

153. Dementsprechend und angesichts der Tatsache, dass die Rolex-Gruppe die einzige Anbieterin von Ersatzteilen für Rolex- und Tudor-Uhren ist – als alternative Bezugsquelle besteht gemäss Zusammenschlussparteien nur der Graumarkt (vgl. Rz 217) –, verfügt sie über eine überaus starke Marktposition in den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie über eine marktbeherrschende Stellung in diesen Märkten verfügt.

154. Allerdings stellt einzig die Rolex-Gruppe Ersatzteile für Rolex- und Tudor-Uhren her (vgl. Rz 3 und Rz 5). Die Bucherer-Gruppe ist somit nicht in den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren tätig und es entstehen durch vorliegendes Zusammenschlussverfahren keine Marktanteilsadditionen. Da es in den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren zu keinen Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse kommt, wird auf diese Märkte nachfolgend nicht weiter eingegangen.

B.4.2.2 Analyse der Wettbewerbssituation

155. Nachfolgend wird der aktuelle Wettbewerb auf den betroffenen Märkten untersucht. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betroffene Märkte in der Herstellung von Uhren, im Einzelhandel mit neuen Uhren und in der Erbringung von SAV für Uhren resultieren (vgl. Rz 96 ff., Rz 107 ff. sowie Rz 127 ff.).

B.4.2.2.1 Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe

156. Zunächst ist jedoch auf die Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe einzugehen, mit welchen sie ihre Erklärungen betreffend die Ausrichtung ihrer zukünftigen Vertriebspolitik und die Ausgestaltung ihres SAV in der Meldung (sowie bereits in den Meldungsentwürfen) bekräftigt (vgl. Rz 9). Dies deshalb, weil die Zusagen der Rolex-Gruppe von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind.

157. In ihrem Schreiben datierend auf den 15. Februar 2024 an das Sekretariat, hält die Rolex-Gruppe fest, dass

> *"Nous sommes disposés à confirmer ces déclarations, en prenant les engagements suivants:*
>
> *1. Distribution de montres Rolex et Tudor*
>
> *Depuis des décennies, la distribution des montres Rolex et Tudor est assuré par un réseau de partenaires de distribution sur la base de contrats de distribution sélective. Cette stratégie de distribution a fait ses preuves. Nous n'avons au-*

[112] Vgl. zur Vorgehensweise RPW 2021/4, 872 Rz 90 ff., *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG*.

[113] Auf eine Analyse von lokalen Märkten, in welchen einzig die Bucherer-Gruppe tätig ist und es somit zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, wird verzichtet, da sich die Wettbewerbsverhältnisse in diesen lokalen Märkten durch den Zusammenschluss nicht verändern. Vgl. hierzu RPW 2021/4, 872 Fn 87, *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG*.

[114] Davon sind ca. […] Mio. CHF bzw. ca. […] Mio. CHF Umsatz mit Ersatzteilen für Rolex- bzw. Tudor-Uhren.

[115] Vgl. RPW 2020/4a, 1624 Rz 180, *Service Après-Vente für Uhren*.

[116] Vgl. EU-Komm, COMP/AT.39097 vom 29.7.2014, Rz 99 ff., *Watch Repair.*

cune intention de modifier cette stratégie de distribution à la suite de l'acquisition du groupe Bucherer. La distribution des montres Rolex et Tudor continuera à être assurée par des partenaires de distribution sur la base de contrats de distribution sélective. L'intégration du groupe Bucherer dans le groupe Rolex ne modifiera pas fondamentalement cette politique de distribution.

2. Stratégie multimarque chez Bucherer

La politique de distribution de Rolex repose, à quelques exceptions près, sur des partenaires de distribution qui exploitent des points de vente multimarques. La distribution via des points de vente multimarques correspond à la stratégie de distribution éprouvée de Rolex. Cette dernière n'a aucune intention de modifier la stratégie de Bucherer, essentiellement axée sur les points de vente multimarque. Le concept de distribution suivi avec succès par Bucherer ne devrait pas subir de modification suite à l'intégration du groupe Bucherer dans le groupe Rolex.

3. Réseau Service après-vente

Un des piliers fondamentaux de la mise en œuvre des exigences qualitatives de Rolex est un réseau de centres de Service après-vente qui fonctionne bien. Rolex n'a aucunement l'intention de modifier cette approche du réseau de Service après-vente. En plus du centre de Services de Rolex, les centres de Service après-vente des partenaires de distribution continueront à offrir leurs Services. Il n'y a pas non plus d'intention de fusionner les activités de Service après-vente de Rolex et de Bucherer. Le centre de Services de Bucherer continuera d'être exploité de manière indépendante, d'autant plus qu'il s'agit d'un centre de Service après-vente multimarque et pas seulement Rolex.

4. Accès aux pièces de rechange

Comme pour le maintien du réseau de Service après-vente, l'accès aux pièces de rechange des montres Rolex ne doit pas être modifié. Tous les exploitants de centres de Services agrées pour le Service après-vente ont accès aux pièces de rechange Rolex de la même manière.

Nous nous déclarons prêts à respecter les engagements formulés ci-dessus après l'exécution de la transaction, tant que les conditions économiques générales, l'environnement de marché et les paramètres de gestion d'entreprise ne subissent pas de modifications importantes au sein du groupe Rolex et, en tout cas, pour une période n'excédant pas 5 ans à partir de la réception de l'autorisation de votre Commission."

158. Die Rolex-Gruppe macht somit Zusagen (i) zum Vertrieb von Uhren der Marken Rolex und Tudor, (ii) zur Multibrandstrategie der Bucherer-Gruppe, (iii) zum SAV-Netz und (iv) zum Zugang zu Ersatzteilen. In nachfolgender Analyse der Wettbewerbssituation in den betroffenen Märkten (Herstellung von Uhren, Einzelhandel mit neuen Uhren, Erbringung von SAV für Uhren) werden diese Zusagen an entsprechender Stelle berücksichtigt (vgl. Rz 191 ff., Rz 204 f., Rz 220 f., Rz 252 und Rz 267 f.).

B.4.2.2.2 Herstellung von Uhren

159. Wie oben aufgezeigt, sind in der Herstellung von Uhren folgende Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen (vgl. Rz 96 ff.): Oberes Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für die Herstellung von Uhren, oberes Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren und oberes Preissegment (Luxussegment; VP ≥ CHF 1'000) des Marktes für die Herstellung von Uhren, jeweils bei einer weltweiten und bei einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung.

160. Ausgehend von einer weiten, d.h. einer alle Uhren umfassenden, sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 34) erreichen die Rolex-Gruppe ([30-40] %) und die Bucherer-Gruppe ([0-10] %) nach dem Zusammenschluss im **oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des** weltweiten **Marktes für die Herstellung von Uhren** einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [30-40] % (vgl. Tabelle 2, Spalte 4). Im oberen Preissegment des schweizweiten Marktes für die Herstellung von Uhren weist die Rolex-Gruppe mit [20-30] % einen tieferen umsatzbasierten Marktanteil auf. Dies ergibt einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [20-30] % (Bucherer-Gruppe mit [0-10] %; vgl. Tabelle 2, Spalte 5).

161. Geht man von einer engen, d.h. einer nur mechanische Swiss made Uhren umfassenden, sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 34) aus, verändern sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich. Allerdings weisen die Zusammenschlussparteien [...] Marktanteile auf. So verfügen diese nach dem Zusammenschluss im **oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren** weltweit über einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [30-40] % (Rolex-Gruppe mit [30-40] %, Bucherer-Gruppe mit [0-10] %; vgl. Tabelle 3, Spalte 4). Im oberen Preissegment des schweizweiten Marktes verfügt die Rolex-Gruppe über einen umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] %. Damit resultiert ein kumulierter umsatzbasierter Marktanteil der Zusammenschlussparteien von [20-30] % (Bucherer-Gruppe mit [0-10] %; vgl. Tabelle 3, Spalte 5). Im oberen Preissegment des schweizweiten Marktes weist die Rolex-Gruppe bzw. weisen die Zusammenschlussparteien zusammen somit einen tieferen umsatzbasierten Marktanteil auf als im weltweiten Markt.

162. Wird die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung des Marktes für die Herstellung von Uhren betrachtet (vgl. Rz 35), beträgt der umsatzbasierte Marktanteil der Rolex-Gruppe im **Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000) des** weltweiten **Marktes für die Herstellung von Uhren** [30-40] %. Die Rolex-Gruppe ist damit mit klarem Abstand Marktführerin (vgl. dazu Rz 165). Die Bucherer-Gruppe verfügt über einen weltweiten umsatzbasierten Marktanteil von [0-10] %. Die Zusammenschlussparteien weisen somit nach dem Zusammenschluss einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [30-40] % aus (vgl. Tabelle 4, Spalte 2). Im Luxussegment des schweizweiten Mark-

tes für die Herstellung von Uhren weist die Rolex-Gruppe einen tieferen umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] % aus und ist damit mit kleinem Abstand führend (vgl. dazu Rz 165). Die Zusammenschlussparteien erreichen damit schweizweit einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] % (Bucherer-Gruppe mit [0-10] %; vgl. Tabelle 4, Spalte 3).

163. Somit führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im oberen Preissegment, unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend) und der räumlichen Marktabgrenzung (weltweit oder schweizweit), nur zu […] umsatzbasierten Marktanteilsadditionen in der Höhe von unter [0-10] %. Die Bucherer-Gruppe produziert nur in sehr geringem Umfang Uhren unter der eigenen Marke und die Uhrenproduktion stellt für die Gruppe eine Nebentätigkeit dar (vgl. Rz 29).

164. Die Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien vereinen im Jahr 2022 insgesamt einen umsatzbasierten Marktanteil von [60-70] % bzw. [70-80] % im oberen Preissegment des weltweiten bzw. schweizweiten Marktes für die Herstellung von Uhren auf sich (vgl. Tabelle 2, Spalte 4 und 5). Im oberen Preissegment des Marktes für die Herstellung von mechanischen Swiss made Uhren weisen die Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien insgesamt einen umsatzbasierten Marktanteil weltweit von [60-70] % und schweizweit von [70-80] % auf (vgl. Tabelle 3, Spalte 4 und 5). Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen für diese sachlichen Marktabgrenzungen nicht möglich (vgl. jedoch nachfolgend Rz 165).

165. Im Luxussegment des weltweiten bzw. schweizweiten Marktes für die Herstellung von Uhren vereinen die Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien insgesamt einen umsatzbasierten Marktanteil von [60-70] % bzw. [70-80] % auf sich (vgl. Tabelle 4). Die wichtigsten Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien sind grössere Unternehmensgruppen, die mehrere Luxusuhrenmarken im Portfolio haben und diese weltweit vertreiben, nämlich die Richemont-Gruppe, die Swatch Group sowie die Louis Vuitton Moët Hennessy-Gruppe (nachfolgend: LVMH-Gruppe; vgl. Tabelle 4). Die Richemont-Gruppe, die bspw. Marken wie Cartier, Piaget, Jaeger-LeCoultre, Panerai oder IWC führt, verfügt im Jahr 2022 weltweit bzw. schweizweit über einen umsatzbasierten Marktanteil von [10-20] % bzw. [20-30] % und folgt damit den Zusammenschlussparteien an zweiter Stelle. Es folgt die Swatch Group, welche z.B. die Marken Brequet, Blancpain, Glashütte Original, Omega, Rado oder Longines anbietet, mit einem weltweiten bzw. schweizweiten umsatzbasierten Marktanteil von [10-20] % bzw. [10-20] %. Die LVMH-Gruppe mit Marken wie TAG Heuer, Hublot, Zénith und Dior weist einen weltweiten bzw. schweizweiten umsatzbasierten Marktanteil von [0-10] % bzw. [0-10] % auf. Zu den Konkurrentinnen gehören auch die in Aktienbesitz von Familien befindlichen mittleren Uhrenherstellerinnen Patek Philippe und Audemars Piguet. Diese verfügen über einen umsatzbasierten Marktanteil von [0-10] % bzw. [0-10] % im Luxussegment des weltweiten und von [0-10] % bzw. [0-10] % im Luxussegment des schweizweiten Marktes für die Herstellung von Uhren. Die restlichen Konkurrentinnen vereinen weltweit bzw. schweizweit einen umsatzbasierten Marktanteil von [10-20] % bzw. [20-30] % auf sich (vgl. Tabelle 4). Dazu gehören erstens weitere mittlere Schweizer Uhrenherstellerinnen (bspw. Richard Mille, Breitling, Chopard, Victorinox, Oris oder Maurice Lacroix), kleinere Schweizer Uhrenherstellerinnen (bspw. Norqain oder Biver) oder Schweizer Nischenherstellerinnen. Insgesamt gibt es gemäss Zusammenschlussparteien ungefähr 300 kleinere Schweizer Uhrenmarken.[117] Zweitens gehören dazu ausländische Uhrenherstellerinnen (bspw. Seiko oder Löbner), die insgesamt ungefähr einen Marktanteil von [0-10] %[118] auf sich vereinen.[119]

166. Entsprechend den obigen Ausführungen kann zusammenfassend betreffend den aktuellen Wettbewerb im oberen Preissegment des Herstellungsmarktes Folgendes festgehalten werden. Die Zusammenschlussparteien weisen nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil zwischen [20-30] % und [30-40] % auf, je nach sachlicher Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend) und räumlicher Marktabgrenzung (weltweit oder schweizweit; vgl. Tabellen 2, 3 und 4). In jedem Fall ist jedoch aktuelle Konkurrenz in Form zahlreicher unterschiedlicher Konkurrentinnen in ausreichendem Masse vorhanden. Angesichts der beschriebenen Marktanteilsverteilung sind die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss einem spürbaren Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Insbesondere werden die grossen Unternehmensgruppen die Zusammenschlussparteien auch zukünftig zu disziplinieren vermögen. Auch die mittleren und kleineren Uhrenherstellerinnen werden einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben können. Zudem entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig marginale Marktanteilsadditionen in der Höhe von unter [0-10] %. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

[117] Gemäss Morgan Stanley gibt es ungefähr 350 Schweizer Uhrenmarken, wobei die Uhrenmarken der genannten grösseren Unternehmensgruppen und mittleren Uhrenherstellerinnen zu den wichtigsten 50 Schweizer Uhrenmarken gehören. Vgl. Morgan Stanley Research, Swiss Watches, Bericht "Sixth Annual Swiss Watcher" vom 28.3.2023, S. 8 und 17, Bericht "The Magnificent Seven" vom 7.3.2022, S. 7 und 18, Bericht "King Rolex" vom 8.3.2021, S. 4 und 8.

[118] Vgl. dazu <https://www.swissinfo.ch/eng/business/swiss-watch making-where-things-stand/45896950> (3.5.2024).

[119] Bei Betrachtung volumenbasierter Marktanteile, verändert sich das Bild der Konkurrenzsituation im Luxussegment des Marktes für die Herstellung von Uhren. Klar führend ist hierbei die Swatch Group, die weltweit bzw. schweizweit einen volumenbasierten Marktanteil von [30-40] % bzw. [40-50] % aufweist. Weltweit folgt an dritter Stelle nach den Zusammenschlussparteien (mit [20-30] %) die Richemont-Gruppe mit einem volumenbasierten Marktanteil von [10-20] %. Schweizweit ist die Richemont-Gruppe mit einem volumenbasierten Marktanteil von [10-20] % hingegen an zweiter Stelle vor den Zusammenschlussparteien (mit [10-20] %). Die LVMH-Gruppe verfügt weltweit bzw. schweizweit über einen volumenbasierten Marktanteil von [0-10] % bzw. [0-10] %. An fünfter und sechster Stelle folgen, anders als bei umsatzbasierten Marktanteilen, die Kering-Gruppe (mit den Marken Gucci und Ulysse Nardin) sowie Breitling, welche weltweit über einen volumenbasierten Marktanteil von [0-10] % bzw. [0-10] % und schweizweit über einen solchen von […] [0-10] % verfügen. Die restlichen Konkurrentinnen vereinen insgesamt einen volumenbasierten Marktanteil weltweit von [0-10] % und schweizweit von [0-10] %.

B.4.2.2.3 Einzelhandel mit neuen Uhren

167. Nachfolgend wird erstens der aktuelle Wettbewerb auf den betroffenen Märkten im Einzelhandel mit Uhren auf nationaler Ebene analysiert (vgl. Rz 168 ff.). Zweitens wird der aktuelle Wettbewerb auf den als möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematisch identifizierten Märkten auf lokaler Ebene untersucht (vgl. Rz 175 ff.).

Nationale Ebene

168. Wie oben aufgezeigt, sind im Einzelhandel mit Uhren folgende Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auf *nationaler Ebene* betroffen (vgl. Rz 107 ff.): Oberes Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren, oberes Preissegment (VP > CHF 3'000) des Marktes für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren und oberes Preissegment (Luxussegment; VP ≥ CHF 1'000) des Marktes für den Einzelhandel mit Uhren.

169. Ausgehend von einer weiten, d.h. einer alle Uhren umfassenden, sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 41) verfügt die Bucherer-Gruppe im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten **Marktes für den Einzelhandel mit Uhren** über einen umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] %. Der umsatzbasierte Marktanteil der Rolex-Gruppe beträgt [0-10] %. Damit weisen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] % auf (vgl. Tabelle 5)

170. Geht man von einer engen, d.h. einer nur mechanische Swiss made Uhren umfassenden sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 41) aus, verändern sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich. Jedoch weisen die Zusammenschlussparteien […] Marktanteile auf. So verfügen diese nach dem Zusammenschluss im oberen Preissegment (VP > CHF 3'000) des schweizweiten **Marktes für den Einzelhandel mit mechanischen Swiss made Uhren** über einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [20-30] % (Bucherer-Gruppe mit [20-30] %, Rolex-Gruppe mit [0-10] %; vgl. Tabelle 6).

171. Wird die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene preisliche Segmentierung des Marktes für die Herstellung von Uhren (vgl. Rz 42) betrachtet, beträgt der umsatzbasierte Marktanteil der Bucherer-Gruppe im Luxussegment (VP ≥ CHF 1'000) des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren [10-20] %. Die Rolex-Gruppe verfügt über einen umsatzbasierten Marktanteil von [0-10] %. Die Zusammenschlussparteien weisen somit nach dem Zusammenschluss einen kumulierten umsatzbasierten Marktanteil von [10-20] % auf (vgl. Tabelle 7).

172. Damit führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im oberen Preissegment des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren, unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend), nur zu marginalen Marktanteilsadditionen in der Höhe von unter [0-10] %. Die Rolex-Gruppe ist nur in geringem Ausmass selbst im Einzelhandel tätig und verfügt in der Schweiz nur über eine Verkaufsstelle, in welcher einzig Rolex-Uhren verkauft werden (vgl. Rz 37).

173. Die Konkurrentinnen der Zusammenschlussparteien vereinen im Jahr 2022 insgesamt einen umsatzbasierten Marktanteil von [70-80] % bis [80-90] % im oberen Preissegment des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Uhren auf sich, je nach sachlicher Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend; vgl. Tabellen 5, 6 und 7). Bei den Wettberbern der Zusammenschlussparteien handelt es sich grösstenteils um Einzelhändlerinnen. Gemäss der Bucherer-Gruppe sind ihre grössten Konkurrentinnen Embassy/Kirchhofer, Gübelin, Les Ambassadeurs und Beyer. Die Angabe von Marktanteilen einzelner Konkurrentinnen ist basierend auf den Datenquellen nicht möglich. Die Zusammenschlussparteien schätzen jedoch, dass Embassy/Kirchhofer in der Schweiz einen Marktanteil von ungefähr [10-20] %, Gübelin einen solchen von ungefähr [0-10]-[10-20] % und Les Ambassadeurs sowie Beyer […] einen solchen von ungefähr [0-10]-[0-10] % aufweisen.[120] Die restlichen Marktanteile teilen sich vor allem mittlere und kleinere Einzelhändlerinnen sowie vereinzelt auch Uhrenherstellerinnen mit Direktvertrieb.

174. Zusammenfassend ist betreffend den aktuellen Wettbewerb im oberen Preissegment des schweizweiten Einzelhandelsmarktes festzuhalten, dass die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil zwischen [10-20] % und [20-30] % aufweisen, je nach sachlicher Marktabgrenzung (preisliche Segmentierung, alle Uhren oder nur mechanische Swiss made Uhren umfassend). Angesichts der beschriebenen Marktanteilsverteilung sind die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss einem wesentlichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt und ist in jedem Fall genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Zudem entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig marginale Marktanteilsadditionen in der Höhe von maximal [0-10] %. Aus den dargelegten Gründen bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

Lokale Ebene

175. Auf lokaler Ebene entsteht durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig im Raum Genf eine Marktanteilsaddition, und zwar unabhängig davon, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird (vgl. Rz 119 f.). Die Rolex-Gruppe führt in der Schweiz nur eine Verkaufsstelle, nämlich den Rolex-Flagshipstore in Genf, in welchem nur Rolex-Uhren verkauft werden. Im lokalen Markt Genf verfügt die Bucherer-Gruppe über drei Verkaufsstellen, davon eine Verkaufsstelle mit Multibrandansatz und zwei Verkaufsstellen mit Monobrandansatz, die ausschliesslich Uhren einer Marke (Rolex bzw. Girard-Perregaux) verkaufen. Aus den folgenden Gründen ist im lokalen Markt Genf jedoch mit keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu rechnen.

[120] Die Schätzungen wurden von den Zusammenschlussparteien basierend auf der Anzahl Verkaufspunkte sowie des Markenportfolios der Konkurrentinnen vorgenommen.

