



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

2025/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

(Form: 727.000.25/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

2025/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 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.

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
3.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Vernehmlassung zur Revision der Postverordnung (VPG)	660
	2. Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (FiREG)	666
	3. Vernehmlassung zu Verordnungsänderungen im Bereich des Bundesamts für Energie mit Bundesratsbeschluss im November 2025	669
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Tonabbau und Deponiebetrieb EcoClay	673
	2. Händlervertrag D.	677
	3. Vertriebsverträge M.	684
	4. Kooperationsvertrag mit PRIORIS	697
	5. Co-Distributionsvertrag bei F&E-Kooperation	707
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Blocking Patent	721
	2. Madrigall	733
	2. BMW (Schweiz) AG	812
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Frutiger/Blumer-Lehmann	847
	2. SALIC/OLAM AGRI	851
	3. Osterwalder St. Gallen/AHAG/Avia Graubünden	852
	4. ADNOC/Covestro	853
	5. Galenica/Diagnostics Group	856
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Gutachten der WEKO vom 16. Dezember 2024 gestützt auf das Binnenmarktgesetzes zur Frage der Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums im Kanton St. Gallen (Vger SG B 2024/198)	857
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 14. April 2025 in Sachen Sanktionsverfügung; Hors-Liste Medikamente – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, vom 13. Juni 2023	865
	2. Urteil vom 4. September 2025 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner AG und Starticket AG – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, vom 12. Dezember 2023	872
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Urteil vom 3. Februar 2025 des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen betreffend Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums	879
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	886
	Index (deutsch, français e italiano)	888

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

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

B 1	3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 1.3	1. Vernehmlassung zur Revision der Postverordnung (VPG)

A) **Einleitende Bemerkungen**

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt gemäss Art. 46 Abs. 2 KG¹ Stellung zu Entwürfen von wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes oder anderen Bundeserlassen, die den Wettbewerb beeinflussen können. Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblcher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass nicht kommentierte Verordnungsbestimmungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung von geplanten Gesetzes- und Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

3. Gerne teilen wir Ihnen nachfolgend unsere Bemerkungen zu den aus wettbewerblcher Sicht relevanten Punkten, nämlich zur Regulierung im Rahmen der vorgezogenen VPG-Revision (Abschnitt B), zum hybriden Zustellsystem (Abschnitt C) und zum Grundversorgungsauftrag im Zahlungsverkehr (Abschnitt D), mit.

B) **Vorgezogene VPG-Revision**

Antrag:

Die Eckwerte für eine Revision des Postgesetzes (PG) zuhanden des Bundesrats sind vor den vorliegenden Anpassungen auf Verordnungsstufe (VPG) auszuarbeiten.

Begründung:

4. Am 24. Februar 2022 hat die Expertenkommission Grundversorgung Post ihre umfassende Analyse und ihre Empfehlungen für eine Grundversorgung ab 2030 veröffentlicht.² Der Bundesrat hat daraufhin das UVEK beauftragt, in Absprache mit dem EFD Anpassungen bei

der Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdiensten sowie den Bedarf einer digitalen Grundversorgung zu prüfen. Die Ergebnisse sind im Bericht zur künftigen Ausgestaltung der Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdiensten vom 12. Juni 2024 festgehalten.³ Die Grundlagen für einen Entscheid über eine PG-Revision, namentlich über die zukünftige Ausgestaltung der Grundversorgung, sind somit vorhanden.

5. Der Gesetzgeber soll möglichst zeitnah die Gelegenheit erhalten, eine wettbewerbsfreundlichere Ausgestaltung der Grundversorgung zu diskutieren. Im Rahmen der vorliegenden (vorgezogenen) VPG-Revision ist dies nicht möglich. Vielmehr werden – wie nachfolgend in Abschnitt C aufgezeigt wird – die gegenwärtig primär aufgrund des reservierten Dienstes (Art. 18 f. PG) bestehenden Wettbewerbsverzerrungen durch die Vorlage noch verstärkt.

6. Durch die vorläufig unterlassene PG-Revision in Verbindung mit der vorgezogenen VPG-Revision werden nach Auffassung der WEKO keine zielführenden Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Post- und Zahlungsverkehrsdienste geschaffen. Damit wird Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG auch künftig nur unvollständig verwirklicht.

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Expertenkommission Grundversorgung Post, Schlussbericht vom 24. Februar 2022, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/expertenkommission_grundversorgung_post.html> (1.5.2025).