176. In Genf sind neben der Bucherer-Gruppe und der Rolex-Gruppe sieben Konkurrentinnen mit je einer Verkaufsstelle mit Multibrandansatz vertreten. Darunter befinden sich zwei Einzelhändlerinnen, die von den Zusammenschlussparteien als schweizweit grösste Konkurrentinnen bezeichnet werden, nämlich Gübelin und Les Ambassadeurs (vgl. dazu Rz 173), und die Swatch Group, welche unter der Vertriebsmarke Hour Passion[121] u.a. in Genf eine Verkaufsstelle führt, in welcher die Marken der Gruppe vertrieben werden. Zudem sind in Genf 33 weitere Verkaufsstellen mit Monobrandansatz zu finden, die jeweils nur Uhren einer Marke vertreiben, darunter Marken der Swatch Group (Blancpain, Breguet, Longines, Omega), der Richemont-Gruppe (Cartier, IWC, Jaeger-LeCoultre, A. Lange & Söhne, Mont Blanc, Panerai, Piaget, Vacheron Constantin, Van Cleef & Arpels), Audemars Piguet, Breitling, Chopard, Patek Philippe und weitere. Diese Verkaufsstellen werden entweder von Einzelhändlerinnen oder den Uhrenherstellerinnen selbst betrieben.[122] Deshalb ist davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwar zu einer Konzentrationszunahme im lokalen Markt Genf führt, jedoch angesichts der Vielzahl an in diesem Markt tätigen Akteuren genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist, so dass die Zusammenschlussparteien auch nach dem Zusammenschluss einem spürbaren Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Des Weiteren ist der nationale Wettbewerb auch in der Analyse der lokalen Marktverhältnisse mit zu berücksichtigen (vgl. Rz 76 ff.). Die Analyse der nationalen Ebene zeigt, dass aktuelle Konkurrenz in genügendem Masse vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren, und das Zusammenschlussvorhaben somit zu keinen Anhaltspunkten für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im oberen Preissegment des Einzelhandelsmarktes auf nationaler Ebene führt (vgl. Rz 168 ff.).

177. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die durchgeführte Marktbefragung (vgl. Rz 8) zeigte, dass die befragten 26 Einzelhändlerinnen mehrheitlich davon ausgehen, dass sich im Einzelhandel mit neuen Uhren nach dem Zusammenschluss nichts ändern wird. Auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen werden von den 26 Einzelhändlerinnen mehrheitlich neutral oder positiv eingeschätzt (vgl. Rz 194 f.).

B.4.2.2.4 Vertikaler Zusammenschluss bezüglich Herstellung von Uhren und Einzelhandel mit Uhren

178. An einem vertikalen Zusammenschluss[123] sind Unternehmen beteiligt, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich die Herstellerin eines bestimmten Produkts mit einer Vertriebshändlerin ihres Produkts zusammenschliesst. Vertikale Zusammenschlüsse können zwar zu Effizienzvorteilen führen, aber auch wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken, da sie ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern auf vor- oder nachgelagerten Märkten (sog. Foreclosure) aufweisen. Dabei wird zwischen der Abschottung von Einsatzmitteln (sog. Input Foreclosure) und der Abschottung von Kundinnen (sog. Customer Foreclosure) unterschieden. Ein Input Foreclosure liegt vor, wenn der Zusammenschluss bewirkt, dass die Kosten der Wettbewerber im nachgelagerten Markt erhöht werden, indem ihr Zugang zu wichtigen Einsatzmitteln (Input) beschränkt wird. Ein Customer Foreclosure liegt vor, wenn der Zusammenschluss geeignet ist, die Wettbewerber im vorgelagerten Markt durch die Beschränkung des Zugangs zu einem ausreichenden Kundenstamm abzuschotten. Derartige wettbewerbsverzerrende Effekte von vertikalen Zusammenschlüssen treten primär dann auf, wenn die Zusammenschlussparteien über ein deutliches Mass an Marktmacht[124] (die nicht gleichbedeutend mit Marktbeherrschung sein muss) in wenigstens einem der relevanten Märkte verfügen.[125]

179. Vorliegend übernimmt die Rolex-Gruppe als Uhrenherstellerin die Bucherer-Gruppe, die vorwiegend im Einzelhandel mit Uhren tätig ist. Die Rolex-Gruppe wird somit nach dem Zusammenschluss sowohl auf der Herstellerstufe wie auch auf der Einzelhandelsstufe tätig sein, womit eine sog. vorwärtsgerichtete vertikale Integration[126] stattfindet. Der hier zu beurteilende Zusammenschluss ist damit ein vertikaler Zusammenschluss bezüglich der Herstellung von Uhren und des Einzelhandels mit Uhren.

180. Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob der vorliegende Zusammenschluss im vorgelagerten Markt, dem Markt für die Herstellung von Uhren, und im nachgelagerten Markt, dem Markt für den Einzelhandel mit Uhren, zu wettbewerbsverzerrenden Effekten führt. Dazu wird untersucht, ob der Zusammenschluss zu einer Abschottung von Einsatzmitteln (vgl. Rz 181 ff.) und/oder einer Abschottung von Kundinnen (vgl. Rz 197 ff.) führen kann.

---

[121] Vgl. <https://www.swatchgroup.com/de/gesellschaften-und-marken/distribution/hour-passion> (3.5.2024).

[122] Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nur Verkaufsstellen berücksichtigt wurden, die mindestens eine relevanten Luxusmarke (d.h. Uhrenmarke mit VP > CHF 1'000) im Sortiment haben.

[123] Für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Zusammenschlüssen siehe RPW 2019/1, 173 Rz 55 ff., Worldline S.A./Six Payment Services Group; 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.

[124] In der Regel werden vertikale Zusammenschlüsse auf wettbewerbsverzerrende Wirkungen hin geprüft, wenn betroffene Märkte vorliegen. Vgl. RPW 2007/4, 568 Rz 59, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*. Die EU-Kommission untersucht Zusammenschlussvorhaben, bei welchen die Zusammenschlussparteien in jedem der relevanten Märkte Marktanteile unter 30 % aufweisen, nur dann eingehend, wenn besondere Umstände vorliegen. Vgl. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 25 f.

[125] Vgl. RPW 2019/1, 173 Rz 55 ff., *Worldline S.A./Six Payment Services Group*; RPW 2007/4, 566 f. Rz 48 und Rz 55 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 4, Rz 18 und Rz 23.

[126] Vgl. RPW 2007/4, 566 Rz 48, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

Abschottung von Einsatzmitteln

181. Eine Abschottung von Einsatzmitteln wird angenommen, wenn die marktmächtigen Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss in der Lage sind, durch eine Verhaltensweise den Zugang zu einem Input für ihre aktuellen und potentiellen Konkurrentinnen auf dem nachgelagerten Markt zu erschweren, wodurch diese Nachteile im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt erleiden. Dies kann bspw. dadurch erfolgen, dass der Zugang zum Input ganz verweigert oder die Preise für den Input erhöht werden.[127]

182. Bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Einsatzmitteln ist zu untersuchen, ob die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit hätten, den Zugang zu den Einsatzmitteln abzuschotten, zweitens, ob sie den Anreiz dazu hätten, und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb im nachgelagerten Markt hätte. In der Praxis werden diese Faktoren häufig gemeinsam untersucht, da sie eng miteinander verflochten sind.[128]

183. Gemäss Zusammenschlussparteien fehle es der Rolex-Gruppe bzw. den Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss nicht nur aufgrund der Marktstellung im vorgelagerten Markt (Herstellungsmarkt) an der Fähigkeit, die Konkurrentinnen der Bucherer-Gruppe im nachgelagerten Markt (Einzelhandelsmarkt) zu behindern, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass Rolex- und Tudor-Uhren für im Verkauf von Uhren tätige Einzelhändlerinnen verzichtbar seien. Rolex-Uhren (und in geringerem Ausmass auch Tudor-Uhren) würden zwar über einen erhöhten Bekanntheitsgrad verfügen, die Möglichkeit des Verkaufs von Rolex- und/oder Tudor-Uhren stelle sich aber nicht als derart wichtig dar, dass Einzelhändlerinnen nicht darauf verzichten könnten. So gebe es Einzelhändlerinnen, die keine Rolex- und/oder Tudor-Uhren im Sortiment hätten und dennoch sehr erfolgreich seien. Bei einem Wegfall der Lieferungen durch die Rolex-Gruppe bestehe damit die valable Möglichkeit, relativ rasch das Sortiment auf andere prestigeprächtige Uhrenmarken umzustellen.

184. Wie bereits ausgeführt, gibt die Abschottung von Einsatzmitteln dann Anlass zu Bedenken, wenn die Zusammenschlussparteien im vorgelagerten Markt über ein deutliches Mass an Marktmacht verfügen (vgl. Rz 178). Betreffend die Marktstellung der Zusammenschlussparteien im vorgelagerten Markt, dem Markt für die Herstellung von Uhren, wird auf die Ausführungen in Rz 118 sowie Rz 159 ff. verwiesen. Dort wird namentlich aufgezeigt, dass das obere Preissegment dieses Marktes, unabhängig von der sachlichen und der räumlichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist. Die Zusammenschlussparteien weisen nach dem Zusammenschluss je nach sachlicher und räumlicher Marktabgrenzung einen kumulierten Marktanteil zwischen [20-30] % und [30-40] % auf. In jedem Fall ist jedoch aktuelle Konkurrenz in ausreichendem Masse vorhanden.

185. Damit eine Abschottung von Einsatzmittel wettbewerbsproblematisch sein kann, ist zentrale Voraussetzung, dass diese ein wichtiges Einsatzmittel für die nachgelagerte Produktion oder Dienstleistung darstellt.[129] Der diesbezüglichen Aussage der Zusammenschlussparteien, wonach Rolex- und Tudor-Uhren für im Verkauf von Uhren tätige Einzelhändlerinnen verzichtbar seien, ist, auf jeden Fall in Bezug auf Rolex-Uhren, nicht zuzustimmen. Die Marktbefragung (vgl. Rz 8 und Rz 129 f.) zeigt nämlich erstens, dass die zum Verkauf von Rolex-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen einen bedeutenden Umsatzanteil mit dem Verkauf von Rolex-Uhren erzielen, und zweitens, dass die 15 zum Verkauf von Rolex-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen die Konsequenzen eines Wegfalls der Belieferung mit Rolex-Uhren als schwerwiegend einschätzen (vgl. Rz 186 f.). In Bezug auf Tudor-Uhren zeigt die Marktbefragung ein weniger klares Bild (vgl. Rz 188 f.). Eine abschliessende Beantwortung der Frage, wie wichtig Tudor-Uhren für im Verkauf von Uhren tätige Einzelhändlerinnen sind, muss vorliegend nicht vorgenommen werden (vgl. Rz 191 ff.).

186. So macht der Anteil des Umsatzes mit dem Verkauf von Rolex-Uhren der 15 autorisierten Einzelhändlerinnen im Jahr 2022 zwischen [30-40] % und [90-100] % des Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren (aller Marken) sowie zwischen [30-40] % und [80-90] % des Unternehmensumsatzes aus. Elf der autorisierten Einzelhändlerinnen erzielten über 50 % ihres Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren mit Rolex-Uhren, sieben Einzelhändlerinnen über 70 % und fünf Einzelhändlerinnen sogar über 80 %. Der Anteil des Umsatzes mit dem Verkauf von Rolex-Uhren am Unternehmensumsatz lag bei neun Einzelhändlerinnen über 50 %, bei sechs Einzelhändlerinnen über 60 % und bei einer Einzelhändlerin über 80 %. Auch die Bucherer-Gruppe erzielt mit dem Verkauf von Rolex-Uhren einen […] Umsatzanteil. Dieser betrug im Jahr 2022 [70-80] % des Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren und [60-70] % des Unternehmensumsatzes.

187. Als Konsequenzen eines Wegfalls der Belieferung mit Rolex-Uhren nennen die Einzelhändlerinnen neben erheblichen Umsatzeinbussen (3 Nennungen) die Schliessung ihres Geschäfts oder einer Filiale bzw. die Verkleinerung ihres Betriebs (5 Nennungen), Entlassungen von Mitarbeitern (3 Nennungen) und Umstrukturierungen des Geschäfts (2 Nennungen). Zudem stufen 14 der 15 Einzelhändlerinnen – entsprechend den obigen Umsatzangaben mit dem Verkauf von Rolex-Uhren – eine Kompensation des durch einen Wegfall der Belieferung mit Rolex-Uhren entstehenden Umsatzverlustes als sehr schwierig ein.[130] Begründet wird dies einerseits mit der Höhe des Verkaufsumsatzes mit Rolex-Uhren (6

[127] Vgl. RPW 2007/4, 567 Rz 56, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 31 und Rz 33.

[128] Vgl. RPW 2014/4, 755 Rz 42, *KKR &Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 32.

[129] Vgl. RPW 2019/1, 173 Rz 60, *Worldline S.A./Six Payment Services Group*; RPW 2007/4, 582 Rz 187, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 34.

[130] Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: sehr schwierig, schwierig, neutral, leicht und sehr leicht.

Nennungen), so wird Rolex bspw. als umsatzstärkste Uhrenmarke oder grösster Umsatzträger bezeichnet. Andererseits sei Rolex durch keine andere Uhrenmarke zu ersetzen (5 Nennungen). Auch die hohe Nachfrage nach Rolex-Uhren wird genannt (3 Nennungen). Eine Einzelhändlerin stuft eine Kompensation des Umsatzverlustes durch den Wegfall der Belieferung mit Rolex-Uhren als neutral ein, begründet dies jedoch nicht. Auf die Frage, wie die Möglichkeit, auf andere Uhrenmarken auszuweichen, beurteilt werde, halten sechs Einzelhändlerinnen fest, dass andere Uhrenmarken keinen gleichwertigen Ersatz seien bzw. es keine mit Rolex vergleichbare Uhrenmarke gebe. Drei Einzelhändlerinnen führen aus, dass andere (grosse) Uhrenmarken bereits ein bestehendes Vertriebsnetz installiert hätten, bspw. mit eigenen Boutiquen, oder Verkaufspunkte abbauen würden, weshalb es unmöglich sei, neue Markenvertretungen zu finden. Eine Einzelhändlerin nennt zudem die Schwierigkeit, dass nicht alle Uhrenmarken bei der gleichen Einzelhändlerin vertreten sein möchten. Drei Einzelhändlerinnen führen an, dass es Möglichkeiten gebe, zwei davon präzisieren jedoch, dass diese nicht mit Rolex vergleichbar seien. Zwei Einzelhändlerinnen geben an, dass ihre Verkaufsfläche für mehr Marken zu klein sei bzw. sie schon alle wichtigen Marken vertreten würde.

188. Der Anteil des Umsatzes mit dem Verkauf von Tudor-Uhren der 23 zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen betrug im Jahr 2022 zwischen [0-10] % und [60-70] % des Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren (aller Marken) sowie zwischen [0-10] % und [10-20] % des Unternehmensumsatzes. 17 der autorisierten Einzelhändlerinnen erzielten unter 10 %, 13 davon unter 5 %, ihres Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren mit Tudor-Uhren, zwei Einzelhändlerinnen über 20 %. Der Anteil des Umsatzes mit dem Verkauf von Tudor-Uhren am Unternehmensumsatz lag bei 15 Einzelhändlerinnen unter 5 % und bei 21 Einzelhändlerinnen unter 15 %. Die Bucherer-Gruppe erzielte mit dem Verkauf von Tudor-Uhren […] einen […] Umsatzanteil. Dieser betrug im Jahr 2022 jeweils [0-10] % des Gesamtumsatzes mit dem Verkauf neuer Uhren und des Unternehmensumsatzes.

189. Die elf Einzelhändlerinnen, die nur zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisiert sind,[131] schätzen die Konsequenzen eines Wegfalls der Belieferung mit Tudor-Uhren unterschiedlich ein. Als Konsequenzen eines Wegfalls der Belieferung mit Tudor-Uhren nennen die Einzelhändlerinnen einerseits einen grossen Umsatzverlust (3 Nennungen), eine Standortschliessung (1 Nennung), den Verlust der zweitwichtigsten Marke (1 Nennung), eines wichtigen Werbeträgers (1 Nennung) und anderer Markenvertretungen als Folge (1 Nennung) sowie ein weniger attraktives Markenportfolio, was Voraussetzung sei, um weitere Marken im Sortiment aufzunehmen/zu behalten (1 Nennung). Genannt werden andererseits auch geringe Umsatzeinbusse (3 Nennungen) und minimale Folgen (1 Nennung). Vier der elf Einzelhändlerinnen schätzen eine Kompensation des durch einen Wegfall der Belieferung mit Tudor-Uhren entstehenden Umsatzverlustes als sehr schwierig ein.[132] Zwei Einzelhändlerinnen stufen eine Kompensation als schwierig ein. Begründet wird dies damit, dass die Marke Tudor nicht ersetzt werden könne (1 Nennung). Zudem würden häufig Monobrandboutiquen eröffnet (1 Nennung) und sei es schwierig, lukrative Marken als Ersatz zu finden bzw. neue Konzessionen zu erhalten (3 Nennungen). Auch seien Tudor-Uhren wichtige Werbeträger, deren Verlust die Besucherfrequenz reduzieren würde (1 Nennung). Drei bzw. zwei Einzelhändlerinnen schätzen eine Kompensation des Umsatzverlustes, der durch einen Wegfall der Belieferung mit Tudor-Uhren entstehen würde, als neutral bzw. leicht ein. Sie begründen dies mit dem marginalen Umsatzanteil.

190. Gemäss den Zusammenschlussparteien hätten sie nicht den Anreiz, eine Abschottungsstrategie umzusetzen, indem sie autorisierte Einzelhändlerinnen nicht mehr mit Rolex- und/oder Tudor-Uhren beliefern würden, da eine solche Strategie nicht gewinnbringend sei. Bei der zu integrierenden Bucherer-Gruppe entfalle zwar nach dem Zusammenschluss grundsätzlich die Händlermarge, was für die Rolex-Gruppe mehr Gewinn bedeute. Eine Umstellung der Distribution ausschliesslich über die Verkaufsstellen der Bucherer-Gruppe wäre für die Rolex-Gruppe wirtschaftlich trotzdem nicht möglich. So verfüge die Bucherer-Gruppe an verschiedenen Standorten in der Schweiz über Verkaufsflächen, die infolge des von ihr verfolgten Multibrandansatzes relativ gross seien. Statt den Vertrieb in der Schweiz auf bestimmte Standorte mit grösseren Verkaufsflächen zu konzentrieren sei es für die Rolex-Gruppe wirtschaftlich sinnvoller, ihr bereits bestehendes Vertriebsnetz mit genügender Anzahl an Einzelhändlerinnen, verteilt über die gesamte Schweiz, aufrechtzuerhalten. Das Interesse an der Aufrechterhaltung eines gut ausgebauten und weit verzweigten Vertriebsnetzes bedinge auch, dass die Rolex-Gruppe die Einzelhändlerinnen bezogen auf die Lieferbedingungen diskriminierungsfrei behandle.

191. Das Interesse der Rolex-Gruppe an der Aufrechterhaltung ihres bestehenden Vertriebsnetzes zeigt sich auch in ihrer folgenden Aussage: Die Rolex-Gruppe habe keine Pläne, ihre Distributionsstrategie, wonach Rolex- und Tudor-Uhren im Rahmen eines selektiven Vertriebs (vgl. Rz 37) über ausgewählte unabhängige Einzelhändlerinnen vertrieben werden, nach Vollzug des Zusammenschlusses zu ändern. Konkret bedeute dies, dass die Rolex-Gruppe ihre Lieferungen an die hier in der Schweiz ansässigen, nicht zur Bucherer-Gruppe gehörenden Einzelhändlerinnen nicht erschweren oder einstellen werde.

192. Diese Aussage bekräftigt die Rolex-Gruppe auch mit Schreiben vom 15. Februar 2024 und macht darin die folgende Zusage (Übersetzung des Sekretariats; vgl. Rz 9 und Rz 156 ff.):

[131] 15 von den insgesamt 26 befragten Einzelhändlerinnen sind zum Verkauf von sowohl Rolex-Uhren als auch Tudor-Uhren autorisiert. Diese beantworteten die Fragen betreffend die Konsequenzen eines Wegfalls der Belieferung und einer Kompensation des dadurch entstehenden Umsatzverlusts aus Sicht einer Rolex-Einzelhändlerin und haben ihre Antworten trotz Bitte um Differenzierung nicht für Tudor-Uhren spezifiziert. Deshalb wird an dieser Stelle auf die Antworten der elf Einzelhändlerinnen eingegangen, die nur zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisiert sind.

[132] Vgl. Fn 130.

Der Vertrieb von Rolex- und Tudor-Uhren erfolgt seit Jahrzehnten über ein Netz von Vertriebspartnern auf der Grundlage von selektiven Vertriebsverträgen. Diese Vertriebsstrategie hat sich bewährt. Wir haben nicht die Absicht, diese Vertriebsstrategie infolge der Übernahme der Bucherer-Gruppe zu ändern. Der Vertrieb von Rolex- und Tudor-Uhren wird weiterhin durch Vertriebspartner auf der Grundlage von selektiven Vertriebsverträgen erfolgen. Die Integration der Bucherer-Gruppe in die Rolex-Gruppe wird diese Vertriebspolitik nicht grundlegend ändern.

193. Die Rolex-Gruppe erklärt, die obige Verpflichtung in jedem Fall fünf Jahre ab Erhalt der Genehmigung durch die WEKO und danach, solange sich die allgemeinen wirtschaftlichen Bedingungen, das Marktumfeld und die betriebswirtschaftlichen Parameter innerhalb der Rolex-Gruppe nicht wesentlich ändern, einzuhalten (vgl. Rz 156 ff.).

194. Auch die befragten 26 Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 8 und Rz 129 f.) gehen mehrheitlich davon aus, dass sich im Einzelhandel mit neuen Uhren nach dem Zusammenschluss nichts ändern wird. So schätzen 15 von den 26 befragten Einzelhändlerinnen die Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Einzelhändlerinnen von Uhren als neutral ein.[133] Sie begründen ihre Antwort damit, dass der Zusammenschluss keinen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen den Einzelhändlerinnen haben werde bzw. sich dieser dadurch nicht verändern werde. Eine Einzelhändlerin hält dazu fest, dass die Rolex-Gruppe sich schon immer für eine vorbildliche Partnerschaft mit ihren Händlern eingesetzt, diese in ihrer Unabhängigkeit unterstützt und nicht konkurrenziert habe. Sechs Einzelhändlerinnen schätzen die Auswirkungen als negativ ein und begründen ihre Antwort damit, dass möglicherweise nur noch die Bucherer-Gruppe beliefert (2 Nennungen) oder stärker gefördert werde (1 Nennung), andere Einzelhändlerinnen (durch verminderte Zuteilung der Uhren oder verspätete Belieferung mit Neuheiten) benachteiligt (1 Nennung) oder die Konzession verlieren würden (1 Nennung), die Vormachtstellung von Bucherer und Rolex nochmals gestärkt werde (1 Nennung), Bucherer vertrauliche Informationen über andere Einzelhändlerinnen erhalte (1 Nennung) und Rolex Einsicht in die Umsatzzahlen anderer Uhrenmarken erhalte (1 Nennung). Drei Einzelhändlerinnen beurteilen die Auswirkungen als positiv. Eine Einzelhändlerin begründet ihre Antwort damit, dass der Zusammenschluss gut für die internationale Ausstrahlung von Rolex und Bucherer sei und die beiden Marken dadurch gestärkt würden.

195. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen werden von den 26 befragten Einzelhändlerinnen ebenfalls mehrheitlich neutral (14 Einzelhändlerinnen) oder positiv (5 Einzelhändlerinnen) eingeschätzt.[134] Die 14 Einzelhändlerinnen, welche die Auswirkungen auf Ihr Unternehmen neutral einschätzen, begründen ihre Antwort damit, dass der Zusammenschluss für sie keine Auswirkungen habe (4 Nennungen), sofern die Zusammenarbeit gleichbleibe bzw. sie autorisiert blieben (2 Präzisierungen), sich nichts ändere, da die Zusammenarbeit zwischen Rolex und Bucherer schon immer eng gewesen sei und sie nicht in Konkurrenz mit Bucherer stünden (1 Nennung), die Distributionsentscheide von Rolex und Tudor unabhängig von der Zugehörigkeit von Bucherer getroffen würden (2 Nennungen) und Bucherer in Schweizer Händen bleibe (1 Nennung). Die fünf Einzelhändlerinnen, welche die Auswirkungen auf Ihr Unternehmen als positiv einstufen, begründen dies damit, dass Rolex äusserst fair sei (1 Nennung), die Position der Einzelhändlerinnen durch die Übernahme der Bucherer-Gruppe gestärkt würde (1 Nennung), die internationale Ausstrahlung von Rolex und Bucherer und damit die beiden Marken gestärkt würden (1 Nennung) und klare Verhältnisse geschafft würden sowie ein fairer Wettbewerb gefördert werde (1 Nennung). Fünf Einzelhändlerinnen schätzen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen als negativ ein. Ihre Begründungen lauten dahingehend, dass es eine Bevorzugung bei den Lieferungen (von Raritäten oder Neuheiten) an Bucherer geben könnte (3 Nennungen) und die Gefahr bestehe, dass sie die Konzession (einschliesslich der SAV-Autorisierung) verlieren (3 Nennungen).

196. Vorliegend werden den kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer Abschottung von Einsatzmitteln mit der oben wiedergegebenen Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe Rechnung getragen.

Abschottung von Kundinnen

197. Eine Abschottung von Kundinnen kann stattfinden, wenn sich eine Lieferantin mit einer wichtigen Kundin im nachgelagerten Markt zusammenschliesst. Die marktmächtigen Zusammenschlussparteien könnten nach dem Zusammenschluss durch eine Verhaltensweise den Zugang zu einer ausreichenden Anzahl von Kundinnen für ihre aktuellen und potentiellen Konkurrentinnen auf dem vorgelagerten Markt abschotten und damit deren Fähigkeit oder Anreiz verringern, in Wettbewerb mit ihnen zu treten. Dadurch könnten sich wiederum die Kosten der Konkurrentinnen im nachgelagerten Markt erhöhen. Dies kann bspw. dadurch erfolgen, dass die Zusammenschlussparteien beschliessen, ihren gesamten Bedarf an Produkten oder Dienstleistungen bei ihrem vorgelagerten Unternehmensbereich zu decken und nicht mehr bei ihren Konkurrentinnen im vorgelagerten Markt. Sie könnten auch die Einkäufe bei diesen Konkurrentinnen verringern oder bei ihnen zu weniger günstigen Bedingungen als zuvor einkaufen.[135]

[133] Zwei Einzelhändlerinnen haben zwei Antworten (positiv und negativ sowie neutral und keine Meinung) gewählt. Drei weitere Einzelhändlerinnen haben hierzu keine Meinung. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: positiv, neutral, negativ, keine Meinung.

[134] Eine Einzelhändlerin hat zwei Antworten (positiv und negativ) gewählt. Drei Einzelhändlerinnen haben hierzu keine Meinung. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: positiv, neutral, negativ, keine Meinung.

[135] Vgl. RPW 2019/1, 173 Rz 55 ff., *Worldline S.A./Six Payment Services Group*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 58 und Rz 60.

198. Bei der Bewertung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Kundinnen wird erstens untersucht, ob die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit haben, den Zugang zum nachgelagerten Markt durch die Verringerung ihrer Käufe bei den Konkurrentinnen im vorgelagerten Markt abzuschotten. Zweitens wird analysiert, ob sie den Anreiz hätten, ihre Bezüge auf dem vorgelagerten Markt zu verringern und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf die Kundinnen im nachgelagerten Markt hätte.[136]

199. Gemäss den Zusammenschlussparteien fehle es der Bucherer-Gruppe bzw. den Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss nicht nur aufgrund der Marktstellung im nachgelagerten Markt (Einzelhandelsmarkt) an der Fähigkeit, die Konkurrentinnen der Rolex-Gruppe im vorgelagerten Markt (Herstellungsmarkt) zu behindern, sondern auch aufgrund der Tatsache, dass im nachgelagerten Markt eine Vielzahl an valablen alternativen Abnehmern für diese Konkurrentinnen bestünden.

200. Wie bereits ausgeführt, ist die Abschottung von Kundinnen dann problematisch, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, dass im nachgelagerten Markt eine wichtige Abnehmerin ist und über ein deutliches Mass an Marktmacht verfügt (vgl. Rz 178 und Rz 197). Betreffend die Marktstellung der Zusammenschlussparteien im nachgelagerten Markt, dem Markt für den Einzelhandel mit Uhren, kann auf die Ausführungen in Rz 118, und Rz 167 ff. verwiesen werden. Diese zeigen namentlich auf, dass das obere Preissegment des Einzelhandelsmarktes auf nationaler Ebene ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist. Die Zusammenschlussparteien weisen nach dem Zusammenschluss je nach sachlicher Marktabgrenzung im oberen Preissegment dieses Marktes einen kumulierten Marktanteil zwischen [10-20] % und [20-30] % auf. In jedem Fall ist genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden. Auf dem lokalen Markt Genf, dem einzigen lokalen Markt mit Marktanteilsaddition, ist mit keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu rechnen.

201. Laut den Zusammenschlussparteien gebe es für die Konkurrentinnen der Rolex-Gruppe, d.h. andere Uhrenherstellerinnen, im Markt für den Einzelhandel mit Uhren neben der Bucherer-Gruppe eine Vielzahl anderer Einzelhändlerinnen, die insgesamt einen Anteil von [80-90] % bis ca. [80-90] % des Marktes abdecken, als alternative Abnehmer. Zusätzlich sei es möglich, ein eigenes Direktvertriebsnetz aufzubauen, wie bspw. die Uhrenherstellerinnen Audemars Piguet oder Richard Mille, oder die Vertriebsarten zu kombinieren wie bspw. die Uhrenherstellerin Patek Philippe. Zunehmend würden insbesondere grosse Uhrenherstellerinnen zudem auf Online-Vertrieb setzen.

202. Im vorgelagerten Markt, dem Markt für die Herstellung von Uhren, sind zudem Uhrenherstellerinnen mit starken Marktpositionen aktiv (vgl. Rz 165). Daher erscheine es laut den Zusammenschlussparteien unwahrscheinlich, dass diese diskriminierende Bedingungen beim Einkauf der Bucherer-Gruppe akzeptieren würden.

203. Gemäss den Zusammenschlussparteien hätten sie nicht den Anreiz, eine Abschottungsstrategie umzusetzen, da eine solche wirtschaftlich nicht sinnvoll sei. Die von der Bucherer-Gruppe in ihren Verkaufsstellen umgesetzte Multibrandstrategie sei kommerziell über Jahre hinweg höchst erfolgreich. Die Aufgabe der Multibrandstrategie bei der Bucherer-Gruppe wäre wirtschaftlich nicht sinnvoll, da die Verkaufsflächen der Bucherer-Gruppe zu gross seien, um darin zum Beispiel allein einen Monobrandansatz mit Rolex-Uhren und/oder Tudor-Uhren weiterzuverfolgen. Es sei nicht das Ziel der Rolex-Gruppe, nach Vollzug des Zusammenschlusses Käufe bei anderen Uhrenherstellerinnen einzuschränken, die erfolgreich aufgebaute Geschäftsstrategie mit einem grossen Sortiment an Uhrenmarken zu zerstören und die Verkaufsgeschäfte der Bucherer-Gruppe für den ausschliesslichen Vertrieb von Rolex- und/oder Tudor-Uhren zu nutzen. Die Multibrandstrategie solle auch nach Änderung der Kontrollverhältnisse vollumfänglich aufrechterhalten werden. Es sei daher im Sinne der Rolex-Gruppe, dass die anderen Uhrenherstellerinnen überzeugt werden könnten, ihre Produkte weiterhin in den Verkaufsgeschäften der Bucherer-Gruppe diskriminierungsfrei anzubieten.

204. Diese Aussagen bekräftigt die Rolex-Gruppe auch mit Schreiben vom 15. Februar 2024 und macht darin die folgende Verpflichtungszusage (Übersetzung des Sekretariats; vgl. Rz 9 und Rz 156 ff.):

> *Die Vertriebspolitik von Rolex beruht mit wenigen Ausnahmen auf Vertriebspartnern, die Mehrmarken-Verkaufsstellen betreiben. Der Vertrieb über Mehrmarken-Verkaufsstellen entspricht der bewährten Vertriebsstrategie von Rolex. Letztere hat nicht die Absicht, die Strategie von Bucherer, die hauptsächlich auf Mehrmarken-Verkaufsstellen ausgerichtet ist, zu ändern. Das von Bucherer erfolgreich verfolgte Vertriebskonzept soll durch die Integration der Bucherer-Gruppe in die Rolex-Gruppe nicht verändert werden.*

205. Die Rolex-Gruppe erklärt, die obige Verpflichtung in jedem Fall fünf Jahre ab Erhalt der Genehmigung durch die WEKO und danach, solange sich die allgemeinen wirtschaftlichen Bedingungen, das Marktumfeld und die betriebswirtschaftlichen Parameter innerhalb der Rolex-Gruppe nicht wesentlich ändern, einzuhalten (vgl. Rz 156 ff.).

206. Vorliegend werden allfälligen kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer möglichen Abschottung von Kundinnen mit der oben wiedergegebenen Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe Rechnung getragen.

B.4.2.2.5 Service Après-Vente (SAV) für Uhren

207. Nachfolgend wird erstens die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten im Bereich des SAV für Uhren auf nationaler Ebene analysiert (vgl. Rz 208 ff.). Zweitens werden die als möglicherweise wettbewerbsrechtlich problematisch identifizierten Märkte auf lokaler

[136] Vgl. RPW 2014/4, 757 Rz 52, *KKR &Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 123), Rz 59.

Ebene untersucht (vgl. Rz 236 ff.). Da die Rolex-Gruppe die von ihr hergestellten Ersatzteile an die autorisierten Servicezentren für Rolex- und Tudor-Uhren und somit auch an die Bucherer-Gruppe liefert, besteht eine vertikale Beziehung zwischen den Zusammenschlussparteien. Deshalb wird drittens auf diese vertikale Beziehung eingegangen (vgl. Rz 254 ff.).

Analyse der Wettbewerbssituation auf nationaler Ebene

208. Wie oben aufgezeigt, sind im Bereich SAV für Uhren folgende Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auf nationaler Ebene betroffen (vgl. Rz 144 ff.): der Markt für SAV an Rolex-Uhren und der Markt für SAV an Tudor-Uhren.

209. Das Marktvolumen des schweizweiten **Marktes für SAV an Rolex-Uhren** betrug im Jahr 2022 ca. CHF […] Mio. und ist damit im Vergleich zum Marktvolumen des Marktes für den Einzelhandel mit neuen Uhren[137] als klein einzustufen. Dies widerspiegelt sich auch in den Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien sowie der 18 Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind bzw. die Rolex-Uhren für SAV entgegennehmen. Die Rolex-Gruppe wie auch die Bucherer-Gruppe erzielten im Jahr 2022 [0-10] % ihres Unternehmensumsatzes mit SAV an Rolex-Uhren (vgl. Rz 139). Der Umsatz mit SAV an Rolex-Uhren der 18 Einzelhändlerinnen betrug im Jahr 2022 maximal [0-10] % ihres Unternehmensumsatzes (vgl. Rz 135).

210. Die Rolex-Gruppe verfügt im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [30-40] %. Sie erbringt SAV an Rolex-Uhren, die sie entweder direkt von Konsumentinnen und Konsumenten (direkter SAV) oder von den autorisierten Einzelhändlerinnen (indirekter SAV) erhält. Ihren Umsatz mit SAV an Rolex-Uhren erzielt sie überwiegend mit direktem SAV. Im Jahr 2022 machte der Umsatzanteil des direkten SAV [50-60] % am Umsatz mit SAV an Rolex-Uhren aus. Die Bucherer-Gruppe führt SAV-Arbeiten an Rolex-Uhren entweder selbst aus (eigener SAV) oder schickt die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex). Sie erzielte im Jahr 2022 [80-90] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mit eigenem SAV. Die Bucherer-Gruppe erreicht im Jahr 2022 mit ihren 14 als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierten Verkaufsstellen[138] einen Marktanteil von [40-50]-[40-50] %. Damit weisen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [80-90]-[80-90] % auf (vgl. Rz 55 ff., Rz 139 f. und Tabelle 8). Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt somit auf dem schweizweiten Markt für SAV an Rolex-Uhren eine sehr hohe Konzentrationszunahme.

211. Dennoch stehen den Konsumentinnen und Konsumenten in diesem Markt auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zur Verfügung. Dabei handelt es sich um Einzelhändlerinnen, die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems für Rolex- und Tudor-Uhren der Rolex-Gruppe sind (vgl. Rz 37). Von ihren autorisierten Einzelhändlerinnen verlangt die Rolex-Gruppe, dass diese auch als autorisiertes Servicezentrum tätig sind. Im Regelfall werde daher mit der Aufnahme einer Einzelhändlerin in das selektive Vertriebssystem der Rolex-Gruppe für Rolex-Uhren zeitgleich ein Servicezentrum seitens der Einzelhändlerin eingerichtet. Zudem liege es im Ermessen der Einzelhändlerin, ob sie auch Uhren der Marke Rolex von Konsumentinnen und Konsumenten entgegennehme und diese für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe schicke, falls sie zwar kein für Rolex-Uhren aber für Tudor-Uhren autorisiertes Servicezentrum sei (vgl. Rz 56). Im Zeitraum 2020 bis 2022 waren Verkaufsstellen von 18 zum Verkauf autorisierten Einzelhändlerinnen zugleich entweder als Servicezentrum für Rolex-Uhren (15 Einzelhändlerinnen) oder als Servicezentrum für Tudor-Uhren, das Rolex-Uhren trotzdem für SAV entgegennimmt (3 Einzelhändlerinnen), autorisiert (vgl. Rz 56 und Rz 131 f.).

212. Die 15 Einzelhändlerinnen mit als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierter Verkaufsstelle, führen SAV-Arbeiten an Rolex-Uhren entweder selbst aus (eigener SAV) oder schicken die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe (SAV durch Rolex). Die überwiegende Mehrzahl dieser Einzelhändlerinnen erzielten mehr als 60 % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mit eigenem SAV (elf Einzelhändlerinnen). Die drei Einzelhändlerinnen, die als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind und trotzdem Rolex-Uhren entgegennehmen, erzielten [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mittels SAV durch Rolex (vgl. Rz 137).

213. Wie bereits ausgeführt, ist das Entgegennehmen und Überweisen einer Uhr für SAV durch die Einzelhändlerin einer Versanddienstleistung ähnlich, die keine SAV-Fachkenntnisse benötigt. Dies zeigt sich daran, dass Einzelhändlerinnen teilweise auch Uhren derjenigen Marke entgegennehmen, für die ihre Verkaufsstelle nicht als Servicezentrum autorisiert ist und zahlreiche als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisierte Verkaufsstellen eigentliche Pick-up Points, also Abholstationen sind (vgl. Rz 143). So nehmen sich insbesondere Tudor Service Pick-up Points selbst nicht als autorisiertes Servicezentrum wahr, obwohl sie sich gemäss der Rolex-Gruppe so bezeichnen dürften (vgl. Rz 131). Diejenigen Einzelhändlerinnen, die Rolex-Uhren zwar annehmen, aber keinen eigenen SAV durchführen, sind somit eher als eine Art Annahmestelle denn als eine Alternative zu den Zusammenschlussparteien zu qualifizieren.

214. Die 18 Einzelhändlerinnen, die Rolex-Uhren für SAV entgegennehmen, vereinen im Jahr 2022 insgesamt einen Marktanteil von [10-20]-[10-20] % auf sich (vgl. Tabelle 8) und dürften auf nationaler Ebene zumindest in gewissem Ausmass Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausüben.

[137] Das Marktvolumen des schweizweiten Marktes für den Einzelhandel mit Luxusuhren (d.h. Uhren mit einem Verkaufspreis über CHF 1'000) betrug im Jahr 2022 […] Mia. CHF.

[138] Eine Verkaufsstelle der Bucherer-Gruppe war nur bis 2022 als Servicezentrum für Rolex-Uhren (und Tudor-Uhren) autorisiert. Diese zuvor mit Multibrandansatz geführte Verkaufsstelle ist nun eine Verkaufsstelle mit Monobrandansatz, die ausschliesslich Uhren einer Marke (Girard-Perregaux) verkauft (vgl. Rz 175).

215. Gemäss den Zusammenschlussparteien sind auch Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die nicht als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, auf dem Markt für SAV an Rolex-Uhren aktiv. Es stehe jeder Konsumentin und jedem Konsumenten frei, SAV-Arbeiten an ihren Rolex-Uhren bei diesen nicht autorisierten Uhrmacherinnen und Uhrmacher durchführen zu lassen. Den Zusammenschlussparteien ist nicht bekannt, in welchem Ausmass SAV auch durch nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher erbracht werde. Sie gehen aber davon aus, dass diese in einem signifikanten Ausmass auch SAV für Rolex-Uhren erbringen.

216. Die durchgeführte Marktbefragung (vgl. Rz 8) zeigt diesbezüglich ein anderes Bild. Die überwiegende Mehrheit der befragten 26 Einzelhändlerinnen hat angegeben, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher für Konsumentinnen und Konsumenten, die SAV-Arbeiten an Rolex-Uhren nachfragen, gar keine (10 Einzelhändlerinnen) bzw. kaum (8 Einzelhändlerinnen) eine Alternative zu autorisierten Servicezentren darstellen. Begründet wurde dies damit, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher nicht mit Ersatzteilen beliefert würden, nicht die für SAV an Rolex-Uhren notwendigen Werkzeuge erhielten, keinen Zugang zu technischen Dokumentationen hätten und nicht über die nötige Ausbildung verfügen würden. Gemäss der Marktbefragung seien nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher, wenn überhaupt, nur für manche SAV-Arbeiten eine Alternative.[139] Genannt wurden Armbandwechsel oder -anpassungen, Reinigung von Armband oder Gehäuse, Wasserdichtigkeitstest, Reglage (Feinjustierung), Uhrenchecks und Kleinreparaturen an Armband, Krone und Dichtungen.

217. Die Rolex-Gruppe beliefert in der Tat nur die autorisierten Servicezentren mit Ersatzteilen (vgl. Rz 65). Die Zusammenschlussparteien halten dazu fest, dass eine relevante Anzahl von SAV-Arbeiten keine Ersatzteile erfordere, bspw. Kürzungen des Armbands, Feinjustierung, Politur und Reinigung des Armbands sowie Gehäuses, Gravuren oder Überprüfung der Funktionsfähigkeit. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien generiere die Rolex-Gruppe [10-20] % des Umsatzes mit SAV an Rolex-Uhren mit SAV-Arbeiten, die keine Ersatzteile benötigten. Bei der Bucherer-Gruppe machen SAV-Arbeiten, die keine Ersatzteile benötigen, [0-10] % des Umsatzes mit eigenem SAV an Rolex-Uhren aus.[140] In diesem Bereich könnten nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die nicht als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, mit autorisierten Servicezentren konkurrenzieren. Zudem fügen die Zusammenschlussparteien an, dass markenspezifische Ersatzteile auf dem bestehenden Graumarkt erworben werden könnten.[141] Insbesondere für ältere Rolex-Uhren, für die die Rolex-Gruppe serienmässig keine Ersatzteile mehr produziere, müssten Ersatzteile second-hand erworben oder bei der Rolex-Gruppe als Einzelanfertigung in Auftrag gegeben werden. Die geringen Umsätze der Rolex-Gruppe mit SAV an sog. Vintage-Rolex-Uhren (Restauration)[142] würden darauf hindeuten, dass in diesem Bereich SAV-Arbeiten in signifikantem Ausmass auch von nicht autorisierten Uhrmacherinnen und Uhrmachern erbracht werde. Gleichzeitig führt die Rolex-Gruppe aber aus, dass gerade die Restauration von Vintage-Rolex-Uhren entsprechendes Spezialwissen erfordere und deshalb nicht von autorisierten Servicezentren durchgeführt werden dürfe (vgl. Fn 44).

218. Basierend auf den vorangehenden Ausführungen ist deshalb davon auszugehen, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher beim SAV an Rolex-Uhren höchstens in Form von Randsubstitution[143] einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben.

219. Nachfolgende Tabelle 10 zeigt die Entwicklung der Marktanteile der Rolex-Gruppe, der Bucherer-Gruppe sowie deren Konkurrentinnen im Markt für SAV an Rolex-Uhren in den Jahren 2020 bis 2022 auf nationaler Ebene. Tabelle 10 ist zu entnehmen, dass es in diesem Zeitraum kaum Marktanteilsänderungen gegeben hat und die Marktverhältnisse stabil waren.

[139] Vier Einzelhändlerinnen haben angegeben, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher für manche SAV-Arbeiten eine Alternative zu autorisierten Servicezentren darstellen. Eine Einzelhändlerin ist der Meinung, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher völlig eine Alternative darstellen. Eine Einzelhändlerin hat zwei Antworten (kaum, für manche Arbeiten) gewählt. Vier Einzelhändlerinnen haben diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: überhaupt keine, kaum, für manche Arbeiten und völlig.

[140] Die Zusammenschlussparteien merken hierzu an, dass sie darüber hinaus weitere SAV-Arbeiten, die keine Ersatzteile benötigten, erbringen. Diese seien jedoch kostenlos und würden daher nicht in den Umsatzzahlen widergespiegelt.

[141] Der Graumarkt für Ersatzteile entstehe, weil autorisierte Einzelhändlerinnen Original-Ersatzteile an nicht autorisierte Dritte verkaufen würden und in Einzelfällen funktionsunfähige Rolex-Uhren «ausgeschlachtet» und die Original-Ersatzteile angeboten würden.

[142] Im Jahr 2022 machte die Restauration von Vintage-Rolex-Uhren [0-10] % am Umsatz mit direktem SAV an Rolex-Uhren aus.

[143] Der Verhaltensspielraum von marktmächtigen Unternehmen kann in beschränktem Umfang von Unternehmen diszipliniert werden, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denen des betroffenen Marktes zwar nicht marktgleichwertig sind, sie jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Voraussetzungen ersetzen können (Randsubstitution). Vgl. RPW 2008/1, 172 Rz 354, *Migros/Denner*.

Tabelle 10: Entwicklung Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Rolex-Uhren, Schweiz, 2020 bis 2022

Unternehmen	**Marktanteile (umsatzbasiert) im Markt für SAV an Rolex-Uhren, Schweiz, 2022[1]**		
	2020	**2021**	**2022**
Rolex-Gruppe	[30-40]-[30-40] %	[30-40]-[30-40] %	[30-40] %
Bucherer-Gruppe	[50-60]-[50-60] %	[40-50]-[40-50] %	[40-50]-[40-50] %
kumuliert	**[80-90]-[80-90] %**	**[80-90]-[80-90] %**	**[80-90]-[80-90] %**
Weitere autorisierte Einzelhändlerinnen	[10-20]-[10-20] %	[10-20]-[10-20] %	[10-20]-[10-20] %

Quelle: Schätzungen des Sekretariats basierend auf Angaben der Zusammenschlussparteien sowie der befragten Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 129).

Hinweise:
[1] Die Marktanteilsschätzung wurde sowohl ohne die nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze (vgl. Rz 140) als auch mit den nicht einer Marke zuordenbaren Umsätze – unter der Annahme, dass diese Umsätze mit SAV an Rolex-Uhren erzielt wurden – durchgeführt und die daraus resultierenden Marktanteile werden teilweise als Spannen angegeben.

220. Die Rolex-Gruppe hält fest, dass sie kein Interesse daran habe, das über Jahrzehnte aufgebaute und breit ausgelegte Netz an autorisierten Servicezentren zu ändern, da dies den Bedürfnissen der Konsumentinnen und Konsumenten entspreche und die Rolex-Gruppe einen guten Kundendienst anbieten möchte. Die Rolex-Gruppe werde daher auch nach Vollzug des Zusammenschlusses Dritte bei Vorliegen der qualitativen Voraussetzungen diskriminierungsfrei als autorisierte Servicezentren zulassen (vgl. Rz 56 und Rz 211). Diese Erklärung bekräftigt die Rolex-Gruppe auch mit Schreiben vom 15. Februar 2024 und macht darin die folgende Verpflichtungszusage (Übersetzung des Sekretariats; vgl. Rz 9 und Rz 156 ff.):

> *Eine der grundlegenden Säulen für die Umsetzung der Qualitätsanforderungen von Rolex ist ein gut funktionierendes Netz von Servicezentren. Rolex hat nicht die Absicht, diesen Ansatz des Servicenetzes zu ändern. Zusätzlich zum Rolex Servicezentrum werden die Servicezentren der Vertriebspartner weiterhin ihre Dienstleistungen anbieten. Es besteht auch keine Absicht, die Kundendienstaktivitäten von Rolex und Bucherer zusammenzulegen. Das Servicezentrum von Bucherer wird weiterhin unabhängig betrieben, zumal es sich um ein Mehrmarken-Servicezentrum und nicht nur um ein Rolex-Servicezentrum handelt.*

221. Die Rolex-Gruppe erklärt, die obige Verpflichtung in jedem Fall fünf Jahre ab Erhalt der Genehmigung durch die WEKO und danach, solange sich die allgemeinen wirtschaftlichen Bedingungen, das Marktumfeld und die betriebswirtschaftlichen Parameter innerhalb der Rolex-Gruppe nicht wesentlich ändern, einzuhalten (vgl. Rz 156 ff.).

222. Da Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisiert sind, auch zugleich Mitglied des selektiven Vertriebssystems der Rolex-Gruppe für Rolex-Uhren sind, ist in diesem Zusammenhang Folgendes zu wiederholen. Die Rolex-Gruppe hält fest, dass sie auch keine Pläne habe, ihr bestehendes Vertriebsnetz zu ändern, und bekräftigt dies mit einer Zusage zum Vertrieb von Uhren der Marke Rolex (und Tudor; vgl. 191 ff.).

223. Auch die befragten 26 Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 8 und Rz 129 f.) gehen mehrheitlich davon aus, dass sich im Bereich des SAV für Rolex-Uhren nach dem Zusammenschluss nichts ändern wird. So werden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zwischen den Erbringern von SAV an Rolex-Uhren von 14 der befragten 26 Einzelhändlerinnen als neutral eingeschätzt. Begründet wurde diese Antwort damit, dass der Zusammenschluss keinen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen den Erbringern von SAV haben werde bzw. dieser dadurch nicht verändert werde (10 Nennungen). Zwei Einzelhändlerinnen beurteilen die Auswirkungen als positiv, da der Zusammenschluss eine Chance für die gesamte Branche darstelle und die Übernahme das grosse Interesse der Rolex-Gruppe an einem weiterhin guten Service für Kundinnen und Kunden zeige. Eine Einzelhändlerin schätzt die Auswirkungen als negativ ein, da den Konsumentinnen und Konsumenten in Zukunft weniger Servicestellen zur Verfügung stünden, die Konsumentinnen und Konsumenten mangels Alternative den Preis von Rolex bezahlen müssten und sich die Dauer eines Service verlängern werde.[144]

[144] Sieben Einzelhändlerinnen haben hierzu keine Meinung. Zwei Einzelhändlerinnen habe diese Frage nicht beantwortet. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: positiv, neutral, negativ, keine Meinung.

224. Auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen werden von den 26 befragten Einzelhändlerinnen mehrheitlich neutral (14 Einzelhändlerinnen) oder positiv (5 Einzelhändlerinnen) eingeschätzt, wobei bei der Beantwortung dieser Frag/e hauptsächlich der Einzelhandel mit Rolex- und Tudor-Uhren im Fokus stand (vgl. Rz 195).[145]

225. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für SAV an Rolex-Uhren führt. Allerdings besteht auch nach dem Zusammenschluss ein Restwettbewerb in Form aktueller Konkurrenz sowie Randsubstitution. Angesichts der Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe ist davon auszugehen, dass mit der Aufrechterhaltung der schon vor dem Zusammenschluss bestehenden SAV- und Vertriebsnetze der Rolex-Gruppe der verbleibende aktuelle Wettbewerb im Markt für SAV an Rolex-Uhren sowie die Möglichkeit, mittels Zulassung in diesem Markt tätig zu werden, zumindest in den nächsten fünf Jahren in vergleichbarem Ausmass fortbestehen werden.

226. Das Marktvolumen des schweizweiten **Marktes für SAV an Tudor-Uhren** betrug 2022 rund […] Mio. CHF und ist damit im Vergleich zum Marktvolumen des Marktes für den Einzelhandel mit neuen Uhren[146] sehr klein. Der Markt für SAV an Tudor-Uhren ist damit wirtschaftlich eher unbedeutend. Dies zeigen auch die Umsatzzahlen der Zusammenschlussparteien sowie der 25 Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind bzw. die Tudor-Uhren für SAV entgegennehmen. Die Rolex-Gruppe erzielte im Jahr 2022 [0-10] % ihres Unternehmensumsatzes mit SAV an Tudor-Uhren, die Bucherer-Gruppe [0-10] % (vgl. Rz 139). Der Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren der 25 Einzelhändlerinnen machte im Jahr 2022 einen Anteil von maximal [0-10] % ihres Unternehmensumsatzes aus (vgl. Rz 136).

227. Die Rolex-Gruppe verfügt im Jahr 2022 über einen Marktanteil von [50-60]-[50-60] %. Die Rolex-Gruppe erbringt direkten wie auch indirekten SAV an Tudor-Uhren. Ihren Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren erzielt sie überwiegend mit direktem SAV. Im Jahr 2022 machte der Umsatzanteil des direkten SAV [50-60] % am Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren aus. Die Bucherer-Gruppe, die eigenen SAV an Tudor-Uhren erbringt, aber auch SAV an Tudor-Uhren durch Rolex erbringen lässt, erzielte im Jahr 2022 [40-50] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mit eigenem SAV. Sie verfügt über 16 als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisierte Verkaufsstellen[147], wobei zwei davon Tudor Service Pick-up Points sind. Die Bucherer-Gruppe erreicht im Jahr 2022 einen Marktanteil von [10-20]-[10-20] %. Damit weisen die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss einen kumulierten Marktanteil von [60-70]-[70-80] % auf (vgl. Rz 55 ff., Rz 139 f. und Tabelle 9). Das Zusammenschlussvorhaben führt somit auf dem schweizweiten Markt für SAV an Tudor-Uhren zu einer hohen Konzentrationszunahme.

228. Den Konsumentinnen und Konsumenten stehen in diesem Markt aber auch nach dem Zusammenschluss weiterhin Alternativen zur Verfügung. Dabei handelt es sich um Einzelhändlerinnen, die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems für Rolex- und Tudor-Uhren der Rolex-Gruppe sind (vgl. Rz 37). Wie bereits ausgeführt, verlangt die Rolex-Gruppe von ihren autorisierten Einzelhändlerinnen, dass diese auch als autorisiertes Servicezentrum tätig sind. Im Regelfall werde daher mit der Aufnahme einer Einzelhändlerin in das selektive Vertriebssystem der Rolex-Gruppe für Tudor-Uhren zeitgleich ein Servicezentrum seitens der Einzelhändlerin eingerichtet. Zudem liege es im Ermessen der Einzelhändlerin, ob sie auch Uhren der Marke Tudor von Konsumentinnen und Konsumenten entgegennehme und diese für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe schicke, falls sie zwar kein für Tudor-Uhren aber für Rolex-Uhren autorisiertes Servicezentrum sei (vgl. Rz 56). Im Zeitraum 2020 bis 2022 waren Verkaufsstellen von 25 zum Verkauf autorisierten Einzelhändlerinnen zugleich entweder als Servicezentrum für Tudor-Uhren (22 Einzelhändlerinnen) oder als Servicezentrum für Rolex-Uhren, das Tudor-Uhren trotzdem für SAV entgegennimmt (3 Einzelhändlerinnen), autorisiert (vgl. Rz 56 und Rz 131 f.). Zehn der 22 Einzelhändlerinnen mit als für Tudor-Uhren autorisierten Servicezentren führen Tudor Service Pick-up Points.[148]

229. Vier dieser 25 Einzelhändlerinnen erzielten [90-100] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mit eigenem SAV. Der Anteil des eigenen SAV am Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren bewegte sich bei zwölf Einzelhändlerinnen zwischen [10-20] % bis [80-90] %. Neun Einzelhändlerinnen erzielten im Jahr 2022 [0-10] % ihres Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mittels eigenem SAV (vgl. Rz 138). Dies bedeutet, dass sie […] entgegengenommenen Uhren an die Rolex-Gruppe schickten. Sie sind somit eher als eine Art Annahmestelle denn als eine Alternative zu den Zusammenschlussparteien zu qualifizieren (vgl. Rz 213).

230. Die 25 Einzelhändlerinnen, die Tudor-Uhren für SAV entgegennehmen, vereinen im Jahr 2022 insgesamt einen Marktanteil von [20-30]-[30-40] % auf sich (vgl. Tabelle 9) und dürften auf nationaler Ebene einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschlussparteien ausüben.

231. Auch Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die nicht als Servicezentrum für Tudor-Uhren autorisiert sind, seien laut Zusammenschlussparteien auf dem Markt für SAV an Tudor-Uhren aktiv. Diese würden in einem signifikanten Ausmass auch SAV für Tudor-Uhren erbringen. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Rz 215 ff. verwiesen werden und ergänzend festgehalten werden, dass die Rolex-Gruppe gemäss ihren Angaben [10-20] % des Umsatzes mit SAV an Tudor-Uhren mit SAV-Arbeiten, die keine Ersatzteile benötigen, erziele. SAV-Arbeiten, die keine Ersatzteile benötigen, machen bei

[145] Fünf Einzelhändlerinnen schätzen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen als negativ ein. Vgl. Fn 134.
[146] Vgl. Fn 137.
[147] Eine zusätzliche Verkaufsstelle der Bucherer-Gruppe war bis 2022 als Servicezentrum für Tudor-Uhren (und Rolex-Uhren) autorisiert. Vgl. Fn 138.
[148] Vgl. Fn 50 und Fn 107.

der Bucherer-Gruppe [40-50] % des Umsatzes mit eigenem SAV an Tudor-Uhren aus. Der Anteil an SAV-Arbeiten, die ohne Ersatzteile möglich sind und daher auch von nicht-autorisierten Uhrmacherinnen und Uhrmacher durchgeführt werden können, scheint demnach bei Tudor-Uhren höher zu sein als bei Rolex-Uhren. Deshalb ist davon auszugehen, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher beim SAV an Tudor-Uhren einen gewissen Wettbewerbsdruck in Form von Randsubstitution[149] ausüben.

232. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz 220 f.), hält die Rolex-Gruppe fest, dass sie kein Interesse daran habe, das über Jahrzehnte aufgebaute und breit ausgelegte Netz an autorisierten Servicezentren zu ändern. Die Rolex-Gruppe werde daher auch nach Vollzug des Zusammenschlusses Dritte bei Vorliegen der qualitativen Voraussetzungen diskriminierungsfrei als autorisierte Servicezentren zulassen. Diese Erklärung bekräftigt die Rolex-Gruppe mit einer Verpflichtungszusage, die gleichermassen für Tudor-Uhren gilt. Zudem hält die Rolex-Gruppe fest, dass sie auch keine Pläne habe, ihr bestehendes Vertriebsnetz zu ändern, und bekräftigt dies mit einer Verpflichtungszusage zum Vertrieb von Uhren der Marke Tudor (und Rolex; vgl. 191 ff.).

233. Auch die befragten 26 Einzelhändlerinnen (vgl. Rz 8 und Rz 129 f.) gehen mehrheitlich davon aus, dass sich im Bereich des SAV für Tudor-Uhren nach dem Zusammenschluss nichts ändern wird. So werden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zwischen den Erbringern von SAV an Tudor-Uhren von 14 der befragten 26 Einzelhändlerinnen als neutral eingeschätzt. Zwei Einzelhändlerinnen beurteilen die Auswirkungen als positiv. Zwei Einzelhändlerinnen schätzen die Auswirkungen als negativ ein.[150] Für die Begründungen der Antworten kann im Wesentlichen auf Rz 223 verwiesen werden.

234. Auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen werden von den 26 befragten Einzelhändlerinnen mehrheitlich neutral (14 Einzelhändlerinnen) oder positiv (5 Einzelhändlerinnen) eingeschätzt, wobei bei der Beantwortung dieser Frage hauptsächlich der Einzelhandel mit Rolex- und Tudor-Uhren im Fokus stand (vgl. Rz 195).[151]

235. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für SAV an Tudor-Uhren führt. Es besteht aber auch nach dem Zusammenschluss ein Restwettbewerb in Form aktueller Konkurrenz sowie Randsubstitution. Angesichts der Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe ist davon auszugehen, dass mit der Aufrechterhaltung der schon vor dem Zusammenschluss bestehenden SAV- und Vertriebsnetze der Rolex-Gruppe der verbleibende aktuelle Wettbewerb im Markt für SAV an Tudor-Uhren sowie die Möglichkeit, mittels Zulassung in diesem Markt tätig zu werden, zumindest in den nächsten fünf Jahren in vergleichbarem Ausmass fortbestehen werden.

Analyse der Wettbewerbssituation auf lokaler Ebene

236. Auf lokaler Ebene entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben einzig im Raum Genf Marktanteilsadditionen, und zwar unabhängig davon, welcher Marktradius den lokalen Märkten zugrunde gelegt wird (vgl. Rz 149 f.).

237. Im **lokalen Markt für SAV an Rolex-Uhren Genf** verfügt die Rolex-Gruppe über zwei eigene offizielle Servicezentren für Rolex-Uhren. Konsumentinnen und Konsumenten können SAV für ihre Rolex-Uhren im Rolex-Flagshipstore in Genf (vgl. Rz 37) sowie im Hauptsitz von Rolex in Genf in Auftrag geben. Die Bucherer-Gruppe verfügt in Genf über drei Verkaufsstellen (vgl. Rz 175), davon ist aktuell eine Verkaufsstelle als Servicezentrum für Rolex-Uhren (und Tudor-Uhren; vgl. Rz 245) autorisiert.[152]

238. Im lokalen Markt für SAV an Rolex-Uhren Genf gibt es bei Anwendung eines Marktradius von 40 km kein autorisiertes Servicezentrum für Rolex-Uhren anderer Einzelhändlerinnen. Eine Einzelhändlerin mit für Tudor-Uhren autorisiertem Servicezentrum nimmt zwar auch Rolex-Uhren entgegen, schickt diese für SAV-Arbeiten aber an die Rolex-Gruppe und ist daher eher als eine Art Annahmestelle zu qualifizieren (vgl. Rz 213).

239. Da es vorstellbar ist, dass Konsumentinnen und Konsumenten für die Wartung und Reparatur einer Luxusuhr bereit sind, auch längere Wegstrecken auf sich zu nehmen (vgl. Rz 88), ist eine Ausweitung des Marktradius – wie von den Zusammenschlussparteien geltend gemacht – durchaus denkbar. Wird ein Marktradius von 60 km angewandt, ist in diesem weiten lokalen Markt ein für Rolex-Uhren (und Tudor-Uhren; vgl. Rz 246) autorisiertes Servicezentrum einer anderen Einzelhändlerin zu finden.[153] Diese führt SAV-Arbeiten an Rolex-Uhren selbst durch oder schickt die Uhren für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe. Damit steht den Konsumentinnen und Konsumenten zumindest eine weitere Alternative zur Verfügung.

240. Das Zusammenschlussvorhaben führt im lokalen Markt für SAV an Rolex-Uhren zu einer besonders hohen Konzentrationszunahme.

241. Auch nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher seien laut Zusammenschlussparteien auf dem Markt für SAV an Rolex-Uhren aktiv und würden in einem signifikanten Ausmass auch SAV für Rolex-Uhren erbringen. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Rz 215 ff. verwiesen werden. Es ist davon auszugehen, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher in Form von Randsubstitution[154] einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben.

[149] Vgl. Fn 143.

[150] Acht Einzelhändlerinnen haben hierzu keine Meinung. Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: positiv, neutral, negativ, keine Meinung.

[151] Fünf Einzelhändlerinnen schätzen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen als negativ ein. Vgl. Fn 134.

[152] Bis 2022 war eine weitere dieser Verkaufsstellen als Servicezentrum für Rolex-Uhren (und Tudor-Uhren; vgl. Rz 245 ff.) autorisiert. Vgl. Fn 147.

[153] In diesem weiten lokalen Markt befindet sich auch eine zusätzliche als Servicezentrum für Rolex-Uhren (und Tudor-Uhren; vgl. Fn 157) autorisierte Verkaufsstelle der Bucherer-Gruppe.

[154] Vgl. Fn 143.

242. Gemäss den Zusammenschlussparteien seien Distanzgeschäfte für SAV möglich. Die Konsumentinnen und Konsumenten hätten die Möglichkeit, ihre Rolex-Uhren direkt an die Rolex-Gruppe, d.h. an den Rolex Flagshipstore oder den Hauptsitz der Rolex-Gruppe einzusenden, ohne das Servicezentrum persönlich aufzusuchen. Diese Möglichkeit werde auf der Homepage der Rolex-Gruppe zwar nicht erwähnt, Konsumentinnen und Konsumenten aber bspw. telefonisch angeboten. Gemäss der Rolex-Gruppe sei davon auszugehen, dass diese Möglichkeit auch bei den als Servicezentrum für Rolex-Uhren autorisierten Einzelhändlerinnen bestehe, womit es den Konsumentinnen und Konsumenten in Genf möglich sei, Rolex-Uhren für SAV auch an andere als Servicezentrum für Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisierte Einzelhändlerinnen in der gesamten Schweiz einzusenden.

243. Diesbezüglich zeigt die Marktbefragung (vgl. Rz 8), dass bei 13 der 26 befragten Einzelhändlerinnen diese Möglichkeit des Einsendens einer Rolex-Uhr für SAV besteht.[155] Nur eine Einzelhändlerin erwähnt diese Möglichkeit auf ihrer Homepage. Die anderen 12 Einzelhändlerinnen kommunizieren diese Möglichkeit auf Anfrage. So hält eine Einzelhändlerin auch fest, dass sie ihren Kundinnen und Kunden aufgrund eines möglichen Verlusts während des Versands davon abrät. Nur zwei dieser 13 Einzelhändlerinnen haben im Zeitraum 2020 bis 2022 überhaupt einen Umsatz in marginalem Ausmass mit SAV an von Konsumentinnen und Konsumenten direkt an sie eingesandten Rolex-Uhren generiert. Damit besteht zwar die Möglichkeit, auf Anfrage SAV-Arbeiten über Distanz in Auftrag zu geben, allerdings scheint dies für Konsumentinnen und Konsumenten nicht wirklich eine zum Besuch im Servicezentrum gleichwertige Alternative darzustellen. Auch die Bucherer-Gruppe erwirtschaftet gemäss eigener Aussage […] Umsätze mit SAV an von Konsumentinnen und Konsumenten direkt an sie eingesandten Rolex-Uhren. Zudem fördere die Bucherer-Gruppe die Reparaturannahme im Geschäft und werbe weder auf ihrer Homepage noch anderweitig mit der Möglichkeit, SAV aus der Distanz in Auftrag geben zu können, da sie mit persönlichem Gespräch das bestmögliche Erlebnis auch bei der Reparaturannahme schaffen wolle.

244. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im lokalen Markt für SAV an Rolex-Uhren Genf führt.

245. Im **lokalen Markt für SAV an Tudor-Uhren Genf** verfügt die Rolex-Gruppe zwar nicht über offizielle Servicezentren für Tudor-Uhren, jedoch können Konsumentinnen und Konsumenten ihre Tudor-Uhren bei den oben genannten beiden offiziellen Servicezentren für Rolex-Uhren für SAV abgeben. Die Bucherer-Gruppe verfügt, wie ausgeführt in Genf über drei Verkaufsstellen (vgl. Rz 175), davon ist aktuell eine Verkaufsstelle als Servicezentrum für Tudor-Uhren (und Rolex-Uhren; vgl. Rz 237) autorisiert.[156]

246. Im lokalen Markt für SAV an Tudor-Uhren Genf gibt es bei Anwendung eines Marktradius von 40 km vier autorisierte Servicezentren für Tudor-Uhren anderer Einzelhändlerinnen. Dabei handelt es sich um Tudor Service Pick-up Points, d.h. diese Einzelhändlerinnen führen SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren nicht selbst durch, sondern schicken die Uhren für die SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe. Zwei dieser Einzelhändlerinnen geben in der Marktbefragung (vgl. Rz 8) zwar an, eigenen SAV an Tudor-Uhren durchzuführen, präzisieren jedoch, dass dieser eigene SAV an Tudor-Uhren nur der Armbandtausch, die Anpassung von Armbändern, Einstellungen und Wasserdichtigkeitstests umfasse (vgl. Rz 133). Diese vier Einzelhändlerinnen mit als für Tudor-Uhren autorisiertem Servicezentrum sind als Tudor Service Pick-up Points somit entweder eher als eine Art Annahmestelle zu qualifizieren (vgl. Rz 213) oder üben in gleicher Weise wie nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher Wettbewerbsdruck in Form von Randsubstitution aus (vgl. Rz 249).

247. Wird ein Marktradius von 60 km angewandt, ist in diesem weiten lokalen Markt ein für Tudor-Uhren (und Rolex-Uhren; vgl. Rz 238) autorisiertes Servicezentrum einer anderen Einzelhändlerin zu finden.[157] Diese führt SAV-Arbeiten an Tudor-Uhren selbst durch oder schickt die Uhren für SAV-Arbeiten an die Rolex-Gruppe. Den Konsumentinnen und Konsumenten steht in diesem Markt somit auch nach dem Zusammenschluss weiterhin eine Alternative zur Verfügung.

248. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt somit auf dem lokalen Markt für SAV an Tudor-Uhren Genf zu einer besonders hohen Konzentrationszunahme.

249. In Bezug auf Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die nicht als Servicezentrum autorisiert sind, ist auf die Ausführungen in Rz 215 ff. und Rz 241 zu verweisen. Nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher üben in Form von Randsubstitution[158] einen gewissen Wettbewerbsdruck aus.

250. Betreffend die Möglichkeit von Distanzgeschäften ist auf die Ausführungen in Rz 242 zu verweisen, welche auch für Tudor-Uhren gelten. Diesbezüglich zeigt die Marktbefragung (vgl. Rz 8), dass bei 17 der 26 befragten Einzelhändlerinnen diese Möglichkeit des Einsendens einer Tudor-Uhr für SAV besteht.[159] Wie bei Rolex-Uhren kommunizieren die Einzelhändlerinnen diese Möglichkeit hauptsächlich auf Anfrage (16 Einzelhändlerinnen) und rät eine Einzelhändlerin vom Gebrauch dieser Möglichkeit ab. Keine dieser 17 Einzelhändlerinnen hat im Zeitraum 2020 bis 2022 einen Umsatz mit SAV an von Konsumentinnen und Konsumenten direkt an sie eingesandten Tudor-Uhren generiert. Auch für SAV an Tudor-Uhren besteht somit zwar die Möglichkeit, auf Anfrage

[155] Bei zwölf Einzelhändlerinnen besteht diese Möglichkeit des Einsendens einer Rolex-Uhr für SAV nicht. Eine Einzelhändlerin hat diese Frage nicht beantwortet.

[156] Bis 2022 war eine weitere dieser Verkaufsstellen als Servicezentrum für Tudor-Uhren (und Rolex-Uhren; vgl. Rz 237 ff.) autorisiert. Vgl. Fn 138.

[157] In diesem weiten lokalen Markt befindet sich auch eine zusätzliche als Servicezentrum für Tudor-Uhren (und Rolex-Uhren; vgl. Fn 153) autorisierte Verkaufsstelle der Bucherer-Gruppe.

[158] Vgl. Fn 143.

[159] Bei acht Einzelhändlerinnen besteht diese Möglichkeit des Einsendens einer Rolex-Uhr für SAV nicht. Eine Einzelhändlerin hat diese Frage nicht beantwortet.

SAV-Arbeiten über Distanz in Auftrag zu geben, allerdings scheint dies für Konsumentinnen und Konsumenten nicht wirklich eine zum Besuch im Servicezentrum gleichwertige Alternative darzustellen. In Bezug auf die Ausführungen der Bucherer-Gruppe bezüglich der Möglichkeit, SAV aus der Distanz in Auftrag geben zu können, ist auf Rz 243 zu verweisen.

251. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im lokalen Markt für SAV an Tudor-Uhren Genf führt.

252. An dieser Stelle ist zu wiederholen, dass die Rolex-Gruppe festhält, dass sie kein Interesse daran habe, das Netz an autorisierten Servicezentren zu ändern und auch nach Vollzug des Zusammenschlusses Dritte bei Vorliegen der qualitativen Voraussetzungen diskriminierungsfrei als autorisierte Servicezentren zulassen werde. Diese Erklärung bekräftigt die Rolex-Gruppe mit einer Verpflichtungszusage (vgl. Rz 220 f.), die von gleicher Relevanz für die lokalen Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren Genf ist. Zudem hält die Rolex-Gruppe fest, dass sie auch keine Pläne habe, ihr bestehendes Vertriebsnetz zu ändern, und bekräftigt dies mit einer Verpflichtungszusage zum Vertrieb von Uhren der Marke Rolex und Tudor (vgl. Rz 191 ff.).

253. Angesichts der Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe ist davon auszugehen, dass mit der Aufrechterhaltung der schon vor dem Zusammenschluss bestehenden SAV- und Vertriebsnetze der Rolex-Gruppe der wenige Restwettbewerb in den lokalen Märkten für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren sowie die Möglichkeit, mittels Zulassung in diesen Märkten tätig zu werden, zumindest in den nächsten fünf Jahren in vergleichbarem Ausmass fortbestehen werden.

Vertikaler Zusammenschluss betreffend Service Après-Vente (SAV) für Uhren und Lieferung von Ersatzteilen für SAV

254. Die Erbringung von SAV-Arbeiten an Uhren ist grösstenteils nur möglich, wenn entsprechende Ersatzteile vorhanden sind (vgl. Rz 216). Damit ist der Markt für Ersatzteile für Uhren einer bestimmten Marke (vgl. Rz 70) dem Markt für SAV an Uhren einer bestimmten Marke (vgl. Rz 64) vorgelagert.

255. Die Rolex-Gruppe als Uhren- und Ersatzteilherstellerin übernimmt die Bucherer-Gruppe, die – wie die Rolex-Gruppe selbst – SAV an Rolex- und Tudor-Uhren erbringt (vgl. zur dadurch entstehenden Marktanteilsaddition Rz 208 ff.). Die Rolex-Gruppe liefert die von ihr hergestellten Ersatzteile an die autorisierten Servicezentren für Rolex- und Tudor-Uhren und somit auch an die Bucherer-Gruppe, womit eine vertikale Beziehung zwischen den Zusammenschlussparteien besteht. Der hier zu beurteilende Zusammenschluss ist damit ein vertikaler Zusammenschluss bezüglich der Herstellung von Ersatzteilen für Uhren und der Erbringung von SAV für Uhren.

256. Für die grundlegenden Ausführungen zu vertikalen Zusammenschlüssen sei auf die Ausführungen in Rz 178 ff. verwiesen.

257. Somit ist vorliegend zu prüfen, ob der vorliegende Zusammenschluss in den vorgelagerten Märkten, den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren, und in den nachgelagerten Märkten, den Märkten für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren, zu wettbewerbsverzerrenden Effekten führt.

258. Dazu wird erstens untersucht, ob der Zusammenschluss zu einer **Abschottung von Einsatzmitteln** führen kann, d.h. ob die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss die Fähigkeit und den Anreiz zu einer solchen Abschottungsstrategie hätten und eine solche spürbare nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten hätte.

259. Betreffend die Marktstellung der Zusammenschlussparteien in den vorgelagerten Märkten, den Märkten für Ersatzteile für Rolex- bzw. Tudor-Uhren, wird auf die Ausführungen in Rz 151 ff. verwiesen. In diesen Märkten kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen und damit zu keinen Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse. Die Rolex-Gruppe verfügt jedoch über eine überaus starke Marktposition und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rolex-Gruppe über eine marktbeherrschende Stellung in diesen Märkten verfügt.

260. Die durchgeführte Marktbefragung (vgl. Rz 8) zeigt zudem, dass Ersatzteile ein wichtiges Einsatzmittel für die Erbringung von SAV darstellen. So hat die überwiegende Mehrheit der befragten Einzelhändlerinnen angegeben, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher für Konsumentinnen und Konsumenten, die SAV-Arbeiten an Rolex- oder Tudor-Uhren nachfragen, gar keine bzw. kaum eine Alternative zu autorisierten Servicezentren darstellen. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass nicht autorisierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher von der Rolex-Gruppe nicht mit Ersatzteilen beliefert würden (vgl. Rz 216).

261. Die Marktbefragung zeigt des Weiteren, dass die Einzelhändlerinnen mit für Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisierten Servicezentren einen unwesentlichen Umsatzanteil mit SAV an Rolex- und Tudor-Uhren erzielen. Die 15 Einzelhändlerinnen mit für Rolex-Uhren autorisiertem Servicezentrum erzielten im Jahr 2022 [0-10] % bis [80-90] % des Gesamtumsatzes mit SAV bzw. [0-10] % bis [0-10] % des Unternehmensumsatzes mit SAV an Rolex-Uhren (vgl. Rz 135). Die 22 Einzelhändlerinnen mit für Tudor-Uhren autorisierten Servicezentren erzielten im Jahr 2022 [0-10] % bis [10-20] % ihres jeweiligen Gesamtumsatzes mit SAV bzw. [0-10] % bis [0-10] % ihres jeweiligen Unternehmensumsatz mit SAV an Tudor-Uhren (vgl. Rz 136).

262. Ersichtlich ist jedoch auch, dass die Einzelhändlerinnen mit für Rolex-Uhren autorisiertem Servicezentrum eine Kompensation des durch eine Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. eine Nichtbelieferung mit Ersatzeilen entstehenden Umsatzverlustes als sehr schwierig bzw. schwierig einstufen (vgl. Rz 263). Die Einzelhändlerinnen, die nur zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisiert

sind[160], schätzen eine Kompensation des durch eine Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. eine Nichtbelieferung mit Ersatzeilen entstehenden Umsatzverlustes hingegen mehrheitlich als neutral, leicht oder sehr leicht ein (vgl. Rz 264).

263. Als Konsequenzen einer Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. einer Nichtbelieferung mit Ersatzeilen nennen die Einzelhändlerinnen einen Umsatzverlust (1 Nennung), Entlassungen (5 Nennungen) und Imageverlust (1 Nennung). Zudem wäre ein guter Service für Kundinnen und Kunden bzw. ein sofortiger Service ohne Wartezeit nicht mehr möglich (2 Nennungen). Drei Einzelhändlerinnen haben angegeben, dass es keine Konsequenzen bzw. keinen spürbaren Einfluss auf den Geschäftserfolg habe. Eine Einzelhändlerin führt aus, dass SAV selbst nicht rentabel, aber wichtig für die Kundinnen und Kunden sei. In diesem Sinne haben zwei Einzelhändlerinnen auch angeführt, dass SAV hauptsächlich eine Dienstleistung für die Kundinnen und Kunden sei. Elf der 15 Einzelhändlerinnen stufen – trotz den obigen Umsatzangaben mit SAV an Rolex-Uhren – eine Kompensation des durch eine Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. eine Nichtbelieferung mit Ersatzeilen entstehenden Umsatzverlustes als sehr schwierig bzw. schwierig ein.[161] Begründet wird dies damit, dass Rolex-Uhren in grosser Menge auf dem Markt seien bzw. die Nachfrage nach SAV-Arbeiten bei keiner anderen Uhrenmarke so gross sei (4 Nennungen), andere Uhrenmarken keinen gleichwertigen Ersatz darstellen würden (2 Nennungen), eine Umrüstung des Ateliers auf andere Uhrenmarken schwierig sei (1 Nennung) und nur eine teilweise Kompensation mit SAV an anderen Uhrenmarken möglich sei (1 Nennung). Vier Einzelhändlerinnen schätzen eine Kompensation des Umsatzverlustes durch eine Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. eine Nichtbelieferung mit Ersatzeilen als neutral ein. Sie begründen dies mit dem tiefen Umsatzanteil des SAV (2 Nennungen). Auf die Frage, wie die Möglichkeit, auf andere Uhrenmarken auszuweichen, beurteilt werde, hielten die Einzelhändlerinnen fest, dass dies schwierig, nicht oder schlecht möglich bzw. praktisch unmöglich sei (4 Nennungen). Es sei schwierig einen Ersatz für Rolex-Uhren zu finden, weil eine SAV-Autorisation meistens an die Konzession für den Verkauf der Uhren geknüpft sei. Zudem sei es fraglich, ob dies wirtschaftlich sei. Bei Rolex-Uhren seien Kundinnen und Kunden bereit, mehr Geld zu investieren. Ein Ausweichen auf andere Uhrenmarken sei aufgrund der notwendigen Umrüstung kompliziert und mit hohen Kosten verbunden (jeweils 1 Nennung). Zwei Einzelhändlerinnen hielten fest, dass diese Möglichkeit immer bestehe bzw. Optionen bestehen würden.

264. Die elf Einzelhändlerinnen, die nur zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisiert sind,[162] schätzen die Konsequenzen einer Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. einer Nichtbelieferung mit Ersatzeilen wie folgt ein. Es gebe keine Konsequenzen (3 Nennungen), keine grossen Konsequenzen aufgrund des Umsatzanteils (1 Nennung) und nicht allzu schlechte Konsequenzen, da das Geschäftsvolumen und die Gewinnspanne klein seien (1 Nennung). Als Konsequenz wurde auch genannt, dass keine vollumfänglichen Serviceleistungen mehr angeboten werden könnten sowie Kompetenzeinbusse, was sich auf Neuabschlüsse im ganzen Sortiment auswirke. Zwei der elf Einzelhändlerinnen stufen eine Kompensation des durch eine Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. eine Nichtbelieferung mit Ersatzeilen entstehenden Umsatzverlustes als schwierig ein.[163] Begründet wird dies damit, dass eine Schwächung der Dienstleistungsbereitschaft dem Ansehen und der Kompetenz abträglich sei (1 Nennung). Fünf Einzelhändlerinnen schätzen eine Kompensation des Umsatzverlustes als neutral ein. Sie begründen dies damit, dass der Reparaturanteil bzw. das Geschäftsvolumen von Tudor marginal sei (3 Nennungen) und der Umsatz mit SAV an Tudor-Uhren nicht wichtig sei (1 Nennung). Zwei Einzelhändlerinnen bzw. eine Einzelhändlerin stufen eine Kompensation des Umsatzverlustes als sehr leicht bzw. leicht ein und begründen dies mit unbedeutendem Umsatzverlust. Auf die Frage, wie die Möglichkeit, auf andere Uhrenmarken auszuweichen, beurteilt werde, halten die Einzelhändlerinnen fest, dass dies kein Problem sei (1 Nennung) und kein Handlungsbedarf herrsche (2 Nennungen). Die Möglichkeit auf andere Uhrenmarken auszuweichen wurde als neutral (1 Nennung) und als leicht (1 Nennung) beurteilt bzw. das Ausweichen werde als Chance betrachtet (1 Nennung). Eine Einzelhändlerin hielt fest, dass es schwierig sei auf andere Uhrenmarken auszuweichen, da die Uhrenmarken vorgeben würden, wer SAV-Aufträge annehmen dürfe und dies oft in Zusammenhang mit dem Verkauf angesehen würde.

265. Gemäss Zusammenschlussparteien hätte die Rolex-Gruppe keinen Anreiz zur Durchführung einer Abschottungsstrategie bezogen auf die Lieferung von Ersatzteilen. Der Umsatz mit SAV der Bucherer-Gruppe sei gemessen am Gesamtumsatz […]. Der Anteil des Umsatzes mit SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren machte im Jahr 2022 [0-10] % bzw. [0-10] % am Unternehmensumsatz aus (vgl. Rz 139). Relevante Gewinne für die Rolex-Gruppe mittels Monopolisierung der Händlermarge durch Einstellung der Ersatzteillieferungen an von den Zusammenschlussparteien unabhängige SAV-Erbringer seien damit ausgeschlossen.

266. Aufgrund der Marktstellung der Rolex-Gruppe in den Märkten für Ersatzteile für Rolex- und Tudor-Uhren sowie der Wichtigkeit der Ersatzteile für die Erbringung von SAV an diesen Uhren dürften die Zusammenschlussparteien über die Fähigkeit zur Abschottung von Einsatzmitteln verfügen. Vorliegend werden jedoch den kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer Abschottung von Einsatzmitteln mit der nachfolgend wiedergegebenen Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe Rechnung getragen.

[160] 15 von den insgesamt 26 befragten Einzelhändlerinnen sind zum Verkauf von sowohl Rolex-Uhren als auch Tudor-Uhren autorisiert. Diese beantworteten die Fragen betreffend die Konsequenzen einer Nichtzulassung als Servicezentrum bzw. einer Nichtbelieferung mit Ersatzeilen und einer Kompensation des dadurch entstehenden Umsatzverlusts aus Sicht einer Rolex-Einzelhändlerin und haben ihre Antworten trotz Bitte um Differenzierung nicht für Tudor-Uhren spezifiziert. Deshalb wird an dieser Stelle auf die Antworten der elf Einzelhändlerinnen eingegangen, die nur zum Verkauf von Tudor-Uhren autorisiert sind.

[161] Auswahlmöglichkeiten zur Beantwortung der entsprechenden Frage waren: sehr schwierig, schwierig, neutral, leicht und sehr leicht.

[162] Vgl. Fn 160.

[163] Eine Einzelhändlerin hat diese Frage nicht beantwortet. Vgl. Fn 161.

267. Die Rolex-Gruppe hält nämlich fest, dass sie auch nach dem Zusammenschluss kein Interesse daran habe, Ersatzteillieferungen an die unabhängigen autorisierten Einzelhändlerinnen zu beschränken, da die Rolex-Gruppe den Kundinnen und Kunden ein weitreichendes und gut funktionierendes Netz an autorisierten Servicezentren bieten möchte. Diese Aussage bekräftigt die Rolex-Gruppe auch mit Schreiben vom 15. Februar 2024 und macht darin die folgende Verpflichtungszusage (Übersetzung des Sekretariats; vgl. Rz 9 und Rz 156 ff.):

> *Wie bei der Aufrechterhaltung des Netzes von Servicezentren darf auch der Zugang zu Ersatzteilen für Rolex-Uhren nicht verändert werden. Alle zugelassenen Betreiber von autorisierten Servicezentren haben in gleicher Weise Zugang zu Rolex Ersatzteilen.*

268. Die Rolex-Gruppe hat am 3. Mai 2024 schriftlich bestätigt, dass die obenstehende Verpflichtungszusage in jedem Fall beide Uhrenmarken der Rolex-Gruppe betreffe, nämlich die Marken Rolex und Tudor. Folglich gelte diese sowohl für Uhren der Marke Rolex als auch für Uhren der Marke Tudor.

269. Die Rolex-Gruppe erklärt, die obige Verpflichtung in jedem Fall fünf Jahre ab Erhalt der Genehmigung durch die WEKO und danach, solange sich die allgemeinen wirtschaftlichen Bedingungen, das Marktumfeld und die betriebswirtschaftlichen Parameter innerhalb der Rolex-Gruppe nicht wesentlich ändern, einzuhalten (vgl. Rz 156 ff.).

270. In Bezug auf eine **Abschottung von Kundinnen** ist festzuhalten, dass die Rolex-Gruppe bereits vor dem Zusammenschluss die einzige Anbieterin von Ersatzteilen für Rolex- und Tudor-Uhren ist. Einzige alternative Bezugsquelle ist der Graumarkt (vgl. Rz 217). Damit ist eine Abschottung von Kundinnen, bspw. durch Verringerung oder Einstellungen der Einkäufe bei Konkurrentinnen in den vorgelagerten Märkten, den Ersatzteilmärkten für Rolex- und Tudor-Uhren, vorliegend für die Beurteilung nicht relevant, da die Bucherer-Gruppe bereits jetzt alle Ersatzteile bei der Rolex-Gruppe bezieht.

271. Basierend auf den vorgängigen Ausführungen ist festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben aufgrund der von der Rolex-Gruppe abgegebenen Verpflichtungszusage nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer Abschottung von Einsatzmitteln führt.

B.4.3 Ergebnis

272. Die Analyse der Wettbewerbssituation im oberen Preissegment des schweizweiten und weltweiten Marktes für die Herstellung von Uhren hat ergeben, dass das Zusammenschlussvorhaben nur zu einer marginalen Marktanteilsaddition führt und auch nach dem Zusammenschluss genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

273. Die Analyse der Wettbewerbssituation im oberen Preissegment des Marktes für den Einzelhandel mit neuen Uhren auf nationaler Ebene hat gezeigt, dass das Zusammenschlussvorhaben nur zu einer marginalen Marktanteilsaddition führt und auch nach dem Zusammenschluss genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist, um die Zusammenschlussparteien zukünftig zu disziplinieren. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

274. Die Analyse der Wettbewerbssituation auf dem lokalen Markt für den Einzelhandel mit neuen Uhren in Genf hat gezeigt, dass auch nach dem Zusammenschluss genügend aktuelle Konkurrenz vorhanden ist. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben in diesem lokalen Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

275. Den kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer Abschottung von Einsatzmitteln mit daraus folgenden wettbewerbsverzerrenden Effekten im nachgelagerten Markt für den Einzelhandel mit neuen Uhren werden mit der Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe, den Vertrieb der Rolex- und Tudor-Uhren nicht zu ändern, Rechnung getragen.

276. Den allfälligen kartellrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer möglichen Abschottung von Kundinnen mit daraus folgenden wettbewerbsverzerrenden Effekten im vorgelagerten Markt für die Herstellung von Uhren werden mit der Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe, den Mehrmarkenvertrieb der Bucherer-Gruppe nicht zu ändern, Rechnung getragen.

277. Die Analyse der Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren auf nationaler Ebene hat gezeigt, dass Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss in diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

278. Die Analyse der lokalen Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren in Genf hat ergeben, dass Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben in diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

279. Aufgrund der Verpflichtungszusage der Rolex-Gruppe, die Ersatzteillieferungen unverändert zu belassen, führt das Zusammenschlussvorhaben hinsichtlich einer Abschottung von Einsatzmitteln mit daraus folgenden wettbewerbsverzerrenden Effekten in den nachgelagerten Märkten für SAV an Rolex- und Tudor-Uhren nicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

280. Bestehen wie vorliegend Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben, wird dieses normalerweise in einer zweiten Phase geprüft (Art. 10 Abs. 1 KG). Dabei wird beurteilt, ob sich die Anhaltspunkte bestätigen und ob durch die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit geschaffen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.[164]

[164] Vgl. RPW 2020/2, 806 Rz 331 ff., *Sunrise/Liberty Global*.

281. Die eingehende Prüfung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung führt indes zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Dies aus folgenden Gründen:

- In den Märkten für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren auf nationaler Ebene besteht nach dem Zusammenschluss ein Restwettbewerb in Form aktueller Konkurrenz sowie Randsubstitution.
- In den lokalen Märkten für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren in Genf besteht nach dem Zusammenschluss wenig Restwettbewerb.
- Angesichts der Verpflichtungszusagen der Rolex-Gruppe ist davon auszugehen, dass mit der Aufrechterhaltung der schon vor dem Zusammenschluss bestehenden SAV- und Vertriebsnetze der Rolex-Gruppe der verbleibende Restwettbewerb in diesen Märkten sowie die Möglichkeit, mittels Zulassung in diesen Märkten tätig zu werden, zumindest in den nächsten fünf Jahren in vergleichbarem Ausmass fortbestehen werden.
- Die befragten 26 autorisierten Einzelhändlerinnen gehen mehrheitlich davon aus, dass sich der Wettbewerb in den Märkten für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren nach dem Zusammenschluss nicht verändern wird. Auch die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf ihr Unternehmen werden von den 26 befragten Einzelhändlerinnen mehrheitlich neutral oder positiv eingeschätzt.

282. Aus den dargelegten Gründen sowie der Tatsache, dass die Marktvolumen der schweizweiten Märkte für SAV an Rolex- bzw. Tudor-Uhren im Vergleich zu jenem des Einzelhandels mit Uhren klein bzw. sehr klein sind und diese Märkte damit wirtschaftlich eher unbedeutend sind, wird aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Durchführung einer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens nach Art. 10 KG verzichtet.[165]

C Kosten

283. Die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses durch das Sekretariat ist gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. b KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) gebührenpflichtig.

284. Für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG wird eine Pauschalgebühr von CHF 5000 erhoben (Art. 4 Abs. 3 GebV-KG). Gemäss Praxis des Sekretariats ist auch die vorgängige Beurteilung eines Meldungsentwurfs in der Regel durch die Pauschalgebühr von CHF 5000 gedeckt, sofern danach eine definitive Meldung eingereicht wird und das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 KG beurteilt werden kann.[166]

285. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 GebV-KG und die Erhebung einer Pauschalgebühr kann sich in Ausnahmefällen als nicht sachgerecht erweisen, wenn bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung Ermittlungen durchgeführt werden, die gemäss Gesetzessystematik erst im Rahmen der vertieften Prüfung vorgenommen werden.[167] In solchen Fällen kann sich die Gebührenerhebung nach Zeitaufwand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG rechtfertigen.[168]

286. Im vorliegenden Verfahren ging der Einreichung der Meldung am 12. April 2024 eine Beratung zu insgesamt drei Meldungsentwürfen sowie eine aufwändige Marktbefragung voraus. Den ersten Meldungsentwurf reichten die Zusammenschlussparteien am 9. Oktober 2023 ein, den zweiten am 14. November 2023 und den dritten am 25. Januar 2024. In den Meldungsentwürfen fehlten jeweils insbesondere hinreichende Angaben betreffend den Bereich SAV (namentlich zu den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien). Das Fehlen dieser Angaben machte Ermittlungen im Rahmen einer Befragung von 27 Einzelhändlerinnen, deren Verkaufsstellen im Zeitraum 2020 bis heute von der Rolex-Gruppe für SAV an Rolex- und/oder Tudor-Uhren autorisiert waren bzw. sind, erforderlich (vgl. Rz 8). Die entsprechende Marktbefragung führte das Sekretariat im Zeitraum vom 19. Februar 2024 bis zum 9. April 2024 im Einverständnis mit den Zusammenschlussparteien durch und verwendete die Ergebnisse für die Beurteilung des Zusammenschusses (vgl. Rz 8 sowie insbesondere Rz 129 ff.).

287. Aufgrund des vorstehend beschriebenen besonderen Ermittlungsaufwands rechtfertigt sich vorliegend eine Gebührenerhebung nach Zeitaufwand im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG ab Beginn der Marktbefragung am 19. Februar 2024.

288. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich bei der Gebührenerhebung nach Zeitaufwand nach Art. 4 f. GebV-KG. Gemäss Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

289. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden rechtfertigt sich vorliegend ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die seit dem 19. Februar 2024 aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 477,33 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- […];
- […];
- […].

Für den Aufwand ab dem 19. Februar 2024 resultiert damit insgesamt eine Gebühr von CHF 91'610,10.

---

[165] Vgl. RPW 2023/2, 343 Rz 180 ff., P*HOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen*; RPW 2022/3, 669 Rz 78 ff., *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.

[166] RPW 2016/1, 254 Rz 23, *General Electric Company/ALSTOM Energy – Kostenverfügung*.

[167] Vgl. RPW 2007/4, 591 Rz 244, *SWX Group/VereinSWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; RPW 2023/2, 344 Rz 183 ff., *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen*.

[168] RPW 2007/4, 591 Rz 244, *SWX Group/VereinSWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; RPW 2023/2, 344 Rz 185, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG/Gemeinschaftsunternehmen*.

290. Für die Beurteilung der Meldungsentwürfe vor dem 19. Februar 2024 wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von CHF 5000 erhoben.

291. Die Gesamtgebühr beträgt damit CHF 96'610,10.

292. Gebührenpflichtig ist, wer das Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG), vorliegend also die Zusammenschlussparteien. Diese tragen die Gesamtgebühr unter solidarischer Haftung (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllGebV; SR 172.041.1]).

B 2.3	**10. Coop-Gruppe/Coop Pronto**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. Dezember 2024

1. Am 15. November 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der Coop-Gruppe Genossenschaft (nachfolgend: Coop) über das Zielunternehmen Coop Pronto AG (nachfolgend: Coop Pronto oder Zielunternehmen).

2. Coop mit Sitz in Basel ist die Dachgesellschaft der Coop-Gruppe, diese ist in Form einer Genossenschaft organisiert und zählt über 2,5 Mio. Genossenschaftsmitglieder. Die Coop Gruppe ist in den Bereichen Detailhandel, Grosshandel und Produktion tätig. Im Bereich Detailhandel erstreckt sich die Geschäftstätigkeit der Coop-Gruppe einerseits mittels ihres Kerngeschäfts, der Coop-Supermärkte und der Coop City Warenhäuser, auf den Food-, Near-Food und Non-Food-Bereich; andererseits betreibt die Coop-Gruppe auch diverse Fachformate im Non-Food-Bereich (z.B. Interdiscount, Fust, Livique, Lumimart, Jumbo). Mit ihren 23 Coop to go-Filialen ist die Coop-Gruppe zudem aktiv im Detailhandel über Convenience-Shops.[1]

3. Coop Pronto mit Sitz in Allschwil (BL) ist derzeit eine gemeinsame Tochtergesellschaft von Coop und der Phillips 66 Limited mit Sitz in London (Grossbritannien). Coop Pronto ist in der Schweiz und in Liechtenstein in den folgenden drei Geschäftsbereichen tätig: (1) dem Betreiben eines Tankstellennetzes, (2) dem Betreiben von Convenience Shops unter der Marke Coop Pronto an den 264 Tankstellenstandorten sowie an weiteren gut frequentierten 65 Standorten mittels eines Franchisesystems und (3) dem Verkauf von Mineralölprodukten (Treibstoffe, Heizöl) sowohl auf Grosshandels- wie auch auf Detailhandelsebene. Coop Pronto ist das Zielunternehmen der vorliegenden Transaktion und als Tochtergesellschaft von Coop dem Bereich Detailhandel der Coop-Gruppe zugeordnet.

4. Phillips 66 Limited (nachfolgend: Phillips 66) ist eine Tochtergesellschaft der Phillips 66-Gruppe mit Sitz in Houston (Texas, USA), einem weltweit tätigen Unternehmen der Energieversorgung, welches insbesondere in den Bereichen Ferntransport und Aufbereitung von Öl und Gas («Midstream»), Raffinerien, Marketing sowie erneuerbare Kraftstoffe aktiv ist.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke Coop, den Aktienanteil von Phillips 66 zu übernehmen und die Geschäftstätigkeit von Coop Pronto mit der aktuellen Geschäftsstrategie fortzuführen. Durch die Akquisition werde eine Festigung der über Jahrzehnte mit Coop Pronto aufgebauten Position im Markt beabsichtigt. Phillips 66 verfolge durch den Verkauf ihrer Anteile an Coop Pronto eine Konzentration auf ihr Kerngeschäft.

6. Coop und Phillips 66 (nachfolgend: die Parteien) vereinbarten, dass Coop nach Vollzug der Transaktion 100 % der Aktien und Stimmrechte und damit die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen Coop Pronto erwirbt. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

7. Die Coop-Gruppe und das Zielunternehmen Coop Pronto erzielten im Geschäftsjahr 2023 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und auch jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio. schweizweit, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

8. Durch das vorliegende Zusammenschlussverfahren erfolgt lediglich ein Kontrollwechsel von einer gemeinsamen zu einer alleinigen Kontrolle. Es werden somit keinerlei zusätzliche Geschäftstätigkeiten von kontrollierendem und kontrolliertem Unternehmen kombiniert. Damit kann grundsätzlich das die Kontrolle aufgebende Unternehmen mit dem Zielunternehmen (wieder) in Wettbewerb treten, womit ein solcher Kontrollwechsel in der Regel nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.[2]

9. Zudem ist vorliegend zu berücksichtigen, dass gemäss Angaben der Parteien, Phillips 66 ihre Beteiligung am Zielunternehmen als eine nicht-operativ tätige Beteiligung bezeichnet und das operative Geschäft des Zielunternehmens bisher bereits faktisch (allein) durch die Coop Gruppe bestimmt und ausgeübt wurde.

10. Entsprechend komme es infolge der Transaktion zu keiner Änderung für Endkundinnen und Endkunden. In Bezug auf die Geschäftsaktivitäten auf den Absatzmärkten von Coop Pronto und Coop gibt es nur eine theoretische Überschneidung im Bereich der Convenience-Shops (vgl. Rz 2 f.), sofern man, trotz bestehender Beteiligung von Coop an Coop Pronto, die Aktivitäten von Coop Pronto nicht auch bereits Coop zurechnen würde. Im Fall einer solchen angenommenen Trennung von Coop und Coop Pronto betreibt Coop ihre Coop to go-Filialen allein und Coop Pronto «eigene» Convenience

[1] Vgl. auch RPW 2021/4, 857 Rz 2, *Coop-Gruppe Genossenschaft/ Jumbo-Markt AG*.
[2] RPW 2020/1, 235 Rz 28 ff., *Admeira/Ringier*.

Shops. Daher ergibt sich eine theoretische Marktanteilsaddition im Markt für Convenience-Shops. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich daher auf den Markt für Convenience-Shops, weil es hier theoretisch zu einer Marktanteilsaddition kommt und die Wettbewerbssituation sich (theoretisch) ändern könnte.

11. Die WEKO ist in ihrer jüngsten Praxis sowohl von einem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) als auch von einem sachlich relevanten Markt für Tankstellenshops ausgegangen.[3] Vorliegend wird von einem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) ausgegangen.[4] Die WEKO betrachtete in ihrer bisherigen Praxis in diesem Markt sowohl die nationale als auch die lokale Ebene, wobei von lokalen Marktradien von zwei Kilometern zu Fuss und fünf Autofahrminuten um den jeweiligen Convenience-Shop ausgegangen wurde.[5]

12. Auf dem schweizweiten Markt für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil im Geschäftsjahr 2023 auf [20–30] %; davon entfallen [0–10] % auf Coop und [10–20] % auf Coop Pronto. Für die Geschäftsjahre 2021 und 2022 geben die Parteien gemeinsame Marktanteile von [10–20] % bzw. [10–20] % an. Damit verfügen die Parteien im Jahr 2023 über einen gemeinsamen Anteil von 20 % oder mehr und es liegt ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

13. Im schweizweiten Markt für Convenience-Shops (einschliesslich Tankstellenshops) führt das Zusammenschlussvorhaben nur zu einer marginalen Erhöhung des gemeinsamen Marktanteils um [0-10] Prozentpunkte. In diesem Markt besteht zudem Wettbewerbsdruck durch etablierte Wettbewerberinnen, wie beispielsweise die Migros-Gruppe (Migrol-Shops und Migrolino), die Valora-Gruppe (avec) sowie mehrere mittelgrosse Wettbewerberinnen (z.B. Agrola mit TopShop, Ruedi Rüssel mit Ruedi Rüssel Shop oder Spar Express).

14. Auf der lokalen Ebene befinden sich die Coop to go-Verkaufsstellen insbesondere mitten im Stadtzentrum (8 Standorte), in Vierteln mit vielen Bürogebäuden oder Universitäten (3 Standorte) und zudem an hochfrequentierten Verkehrsknotenpunkten wie Bahnhöfen oder Flughäfen (12 Standorte). Alle diese Standorte sind gut zu Fuss zu erreichen und aufgrund ihrer Lage besteht genügend etablierte Konkurrenz (z.B. Denner Express, Migrolino, avec, Spar Express), selbst wenn es auf lokalen Märkten zu einer Marktanteilsaddition mit Coop Pronto kommt. Zudem befinden sich die Coop Pronto Shops an Tankstellen meist nicht an Standorten, die gut zu Fuss erreichbar sind und somit nicht in denselben lokalen Märkten wie die Coop to go-Verkaufsstellen, da die Standorte der Tankstellenshops insbesondere auf den Individualverkehr ausgerichtet sind. Insgesamt ist daher auch auf lokaler Ebene von keiner relevanten Änderung der Wettbewerbssituation durch die Erhöhung der 329 Verkaufsstellen von Coop Pronto um weitere 23 Coop to go-Shops auszugehen.

15. Derzeit sei zudem nicht geplant, die bewährten Beschaffungsstrukturen infolge des Zusammenschlussvorhabens anzupassen. Daher werde es auch zu keiner Änderung der Lieferantenbeziehungen (z.B. Auslistungen) kommen. Im Ergebnis wird der Zusammenschluss auf den Beschaffungsmärkten keine Auswirkungen haben und die Wettbewerbssituation auf diesen wird sich dadurch nicht verändern, weshalb eine weitere Analyse der Beschaffungsmärkte vorliegend nicht notwendig ist.

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

[3] RPW 2023/1, 136 Rz 19, *Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Volare-Gruppe*.

[4] Coop betreibt ihre Coop to go-Filialen nicht an Tankstellen und daher kommt es auf einem separaten Markt für Tankstellenshops zu keiner Marktanteilsaddition und auch keiner Änderung der bestehenden Wettbewerbssituation.

[5] Vgl. u.a. RPW 2023/1, 138 Rz 31, *Valora Schweiz AG/Unternehmensteil der Volare-Gruppe*.

B 2.3	**11. CTS EVENTIM AG & Co. KGaA/Fnac Darty Participations et Services SA/France Billet SAS**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG[1]

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. November 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU[2] *vom 5. November 2024*

A Sachverhalt

1. Am 11. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Danach beabsichtigen die CTS EVENTIM AG & Co. KGaA und die Fnac Darty Participations et Services SA, die gemeinsame Kontrolle über die France Billet SAS zu erwerben. Die France Billet SAS wird gegenwärtig von der Fnac Darty Participations et Services SA alleine kontrolliert. Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt einen Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über die France Billet SAS.

2. Die **CTS EVENTIM AG & Co. KGaA** (nachfolgend: **CTS EVENTIM**) mit Sitz in München, Deutschland, ist an der Börse Frankfurt kotiert und ist die Konzernmutter der CTS EVENTIM-Gruppe. Die Hauptverwaltung der Gruppe befindet sich in Hamburg, Deutschland. CTS EVENTIM wird ultimativ von Klaus-Peter Schulenberg kontrolliert.[3]

3. Die CTS EVENTIM-Gruppe ist im Ticketing und im Live-Entertainment tätig. Im Bereich Ticketing hält CTS EVENTIM in der Schweiz eine Beteiligung von 50 % an der Ticketcorner Holding AG und übt mit der Ringier AG gemeinsame Kontrolle über die Ticketcorner Holding AG aus. Die Ticketcorner Holding AG hält 100 % der Aktien der Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner).[4] Das Kerngeschäft von Ticketcorner ist der Betrieb eines Ticketingunternehmens, wozu die Erbringung von Fremdvertriebsdienstleistungen[5] für Veranstaltungen verschiedenster Art sowie die Bereitstellung von Softwarelösungen für den Eigenvertrieb[6] von Tickets gehört.[7] Ticketcorner ist der WEKO bereits aus dem Zusammenschlussverfahren Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG bekannt.[8] Seit dem 6. Juni 2024 kontrolliert CTS EVENTIM aufgrund des Erwerbs des Festival- und internationalen Ticketing-Geschäfts von Vivendi zudem auch die See Tickets AG (nachfolgend: See Tickets). See Tickets bezweckt den Betrieb einer Ticketingorganisation für Veranstaltungen jeglicher Art, wozu die Erbringung von Fremdvertriebsdienstleistungen und die Bereitstellung von Softwarelösungen für den Eigenvertrieb von Tickets gehört.[9] Im Bereich Live-Entertainment planen die Schweizer Tochtergesellschaften[10] von CTS EVENTIM Tourneen und Veranstaltungen in der Schweiz, bereiten diese vor und führen sie durch.[11]

4. Die **Fnac Darty Participations et Services SA** (nachfolgend: **Fnac Darty**) mit Sitz in Ivry-sur-Seine, Frankreich, ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Fnac Darty SA. Die Fnac Darty SA ist an der Euronext Paris kotiert und ist die Konzernmutter der Fnac Darty-Gruppe. Fnac Darty wird nicht durch einen einzelnen Aktionär kontrolliert; die Aktien befinden sich im Streubesitz.[12]

5. In der Schweiz ist Fnac Darty über ihre Tochtergesellschaft FNAC (Suisse) SA (nachfolgend: Fnac Suisse) tätig. Fnac Suisse vertreibt als Einzelhändlerin Kultur- und Freizeitgüter, Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte. Zudem vertreibt Fnac Suisse gestützt auf den mit Ticketcorner im Juni 2020 abgeschlossenen […] Subdistributionsvertrag über ihre Webseite <https://www.fnactickets.ch/> und über ihre physischen Verkaufsstellen in der Westschweiz (8 Fnac-Filialen und 14 Shop-in-Shops in Manor-Filialen) den Ticketcorner-Katalog.[13]

6. Die **France Billet SAS** (nachfolgend: **France Billet**) mit Sitz in Ivry-sur-Seine, Frankreich, ist ein französisches Unternehmen, das gegenwärtig von Fnac Darty alleine kontrolliert wird.[14] France Billet vertreibt über ihre französische Webseite <https://www.francebillet.com> und über ihre physischen Verkaufsstellen in Frankreich Tickets für Veranstaltungen in und – in beschränktem Umfang – ausserhalb von Frankreich. Darüber hinaus bietet France Billet über die von ihr und der Fimalac-Gruppe gemeinsam kontrollierte Tick & Live SAS (nachfolgend: Tick & Live) Eventveranstaltern Softwarelösungen für die Administration und Abwicklung des Eigenvertriebs von Tickets an. In der Schweiz verfügt France Billet weder über physische Verkaufsstellen noch über eine Schweizer Webseite für den Ticketvertrieb an

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[3] Meldung, Rz 2 f.
[4] Beilage 2, S. 15.
[5] Siehe unten Rz 16.
[6] Siehe unten Rz 16.
[7] <https://zh.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-112.123.555> (31.10.2024); RPW 2018/3, 617 Rz 6, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.
[8] Vgl. RPW 2018/3, 616 ff., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.
[9] <https://zh.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-115.767.482> (31.10.2024).
[10] Für eine Übersicht siehe Beilage 2, S. 17.
[11] Meldung, Rz 5 ff.
[12] Meldung, Rz 15 f.
[13] Meldung, Rz 19 f. und Fn 13.
[14] Siehe unten Rz 8.

Schweizer Endkunden; sie ist jedoch über ihr Gemeinschaftsunternehmen Tick & Live […][15] im Bereich Eigenvertriebslösungen tätig.[16]

7. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 10. September 2024 auch der Europäischen Kommission gemeldet.[17] Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben am 15. Oktober 2024 ohne Auflagen oder Bedingungen freigegeben.[18]

B Erwägungen

8. Fnac Darty hält gegenwärtig eine Beteiligung von 52 %[19] an France Billet und übt damit die alleinige Kontrolle über France Billet aus. Die restlichen 48 % der Stimmrechte werden von CTS EVENTIM gehalten, die diese Beteiligung im Jahr 2019 mit dem Framework and Sale Purchase Agreement vom 31. Oktober 2019 (nachfolgend: Framework and Sale Purchase Agreement) erworben hat. CTS EVENTIM beabsichtigt nun, weitere 17 % der Stimmrechte an France Billet zu erwerben. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt damit die zweite Phase nach dem Erwerb der Minderheitsbeteiligung an France Billet im Jahr 2019 dar und bezweckt den Eintritt in den französischen Markt seitens CTS EVENTIM.[20]

9. CTS EVENTIM und Fnac Darty streben mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben die gemeinsame Kontrolle über France Billet an. Gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische oder 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.[21] 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.[22]

10. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird CTS EVENTIM 65 % der Stimmrechte und Fnac Darty 35 % der Stimmrechte von France Billet halten.[23] Gemäss dem Framework and Sale Purchase Agreement wird Fnac Darty aber ein strategisches Vetorecht […] haben.[24] […].[25] […].[26] Es existiert kein […], der es CTS EVENTIM erlauben würde, eine Entscheidung gegen den Willen von Fnac Darty durchzusetzen.[27] Gestützt auf diese Angaben in der Meldung ist von einer künftigen gemeinsamen Kontrolle von CTS EVENTIM und Fnac Darty über France Billet auszugehen.

11. France Billet wird alle Voraussetzungen erfüllen, die gemäss Praxis der WEKO an ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU gestellt werden:[28] So wird France Billet weiterhin über eine eigene Marktpräsenz verfügen und als selbständige wirtschaftliche Einheit auftreten.[29] France Billet wurde auf unbestimmte Zeit errichtet und wird unbeschadet des Kontrollwechsels auf Dauer angelegt sein.[30] Sodann wird France Billet auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens über ein eigenes Management und genügend Ressourcen verfügen, um eigenständig auf dem Markt auftreten zu können.[31]

12. CTS EVENTIM und Fnac Darty werden somit nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gemeinsame Kontrolle über France Billet im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU ausüben.

13. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG im vorliegenden Fall überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Umsatz in der Schweiz in Mio. CHF
CTS EVENTIM	[…]	[…]
Fnac Darty	[…]	[…]
France Billet	[…]	[…]
Total	**[…]**	**[…]**

Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2022 (Quelle: Angaben der Zusammenschlussparteien[32])

[15] […].
[16] Meldung, Rz 24 ff., 77, 86.
[17] Meldung, Rz 71.
[18] <https://competition-cases.ec.europa.eu/search?search=M.11279&sortField=relevance&sortOrder=DESC> (16.10.2024).
[19] Beilage 4, S. 386.
[20] Meldung, Rz 39 f.
[21] RPW 2018/4, 871 Rz 42, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/2, 301 Rz 25, *Post/SBB/SwissSign*.
[22] RPW 2018/4, 871 Rz 43, *AZ Medien/NZZ*.
[23] Meldung, Rz 44.
[24] Meldung, Rz 45.
[25] Meldung, Rz 46 f.
[26] Meldung, Rz 49.
[27] Meldung, Rz 49.
[28] Vgl. RPW 2017/2, 301 Rz 29, *Post/SBB/SwissSign*; RPW 2016/1, 263 f. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.
[29] Meldung, Rz 54 ff.
[30] Meldung, Rz 59.
[31] Meldung, Rz 61 f.
[32] Meldung, Rz 74 f.

14. 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).

15. 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.

16. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung bildet die Sicht der Marktgegenseite.[33] Im Folgenden werden die Veranstalter als Marktgegenseite betrachtet. Veranstalter haben verschiedene Möglichkeiten, um den Vertrieb von Tickets zu gestalten: Erstens können sie die Tickets selbst vertreiben, wobei sie dazu bei Drittunternehmen eine entsprechende Softwarelösung nachfragen (Eigenvertrieb). Zweites haben sie die Möglichkeit, den Vertrieb der Tickets an ein auf dieses Geschäft spezialisiertes Unternehmen auszulagern (Fremdvertrieb). Drittens können sie den Vertrieb der Tickets parallel im Eigen- und Fremdvertrieb durchführen.[34] Die WEKO hat im Rahmen der vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG einen sachlich relevanten Markt für Eigenvertriebslösungen und einen sachlich relevanten Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen abgegrenzt.[35] Unternehmen, die auf dem Markt für Eigenvertriebslösungen tätig sind, stellen Veranstaltern – im Rahmen des sog. B2B-Geschäfts – umfassende Softwarelösungen für die Administration und Abwicklung des Eigenvertriebs von Ticktes zur Verfügung.[36] Auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen sind die Unternehmen als Agenten für Veranstalter tätig und vertreiben die Tickets im Namen und auf Rechnung der Veranstalter an die Endkunden.[37] Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, um von der Praxis der WEKO im Zusammenschlussverfahren Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG abzuweichen.

17. Gemäss Praxis der WEKO ist sowohl für Eigenvertriebslösungen als auch für Fremdvertriebsdienstleistungen ein nationaler Markt abzugrenzen.[38] Auch hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung sind keine Gründe ersichtlich, um von dieser Praxis abzuweichen.

18. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem das künftige Gemeinschaftsunternehmen France Billet tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Es geht somit um den Vertrieb von Tickets.

19. CTS EVENTIM ist über ihre Tochtergesellschaft See Tickets auf dem Schweizer Markt für **Eigenvertriebslösungen** tätig.[39] Gemäss Praxis der WEKO sind die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens für die Beurteilung der Marktstellung jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen.[40] Entsprechend sind im vorliegenden Fall – entgegen der Auffassung der Zusammenschlussparteien[41] – die Marktanteile von Ticketcorner zu 100 % bei CTS EVENTIM zu berücksichtigen. CTS EVENTIM ist somit in der Schweiz auch über ihr Gemeinschaftsunternehmen Ticketcorner im Bereich Eigenvertriebslösungen tätig. France Billet ist in der Schweiz über ihr Gemeinschaftsunternehmen Tick & Live […] im Bereich Eigenvertriebslösungen tätig.[42] Fnac Darty bzw. ihre Tochtergesellschaft Fnac Suisse sind auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen nicht tätig.[43]

20. Gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien[44] beträgt der Marktanteil von CTS EVENTIM auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen unter Zurechnung der Marktanteile von See Tickets und Ticketcorner[45] [40–50] % für das Geschäftsjahr 2022 und [40–50] % für das Geschäftsjahr 2023.[46] Die Zusammenschlussparteien schätzen den Marktanteil von France Billet auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen auf [0–10] % für das Geschäftsjahr 2022 und auf [0–10] % für das Geschäftsjahr 2023.[47] Es liegt damit zwar ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor, der Zusammenschluss führt auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen aber lediglich zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition.

---

[33] RPW 2018/3, 630 Rz 147, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[34] Vgl. RPW 2018/3, 641 f. Rz 209 ff.; 643 Rz 220; 646 Rz 235; 647 Rz 243 f., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[35] Für eine ausführliche Beschreibung dieser Märkte siehe RPW 2018/3, 627 ff. Rz 128 ff.; 644 ff. Rz 226 ff., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[36] RPW 2018/3, 644 Rz 226, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[37] RPW 2018/3, 630 Rz 144, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[38] RPW 2018/3, 644 Rz 225; 647 Rz 245 f., *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.

[39] Meldung, Rz 117, 121.

[40] RPW 2023/2, 358 Rz 122, *TX/BOM*; RPW 2017/4, 586 Rz 65, *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2014/4, 717 Rz 80, *Ringier/Le Temps*.

[41] Meldung, Rz 98, 117, 130; Beilage 13, Rz 37, 54.

[42] Meldung, Rz 32, 92, 115; siehe auch oben Fn 15.

[43] Meldung, Rz 116, 120.

[44] Die Zusammenschlussparteien haben die Marktanteile gestützt auf die Anzahl verkaufter Tickets geschätzt (vgl. Beilage 12); die Kommissionsumsätze sind nach Ansicht der Zusammenschlussparteien für die Beurteilung der Marktverhältnisse nicht aussagekräftig (Beilage 13, Rz 79). Für die Schätzung der Marktanteile sind jedoch die Kommissionsumsätze massgeblich, da im Falle von Eigenvertriebslösungen je nach Vergütungsmodell kein eigentlicher Zusammenhang zwischen den Kosten und der Anzahl über die Softwarelösung abgewickelten Tickets besteht (RPW 2018/3, 668 Rz 404, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*). Die Zusammenschlussparteien geben an, dass ihnen eine Schätzung gestützt auf die Kommissionsumsätze nicht möglich sei, da sie keine Kenntnis von den Kommissionsumsätzen der Wettbewerber hätten (Meldung, Fn 85, 88; Beilage 13, Rz 76). Die eigenen Kommissionsumsätze haben die Zusammenschlussparteien mitgeteilt (Beilage 13, Rz 78).

[45] Siehe oben Rz 19.

[46] Vgl. Beilage 12. […].

[47] Beilage 12. In den Geschäftsjahren 2019, 2020 und 2021 war France Billet auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen nicht tätig (Beilage 12).

21. Im Jahr 2017 ist Ticketmaster in den Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen eingetreten; drei weitere Anbieter – vivenu, Weezevent und Smeetz – sind im Jahr 2019 in den Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen eingetreten.[48] Gemäss Meldung fragen seit der Covid-19-Pandemie zudem vermehrt auch Museen, Zoos und Freizeitparks Eigenvertriebslösungen nach.[49] Der Marktanteil von CTS EVENTIM auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen ist gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien von […] % (2019) auf [40–50] % (2023) gesunken.[50] Nach Angaben der Zusammenschlussparteien konnten insbesondere die Wettbewerber SecuTix, vivenu, Weezevent und Smeetz in dieser Zeitspanne Marktanteile gewinnen.[51] […].[52]

22. CTS EVENTIM verfügt mit [40–50] % immer noch über einen sehr hohen Marktanteil auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen. Zudem hat sie aufgrund ihrer Stellung im benachbarten Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen einen Vorteil, da sie beide Dienstleistungen aus einer Hand anbieten kann.[53] CTS EVENTIM verfügt damit auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen nach wie vor über eine starke Stellung. Angesichts der sehr geringen Marktanteilsaddition[54] und der soeben beschriebenen Entwicklungen[55] führt der Zusammenschluss jedoch nicht zu einer Verstärkung dieser Stellung.

23. Gemäss den Marktanteilsschätzungen der Zusammenschlussparteien handelt es sich beim Schweizer Markt für **Fremdvertriebsdienstleistungen** um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.[56] CTS EVENTIM ist über ihre Tochtergesellschaft See Tickets und über ihr Gemeinschaftsunternehmen Ticketcorner[57] auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen tätig.[58] Fnac Darty bzw. ihre Tochtergesellschaft Fnac Suisse war bis im Mai 2023 (Online-Vertrieb von Tickets) bzw. September 2023 (physischer Vertrieb von Tickets) über ihre Tochtergesellschaft SwissBillet SA (nachfolgend: SwissBillet) auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen tätig.[59] France Billet ist auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen nicht tätig.[60] Im Jahr 2017 ist Ticketmaster in den Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen eingetreten.[61] Weiter nennen die Zusammenschlussparteien Eventfrog, Ticketino und Fever als Anbieterinnen von Fremdvertriebsdienstleistungen.[62]

24. Der Marktanteil von CTS EVENTIM beträgt in den Geschäftsjahren 2022 und 2023 auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen über [50–60] %[63]. Jener von Fnac Suisse bzw. ihrer Tochtergesellschaft SwissBillet liegt im Geschäftsjahr 2022 schätzungsweise bei unter [0–10] %; im Geschäftsjahr 2023 war SwissBillet praktisch ganz verschwunden.[64] Heute ist Fnac Suisse bzw. ihre Tochtergesellschaft SwissBillet nicht mehr auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen tätig.[65] […][66] […].[67] Hinzu kommt, dass im Gegensatz zum Jahr 2017 physische Verkaufsstellen für den Fremdvertrieb von Tickets nach Einschätzung der Zusammenschlussparteien nur noch eine marginale Bedeutung haben.[68] Der mit Abstand wichtigste Absatzkanal sei heute das Internet.[69]

25. Mit einem Marktanteil von über [50–60] % verfügt CTS EVENTIM auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen über eine starke Stellung. Angesichts der soeben beschriebenen Entwicklungen[70] ist jedoch nicht von einer Marktanteilsaddition oder vertikalen Effekten auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen auszugehen. Zudem ist die Marktanteilsaddition auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen derart gering, dass es auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen zu keiner Verstärkung der Marktstellung von CTS EVENTIM kommt. Der Zusammenschluss führt somit nicht zu einer Verstärkung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung von CTS EVENTIM auf dem Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen.

[48] Meldung, Rz 139 f.
[49] Meldung, Rz 127.
[50] Vgl. Beilage 12.
[51] Meldung, Rz 127; siehe auch Beilage 12.
[52] Meldung, Rz 129.
[53] Siehe unten Rz 26 und RPW 2018/3, 668 Rz 399 f.; 673 Rz 457, 459, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.
[54] Siehe oben Rz 20.
[55] Siehe oben Rz 21.
[56] Meldung, Rz 96; siehe auch Beilage 13, Rz 50.
[57] Siehe oben Rz 19.
[58] Beilage 13, Rz 36, 38.
[59] Beilage 13, Rz 9.
[60] Meldung, Rz 89; Beilage 13, Rz 2, 34, 51, 68.
[61] Beilage 13, Rz 63.
[62] Beilage 13, Rz 50, 63.
[63] Beilage 13, Rz 50. Die Zusammenschlussparteien haben die Marktanteile gestützt auf die Anzahl verkaufter Tickets geschätzt (vgl. Beilage 13, Rz 50). Für die Schätzung der Marktanteile sind jedoch die Kommissionsumsätze massgeblich (vgl. RPW 2018/3, 649 Rz 265, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*). Die Zusammenschlussparteien geben an, dass ihnen eine Schätzung gestützt auf die Kommissionsumsätze nicht möglich sei, da sie keine Kenntnis von den Kommissionsumsätzen der Wettbewerber hätten (Beilage 13, Rz 41). Die eigenen Kommissionsumsätze haben die Zusammenschlussparteien mitgeteilt (Beilage 13, Rz 42 und Anhang 1). […].
[64] Ein Vergleich der Kommissionsumsätze von Ticketcorner (Beilage 13, Rz 42) und SwissBillet (Beilage 13, Anhang 1) zeigt, dass die Marktanteile von SwissBillet sehr tief sind. So hat Ticketcorner im Geschäftsjahr 2022 einen Kommissionsumsatz von CHF […]; jener von SwissBillet beträgt hingegen lediglich CHF […]. Während Ticketcorner im Geschäftsjahr 2023 einen Kommissionsumsatz von CHF […] hat, beträgt der Kommissionsumsatz von SwissBillet sogar nur noch CHF […].
[65] Meldung, Rz 21; Beilage 13, Rz 35.
[66] Beilage 13, Rz 35, siehe auch Beilage 13, Rz 12, 18, 27. […].
[67] Beilage 13, Rz 3 ff.
[68] Beilage 13, Rz 71. Gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien gab es im Jahr 2017 in der Schweiz ca. 1'500 physische Verkaufsstellen; heute gibt es noch ca. 124 physische Verkaufsstellen (Beilage 13, Rz 72).
[69] Beilage 13, Rz 61, 71. Während beispielsweise bei Ticketcorner im Jahr 2017 noch rund […] % der Tickets über physische Verkaufsstellen vertrieben wurden, sind es heute nur noch etwas mehr als […] % (Beilage 13, Rz 73).
[70] Siehe oben Rz 24.

26. Entgegen der Auffassung der Zusammenschlussparteien[71] handelt es sich beim Schweizer Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen um einen benachbarten Markt zum Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen, da die Nutzer von Eigenvertriebslösungen in den meisten Fällen komplementär zum Eigenvertrieb auch Fremdvertriebsdienstleistungen in Anspruch nehmen und zumindest die Möglichkeit einer Koppelung dieser unterschiedlichen Dienstleistungen besteht.[72] Angesichts der sehr geringen Marktanteilsaddition auf dem Schweizer Markt für Eigenvertriebslösungen[73] ändert der Zusammenschluss jedoch nichts an der bestehenden Struktur der benachbarten Märkte.

27. Die Zusammenschlussparteien haben eine **Nebenabrede** gemeldet […].[74] […][75] […].[76] […][77] […].[78] […][79] […].[80]

28. Nebenabreden müssen mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für dessen Durchführung notwendig sein.[81] […].[82] Das von den Zusammenschlussparteien vereinbarte […] entspricht in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht[83] den Vorgaben der Praxis der WEKO[84] und kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

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

[71] Meldung, Rz 96 ff.
[72] RPW 2018/3, 672 Rz 441, *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*.
[73] Siehe oben Rz 20.
[74] Meldung, Rz 65.
[75] Im Framework and Sale Purchase Agreement ist vorgesehen, dass Fnac Darty berechtigt ist, ihre verbleibende Beteiligung von 35 % an France Billet an CTS EVENTIM zu verkaufen (Put-Option). Fnac Darty kann die Put-Option frühestens im Jahr 2026 ausüben (Meldung, Fn 34).
[76] Meldung, Rz 66.
[77] Siehe oben Fn 75.
[78] Meldung, Rz 67.
[79] […].
[80] Meldung, Rz 68.
[81] RPW 2018/4, 917 f. Rz 364 ff., *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/2, 308 f. Rz 159 ff., *Post/SBB/SwissSign*; RPW 2015/3, 504 f. Rz 232 ff., *Tamedia/ricardo.ch*.
[82] […].
[83] Vgl. Meldung, Rz 68 f.
[84] RPW 2020/2, 841 f. Rz 579 ff., *Sunrise/Liberty Global*; RPW 2020/1, 257 Rz 69, *Medbase/Zur Rose*; RPW 2019/4, 1187 f. Rz 21 ff., *Spital STS AG/Medbase AG*; RPW 2018/4, 919 Rz 379 ff., *AZ Medien/NZZ*; RPW 2017/2, 308 f. Rz 159 ff., *Post/SBB/SwissSign*; RPW 2015/4, 768 Rz 77, *Coop/Swisscom*.

B 2.3	**12. Novo Holdings/Musk Prosperity/Sylvan**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. Dezember 2024

1. Am 14. November 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über die Sylvan International Biotechnology Co Ltd (nachfolgend: Sylvan) durch die Novo Holdings A/S (nachfolgend: Novo) und die KKR & Co. Inc. (nachfolgend: KKR).

2. Novo mit Sitz in Hellerup (Dänemark) verwaltet das Vermögen der Novo Nordisk Stiftung (Novo Nordisk Fonden) durch strategische Investitionen in ein breites Portfolio von Unternehmen in den Bereichen Life Sciences und planetare Gesundheit sowie durch Risikokapital- und Finanzinvestitionen im Bereich der (medizinischen) Forschung.

3. KKR mit Sitz in den USA ist eine weltweit tätige Investmentgesellschaft, die Vermögensverwaltung sowie Kapitalmarkt- und Versicherungslösungen anbietet. KKR investiert in eine weite Bandbreite von Sektoren ohne spezifischen Investitionsfokus.[1] Über ihre Beteiligungen (Musk Prosperity Holdings Pte. Ltd. und Musk Investments Pte. Ltd.) kontrolliert KKR derzeit das Zielunternehmen Sylvan allein.

4. Sylvan mit Sitz in Huai'an (China) ist das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU oder Zielunternehmen) von Novo und KKR. Sylvan ist vorwiegend in der Entwicklung, Herstellung und Lieferung von Pilzmycel für Speisepilze (d.h. Sporen, die zur Herstellung von weissen, braunen und exotischen Pilzen verwendet werden) tätig. Zudem bietet das GU CMO-Fermentationsdienstleistungen[2] für Mikroben unter Verwendung von Pilzstämmen zur Herstellung von Pilzmycel und verwandten Bioprodukten an. Auch ist Sylvan in geringem Umfang u.a. Herstellerin von Biopestiziden. In der Schweiz ist Sylvan hauptsächlich im Vertrieb von Pilzmycel aktiv und stellt dafür technische Unterstützung im Anbau sowie zur Pflanzengesundheit zur Verfügung.

5. KKR und Novo (nachfolgend: die Parteien) bezwecken mit dem Zusammenschlussvorhaben, […].

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 31. Oktober 2024 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[3]

7. Aktuell hat KKR die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen und hält ca. […] % der Aktienanteile. Die Parteien haben vereinbart, dass Novo nach Vollzug des Zusammenschlusses einen Anteil von ca. […] % und KKR einen Anteil von ca. […] % am zukünftigen GU kontrollieren werden.

8. Der Verwaltungsrat besteht aus […] Mitgliedern, davon wird KKR […] Mitglieder und Novo […] Mitglieder ernennen. […] Die Parteien haben ein Vetorecht bei strategischen Entscheidungen des GU. KKR und Novo werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

9. Das GU wird eine eigene Marktpräsenz haben, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen; somit kann es als unabhängige Marktteilnehmerin tätig sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.[4]

10. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

11. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2023 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. Schweizweit erzielten mindestens zwei der beteiligten Unternehmen jeweils einen Umsatz von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

12. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in Bereichen, in welchen das GU künftige Aktivitäten mit Bezug zur Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte (vgl. Rz 4). Konkret handelt es sich um den Bereich für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel, den Bereich der CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben sowie den Bereich für die Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit.

[1] Vgl. u.a. RPW 2014/1, 303 Rz 2, *KKR & Co. L.P./Arle Capital Partners Limited/Hilding Anders Midco AB*; RPW 2015/4, 771 Rz 2, *KKR & Co. L.P/Selecta AG*; RPW 2022/3, 632 Rz 2, *KKR/PAI Partners/BCI/Refresco*; RPW 2023/4, 910 Rz 3, *KKR/TPG/Clean TopCo*.
[2] Unter dem Begriff CMO-Fermentationsdienstleistungen sind, gemäss Angaben der Parteien, sogenannte Auftragsherstellungs-Dienstleistungen im Bereich der Fermentation zu verstehen.
[3] Case COMP M.11703 – *Novo Holdings/KKR/Sylvan*.
[4] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

13. Die WEKO und die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) beschäftigten sich bisher noch nicht mit der Herstellung und Lieferung von Pilzmycel. Die Parteien schlagen vor, einen sachlich relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel abzugrenzen. Nach Ansicht der Parteien ist eine weitere Segmentierung, beispielsweise in unterschiedliche Pilzsorten, nicht notwendig. Aus Sicht der Endkonsumentinnen und Endkonsumenten würden diese Speisepilze im Hinblick auf ihre biologischen Eigenschaften oder ihren Nährstoffgehalt keine wesentlichen Unterschiede aufweisen. Die Pilze würden aus ausgewählten Pilzstämmen gezüchtet und geklont, sodass die kultivierten Pilzsorten dieselben wünschenswerten Eigenschaften aufweisen würden. Die WEKO geht vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel aus. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. In räumlicher Hinsicht bringen die Parteien vor, dass das GU Pilzmycel für die Belieferung des europäischen Marktes an seinen Standorten in Frankreich, den Niederlanden und Ungarn herstellt. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem europaweiten (EWR+CH-weiten) Markt für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da bei allen denkbaren räumlichen Abgrenzungen das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

15. Die WEKO und die EU-Kommission beschäftigten sich bisher noch nicht mit dem Bereich der CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben. Die Parteien schlagen einen sachlich relevanten Markt für CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben vor. Nach Angaben der Parteien würden Nachfragerinnen für die Fermentation eine bestimmte Mikrobe (mikrobieller Input) verlangen. Das so hergestellte Endprodukt (z.B. ein mikrobielles, pflanzliches, biologisches Produkt) unterscheide sich grundsätzlich von einem Endprodukt, das durch Fermentation mit Enzymen hergestellt wird. Die beiden Endprodukte würden daher nicht den gleichen Effekt erzielen.[5] Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. In räumlicher Hinsicht bringen die Parteien vor, dass Nachfragerinnen auf dem Markt für CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben diese von international agierenden Anbieterinnen weltweit beziehen würden und daher der Markt weltweit abzugrenzen sei. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem weltweiten Markt für CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da bei allen denkbaren und insbesondere einer engeren (mindestens) europaweiten (EWR+CH-weit) räumlichen Abgrenzungen das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.[6]

17. Die WEKO beschäftigte sich bisher noch nicht mit der Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit. Die Parteien schlagen vor, einen sachlich relevanten Markt für die Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit abzugrenzen. Die EU-Kommission beurteilte in ihrer Praxis Märkte in Bezug auf biologische Pflanzenschutzmittel (Biopestizide) als Produkte, die entweder mikrobielle Stoffe (Bakterien, Viren, Pilze oder Protozoen) oder ein Naturprodukt aus anderen Quellen wie Pflanzenextrakte oder Hefefermentationsprodukte enthalten. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften der Produkte auf der Nachfrageseite kam die EU-Kommission zum Schluss, dass mikrobielle Ernteeffizienzprodukte (nämlich Biostimulanzien und Biodünger) einen von den Biopestiziden getrennten Produktmarkt bilden.[7] Die WEKO geht vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit aus. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere die engere Abgrenzung eines eigenen Segmentes für Biopestizide (biologische Pflanzenschutzmittel), kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese in räumlicher Hinsicht von einem weltweiten Markt für die Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da das GU über keine Aktivitäten in Europa und nur in geringem Umfang in den USA auf diesem Markt tätig ist und somit das Ergebnis der Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

19. Im Markt für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil europaweit auf unter [30–40] % und weltweit auf weniger als [0–10] %. Bei einer europaweiten räumlichen Marktabgrenzung liegt somit ein betroffener Markt vor (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da Novo und KKR nur durch das GU auf dem Markt tätig sein werden, kommt es zu keiner Marktanteilsaddition.[8] Gemäss Angaben der Parteien führe das Zusammenschlussvorhaben im EWR und der Schweiz zu keinen vertikalen Beziehungen zwischen den Parteien und dem GU. Eine Abschottung von Kundinnen oder Lieferantinnen ist daher auszuschliessen.

[5] Bei Mikroben ist, gemäss Angaben der Parteien, das Endprodukt des Fermentations- und Herstellungsprozesses der lebende Mikroorganismus selbst, während bei Enzymen das Endprodukt ein spezifisches (nicht lebendes) Enzym ist, das den lebenden Mikroorganismus nur als Produktionswirt nutzt.

[6] Die Parteien geben an, dass die Transaktion auf europaweiten Märkten zu keinen Überschneidungen führen würde, da das GU seine CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben auf dem Markt ausschliesslich in den USA anbieten würde und […].

[7] Vgl. Case COMP M.8084, Rz 163 und Rz 2332, *Bayer/Monsanto*.

[8] Gemäss Angaben der Parteien erzielt das GU im Markt für die Herstellung und Lieferung von Pilzmycel im Jahr 2023 in der Schweiz lediglich einen Umsatz von ca. CHF […].

20. Im Markt für CMO-Fermentationsdienstleistungen für Mikroben schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil weltweit auf weniger als [0–10] %, wobei das GU nur in den USA tätig ist und es daher zu keiner Marktanteilsaddition im EWR und der Schweiz kommt. Im Markt für die Herstellung von biologischen Mitteln für die Pflanzengesundheit schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil weltweit deutlich weniger als [0–10] %.[9]

21. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

22. 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.

[9] KKR ist auf den genannten sachlich relevanten Märkten ausschliesslich über das GU tätig.

B 2.3	**13. Worldline Merchant Services Italia S.p.A./RCH S.p.A.**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Dezember 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Dezember 2024

1. Am 29. November 2024 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (**Meldung**) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU über REP S.r.l. (nachfolgend: REP) durch Worldline Merchant Services Italia S.p.A. (nachfolgend: Worldline Italien) und RCH S.p.A. (nachfolgend: RCH).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Worldline Italien ist im Register der Zahlungsinstitute der Bank von Italien eingetragen und bietet namentlich Acquiring Dienstleistungen an. Sie ist Teil der Worldline-Gruppe und steht unter alleiniger Kontrolle von Worldline N.V./S.A, die ihrerseits eine führende europäische Anbieterin von End-to-End-Zahlungsdienstleistungen ist und eine breite Palette von Hightech-Lösungen für den elektronischen Zahlungsverkehr und innovative Lösungen für «point-of-sales» und «online» Verkaufsumgebungen anbietet (z.B. Zahlungsterminals, Online Akzeptanz und Acquiring Dienstleistungen).
- RCH in den Bereichen Herstellung und Vertrieb von Registrierkassen und bietet folgende Produkte an: Registrierkassen und Registrierkassensysteme, Selbstbedienungskassen, Fiskaldrucker, Softwarelösungen und Zubehör.
- REP ist eine im italienischen Register eingetragene Vertragspartnerin und/oder Agentin. Als Agentin bewirbt sie Acquiring- und Zahlungsdienstleistungen. Weiter vermittelt sie die Vermietung, Untervermietung und den Verkauf von elektronischen Geräten für Verkaufsstellen, sog. «POS».

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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	**14. Hirslanden AG/Spital Männedorf AG/Ambulante Klinik Meilen 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. November 2024

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 20. November 2024

A Sachverhalt

1. Am 23. Oktober 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Hirslanden AG und die Spital Männedorf AG, ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das voraussichtlich unter der Firma Ambulante Klinik Meilen AG auftreten wird.

2. Die **Hirslanden AG** (nachfolgend: **Hirslanden**) betreibt Institutionen des Gesundheitswesens und erbringt alle damit verbundenen infrastrukturellen, administrativen und personellen Leistungen.[1] Sie betreibt insbesondere im Kanton Zürich das Listenspital «Klinik Hirslanden», welches ihren Patienten akutstationäre und ambulante Spitaldienstleistungen im Bereich der medizinischen Grundversorgung und der Spitzenmedizin in diversen Fachgebieten anbietet.[2]

3. Hirslanden gehört zur Hirslanden-Gruppe, der grössten privaten Spitalkette der Schweiz.[3] Im Kanton Zürich betreibt die Hirslanden-Gruppe insbesondere die ambulanten Operationszentren «Bellaria» in Zürich und «OPERA» in Zumikon.[4]

4. Die **Spital Männedorf AG** (nachfolgend: **Spital Männedorf**) betreibt in Männedorf ein Zürcher Listenspital, das akutstationäre und ambulante Spitaldienstleistungen im Bereich der medizinischen Grundversorgung und in verschiedenen spezialisierten Fachbereichen anbietet. Es betreibt zudem eine Orthopädie-Praxis in Hombrechtikon sowie eine Endokrinologie- und Angiologie-Praxis in Männedorf.[5] Spital Männedorf bildet zusammen mit der MRI Zentrum Männedorf AG, die in Meilen ein MRI-Institut betreibt, die Spital Männedorf-Gruppe.[6]

5. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft das noch zu gründende Gemeinschaftsunternehmen **Ambulante Klinik Meilen AG** (nachfolgend: **AKM**). AKM wird in eigenem Namen und auf eigene Rechnung eine ambulante Klinik betreiben. Diese wird voraussichtlich [die üblichen ambulanten medizinischen Eingriffe und Zusatzdienstleistungen im Angebotsportfolio] umfassen. Die Klinik wird nach dem Modell eines Systemanbieters funktionieren. Das bedeutet, dass sie Infrastruktur und Technik bereitstellen und das medizintechnische und therapeutische Personal (Fachpersonen Radiologie, Fachpersonen Operationstechnik, Pflegepersonal etc.) anstellen wird.[7] Die Ärzte von Hirslanden und Spital Männedorf sowie Drittärzte werden die Struktur der AKM nutzen können, um ambulante medizinische Dienstleistungen gegenüber ihren Patienten zu erbringen. Dazu müssen sie von der Klinik akkreditiert werden.[8]

6. Zusätzlich wird AKM am geplanten Standort der Klinik Räumlichkeiten an selbstständige Ärzte oder deren Facharztpraxen vermieten. Dabei wird es sich voraussichtlich um Ärzte bzw. Arztpraxen handeln, die eine Vielzahl von medizinischen Fachgebieten abdecken. AKM agiert hier lediglich als Vermieterin.[9]

7. Die AKM wird den operativen Betrieb im Verlauf des Jahres 2027 aufnehmen. […].[10]

8. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, Kapazitäten zu schaffen, um den Patienten eine qualitativ hochstehende medizinische Versorgung im Bereich der ambulanten Spitaldienstleistungen anzubieten. […].[11]

9. Das Vorhaben der Parteien muss im Kontext der regulatorischen Entwicklungen in der ambulanten Versorgung betrachtet werden. Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) hat im Jahr 2018 die KLV[12] angepasst und die Regelung «ambulant vor stationär» (AvS) eingeführt (Art. 3c und Anhang 1a KLV). Neu werden 18 Gruppen von Eingriffen grundsätzlich nur dann von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) vergütet, wenn sie ambulant durchgeführt werden (Ziffer 1 von Anhang 1a KLV). Diese Regelung soll die ambulante Leistungserbringung fördern, wo sie medizinisch sinnvoll, patientengerecht und ressourcenschonend ist.[13]

B Erwägungen

10. Hirslanden und Spital Männedorf werden AKM gemeinsam kontrollieren, wobei jede Partei eine Beteiligung von 50 % an der Gesellschaft halten wird. […].[14]

[1] Erleichterte Meldung vom 22.10.2024 (nachfolgend: Meldung), Rz 3.
[2] Meldung, Rz 4.
[3] Weitere Angaben zur Hirslanden-Gruppe sind unter <www.hirslanden.ch> zu finden.
[4] Meldung, Rz 5.
[5] Meldung, Rz 10.
[6] Weitere Angaben zur Spital Männedorf-Gruppe sind unter <www.spitalmaennedorf.ch> zu finden.
[7] Meldung, Rz 17.
[8] Meldung, Rz 20.
[9] Meldung, Rz 19.
[10] Meldung, Rz 32.
[11] Meldung, Rz 43.
[12] Verordnung des EDI vom 29.9.1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; 832.112.31).
[13] Anhang 1a KLV, Vorbemerkungen.
[14] Meldung, Rz 34.

11. AKM wird als selbständige wirtschaftliche Einheit eine eigene Marktpräsenz haben und gemäss Meldung in der Lage sein, ihre eigene Geschäftspolitik zu verfolgen. Sie ist auf Dauer angelegt und wird über ausreichende Ressourcen verfügen, um unabhängig auf dem Markt zu agieren.[15] Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 VKU vorliegend erfüllt.[16]

12. Hirslanden und Spital Männedorf werden Kapital für der Aufbau der Klinik sowie ihr medizinisches und betriebswirtschaftliches Know-how im Bereich der ambulanten Spitaldienstleistungen in die AKM einbringen.[17] Damit ist auch das ohnehin weit auszulegende Erfordernis der Einbringung von Geschäftstätigkeiten im vorliegenden Fall erfüllt.

13. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass es sich vorliegend um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU handelt.

14. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist:

Beteiligtes Unternehmen	**Weltweiter Umsatz in Mio. CHF**	**Umsatz in der Schweiz in Mio. CHF**
Hirslanden-Gruppe	1'904.8	1'904.8
Spital Männedorf-Gruppe	150.6	150.6
AKM	0	0
Total	**2'055.4**	**2'055.4**

Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2023/2024 (Quelle: Angaben der Parteien[18])

15. 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).

16. 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 als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann üblicherweise von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

17. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

18. Die in der Infrastruktur der AKM erbrachten Leistungen umfassen voraussichtlich [die üblichen ambulanten medizinischen Eingriffe und Zusatzdienstleistungen]. Hinzu kommen allfällige Sprechstunden der akkreditierten Ärzte im Ambulatorium.[19]

19. Die WEKO hat sich bis anhin noch nicht mit ambulanten medizinischen Dienstleistungen ausserhalb von Spitälern auseinandergesetzt. Beim Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland befasste sich die WEKO allerdings ausführlich mit akutstationären Spitaldienstleistungen und hielt diesbezüglich fest, dass bei Spitälern zum einen ein sachlich relevanter Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen und zum anderen ein sachlich relevanter Markt für ambulante Spitaldienstleistungen abzugrenzen ist.[20]

20. Diese Unterscheidung, die auch von den Parteien übernommen wurde, ist für den hier zu beurteilenden Zusammenschluss nicht ganz zutreffend. Der Markt für ambulante Spitaldienstleistungen umfasst nämlich alle ambulanten, d.h. auf der Grundlage des TARMED vergüteten Leistungen, die in einem Spital erbracht werden. Letzteres ist vorliegend nicht der Fall.

21. Darüber hinaus enthält der Markt für ambulante Spitaldienstleistungen auch Leistungen (z.B. Notfälle, Physiotherapie), die über die ambulant durchzuführenden Eingriffe und sonstigen Leistungen hinausgehen, die in der Infrastruktur der AKM angeboten werden und damit Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind (vgl. Rz 18).

[15] Meldung, Rz 37.
[16] Vgl. unter anderem RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[17] Meldung, Rz 40.
[18] Meldung, Rz 47–52.
[19] Meldung, Rz 18.
[20] RPW 2018/4, 1020 Rz 79 ff., *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*.

22. Es ist weiter festzustellen, dass die vorliegend relevanten Eingriffe zunehmend ausserhalb von Spitälern angeboten werden, was eine Gesamtbetrachtung erforderlich macht. Aufgrund der regulatorischen Entwicklungen in diesem Bereich (vgl. Rz 9) ist der hier sachlich relevante Markt zumindest als jener der ambulanten Operationen zu definieren, unabhängig davon, ob diese in Spitälern oder in ambulanten Zentren wie der AKM durchgeführt werden. Die übrigen Leistungen, die in diesen Zentren angeboten werden, sind zusätzliche ambulante medizinische Leistungen, die teils komplementär (z.B. […]) und teils unabhängig (z.B. […]) von den massgeblichen ambulanten Operationen sind, aber nach vorläufiger Auffassung nicht zum sachlich relevanten Markt gehören. Es ist denkbar, dass es sich bei diesen Leistungen jeweils um eigenständige Märkte oder um Teile eines Marktes für weitere ambulante medizinische Leistungen handelt. Angesichts der unkritischen Zusammenschlussverhältnisse und der untergeordneten Bedeutung dieser Leistungen im vorliegenden Fall ist es nicht erforderlich, abschliessend darüber zu befinden.

23. Schliesslich stellt sich entgegen der Auffassung der Parteien[21] die Frage, ob nicht eine weitere Segmentierung des Marktes für ambulante Operationen angezeigt wäre. Diese könnte nach den verschiedenen Gruppen von Eingriffen, die gemäss Art. 3c und Anhang 1a KLV ambulant durchgeführt werden müssen, erfolgen. Eine abschliessende sachliche Marktabgrenzung kann indessen offengelassen werden. Angesichts der vorliegend unkritischen Zusammenschlussverhältnisse rechtfertigt es sich, im Sinne einer Arbeitshypothese von einem einzigen sachlich relevanten Markt für ambulante Operationen auszugehen.

24. 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).

25. Die WEKO hat sich noch nicht zur räumlichen Abgrenzung des Marktes für ambulante Operationen geäussert. Im Kontext der Spitalleistungen hat die WEKO den Markt anhand der Patientenströme definiert.[22] Dieser Ansatz könnte analog auf den Markt für ambulante Operationen übertragen werden. Auch der aktuelle Trend, die stationäre Versorgung in den ambulanten Bereich zu verlagern, dürfte die Patientenströme nicht wesentlich beeinflussen.

26. Aufgrund der tiefen Marktanteile der beteiligten Unternehmen und aus Praktikabilitätsgründen rechtfertigt es sich vorliegend jedoch, auch hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung im Sinne einer Arbeitshypothese von der von den Parteien vorgeschlagenen Marktabgrenzung auszugehen, die den Kanton Zürich umfasst.[23]

27. Die Parteien haben ihre Marktanteile anhand der Statistiken des Kantons Zürich über ambulante Spitaldienstleistungen berechnet[24] und weisen für den Kanton Zürich insgesamt einen Marktanteil von ca. [0–10] % (Hirslanden: [0–10] % und Spital Männedorf: [0–10] %) aus.[25]

28. Die Berechnung auf der Grundlage dieser Statistiken führt dazu, dass die ausgewiesenen Marktanteile im Vergleich zu den tatsächlichen Marktanteilen auf dem oben abgegrenzten Markt für ambulante Operationen möglicherweise zu tief sein könnten. Spitäler, die weitere ambulante Leistungen, wie Notfallbehandlungen, anbieten, sind in der Berechnung der Parteien überrepräsentiert, da sie unter Berücksichtigung aller ambulanter Spitalleistungen höhere Umsätze und damit höhere Marktanteile aufweisen als Spitäler, die sich auf ambulante Operationen beschränken. Hirslanden und Spital Männedorf könnten daher bei der ausschliesslichen Betrachtung von ambulanten Operationen einen höheren Marktanteil haben, wenn sie im Vergleich zu anderen Spitälern einen höheren Anteil an ambulanten Operationen aufweisen. Gleichzeitig sind in den von den Parteien verwendeten Statistiken nicht alle Umsätze aus ambulanten Operationen in ambulanten Zentren, Arztpraxen oder Gruppenpraxen mit entsprechender Infrastruktur enthalten,[26] was diesen ersten (potenziellen) Effekt zumindest ausgleichen dürfte. Vor diesem Hintergrund dürften die oben vorgenommene Abgrenzung eines Marktes für ambulante Operationen und die damit verbundenen Auswirkungen zu keinen wesentlichen Veränderungen bei den ausgewiesenen Marktanteilen der Parteien führen, womit auch kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

29. Im Ergebnis führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

30. 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.

[21] Meldung, Rz 59.
[22] RPW 2018/4, 1021 f., Rz 95 ff., *Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*; RPW 2022/3, 664, Rz 45 ff., *Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG*.
[23] Meldung, Rz 62.
[24] Meldung, Rz 63.
[25] Meldung, Rz 67 und 68.
[26] Meldung, Rz 64 und 71.

B 2.3	**15. Medbase/zahnarztzentrum.ch**

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Februar 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Februar 2025

1. Am 20. Januar 2025 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle der Medbase AG (nachfolgend: Medbase) über die zahnarztzentrum.ch-Gruppe (nachfolgend: zahnarztzentrum.ch). Im Jahr 2020 übernahm Medbase 60 % der Aktien an der zahnarztzentrum.ch Beteiligungs AG und übte seither mit dem Ehepaar Hans Christoph Hürlimann und Sara Daniella Hürlimann-Meiri die gemeinsame Kontrolle über zahnarztzentrum.ch aus.[1]

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Medbase gehört zur Migros-Gruppe und erbringt verschiedene Dienstleistungen im medizinischen und therapeutischen Bereich. Im medizinischen Bereich bietet Medbase den Patienten ein breites Behandlungsangebot im Bereich der ambulanten Grundversorgung und Spezialarztmedizin. Weiter bietet Medbase diverse Therapien und Beratungen, Dienstleistungen zur Bestimmung des Gesundheitszustands und der körperlichen Leistungsfähigkeit sowie Dienstleistungen im Bereich der Rehabilitation und Reintegration an. Zudem betreibt Medbase aktuell rund 50 Apotheken in der Deutschschweiz und der französischsprachigen Schweiz und ist mit der Zur Rose Suisse AG auch im Pharmagrosshandel sowie im Versandhandel tätig.
- Im zahnmedizinischen Bereich ist Medbase mit zahnarztzentrum.ch tätig. Zur Migros-Gruppe gehört auch die Best Smile AG mit Sitz in Winterthur. Diese fertigt für ihre Kunden mittels 3D-Druck individuell angepasste, durchsichtige Zahnspangen (sog. «Aligner») an, mit denen kleine Zahnfehlstellungen korrigiert werden können.
- Zahnarztzentrum.ch ist das Zielunternehmen. Sie betreibt 42 Zahnarztpraxen, grösstenteils in der Deutschschweiz. An diesen Standorten beschäftigt das Unternehmen Zahnärzte, Dentalhygieniker und weiteres zahnmedizinisches Fachpersonal und bietet die in Zahnarztpraxen üblichen zahnmedizinischen Behandlungen an.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, 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.

[1] RPW 2020/4b, 1909 ff., *Medbase/HCH/SDH/zahnarztzentrum.ch*.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)

S

SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -

abgestimmte Verhaltensweise 85, 89, 106

Abrede 2, 4 ff., 8, 11 ff., 17, 73, 80, 84 f., 89 ff., 104, 106 f., 113, 154, 182, 229

Acquiring 233

Anhörung -

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken 4

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 2 ff., 8, 13

Domestic Interchange Fee 58 f., 62

E

Effizienzgründe 93

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 8, 14, 163

Erheblichkeit 93, 154

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte 77, 79, 84

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee 2 ff., 8, 13, 57 ff., 62 f., 67, 154

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 91, 102, 173, 182, 207, 225

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten 2, 8

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 5, 9, 173 ff., 183, 203, 218, 220, 224, 227, 229, 232 f., 235 ff.

Marktgegenseite 91 f., 184, 186 f., 189 ff., 227, 235 f.

Marktorganisation -

Marktstruktur 17

Marktzutrittsschranken -

Meldepflicht 102 f., 183, 223, 226 f., 230, 235

Missbrauch 5, 9 f., 13

N

Netzwerk 189

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb -

Preisabrede 2, 4 ff., 10 f., 90, 93

Preisbindung zweiter Hand 90

Q

Quersubventionierung 13

R

Rabatte -

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 5, 14

Senkung Herstellkosten -

Submission 2, 5 , 12, 17

Submissionskartell -

T

Tarife 191

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -
Untersuchung 2 ff, 8 ff., 13 ff., 73, 91, 93 f., 103, 108, 184 ff., 189 ff., 203, 240
unzulässige Wettbewerbsabrede 5, 8, 73, 89, 94, 104

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Veröffentlichung -
Verschulden 76, 86 ff.
Vierparteiensysteme -
vorbehaltene Vorschriften 84, 183
vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 3 f., 14
zweiseitige Märkte -