³ Bericht zur künftigen Ausgestaltung der Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdiensten vom 12. Juni 2024, <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/evaluation.html>> (1.5.2025).

C) Hybrides Zustellsystem

Antrag:

«Elektronische Sendungen über ein hybrides Zustellsystem» seien nicht in die Grundversorgung aufzunehmen.

Die dafür vorgesehenen Anpassungen/Ergänzungen in der Verordnung seien zu streichen (Art. 1 Bst. i-o, Art. 29 Abs. 1 Bst. e, Art. 35a – Art. 35i, Art. 47 Abs. 2 und 8 VPG).

Für den Fall, dass diesem Antrag nicht nachgekommen werden sollte, stellt die WEKO die folgenden Eventualanträge:

Eventualanträge:

Der mit der Ergänzung der Grundversorgung durch «elektronische Sendungen über ein hybrides Zustellsystem» einhergehende Auftrag sei öffentlich auszuschreiben.

Vor einer öffentlichen Ausschreibung seien (notwendigerweise) die Bestimmungen betreffend den reservierten Dienst (Art. 18 f. PG) aufzuheben.

Begründung:

Ad Fehlende Regulierungsvoraussetzungen

7. Es ist für die WEKO nicht ersichtlich, inwiefern durch die Aufnahme von «elektronischen Sendungen über ein hybrides Zustellsystem» (nachfolgend: hybrides Zustellsystem) in die Grundversorgung ein Marktversagen korrigiert werden bzw. weshalb der Markt nicht zum politisch gewünschten Ergebnis (Bereitstellung einer sicheren, vertrauenswürdigen und rechtlich verbindlichen elektronischen Kommunikation im Inland)⁴ führen soll. Nach Auffassung der WEKO ist der Markt durchaus in der Lage, entsprechende Dienstleistungen flächendeckend in genügender Qualität zu erbringen, zumal davon ausgegangen werden kann, dass in der Schweiz die digitale Erschliessung (Infrastruktur) sichergestellt ist. Bezeichnend ist diesbezüglich, dass die Post mit ePost bereits heute eine elektronische Kommunikationsplattform ausserhalb der Grundversorgung betreibt und den Willen bekundet, das Angebot auch ohne politischen Auftrag aus kommerziellen Motiven weiter aufzubauen und zu betreiben.⁵ Entsprechend wird im Erläuternden Bericht explizit festgehalten: «Das Bedürfnis nach einer sicheren Übermittlung sensibler Daten wird durch ein vielfältiges Angebot privatwirtschaftlicher Unternehmen aus der Schweiz und dem Ausland grundsätzlich abgedeckt. In diesem Bereich gibt es keine Hinweise für das Vorliegen eines klassischen Marktversagens.»⁶ Solange der Markt in der Lage ist, das gewünschte Ergebnis bereitzustellen, fehlt es an einer massgebenden Grundvoraussetzung für eine Regulierung.

8. Aufgrund des fehlenden klassischen Marktversagens wird die vorgeschlagene Regulierung im Erläuternden Bericht damit begründet, dass Privatpersonen/KMU teilweise das Bewusstsein fehle, dass elektronische Kommunikationskanäle wie z.B. unverschlüsselte E-Mails weder sicher noch vertraulich seien.⁷ Dementsprechend wird davon ausgegangen, dass die Vorlage gegen diese unbefriedigende Situation (Verwendung «unsicherer»

Kommunikationskanäle durch unwissende Nutzer) Abhilfe schaffen soll.

9. Diese Begründung überzeugt die WEKO nicht. Unabhängig davon, ob es aus Sicht des Staates ein legitimes bzw. eine Regulierung rechtfertigendes Ziel sein kann, Massnahmen zu ergreifen, die bewirken, dass Privatpersonen/KMU zukünftig über sichere Kommunikationskanäle kommunizieren (weil diese gegenwärtig angeblich «zu wenig» genutzt würden), scheinen die vorliegend vorgeschlagenen Massnahmen nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Werden von Privatpersonen/KMU – aufgrund eines fehlenden Bewusstseins – sichere elektronische Kommunikationskanäle nicht bzw. «zu wenig» genutzt, obwohl der Markt diese bereitstellt (vgl. namentlich das Post-Produkt ePost), dürfte auch die Aufnahme eines sicheren Kommunikationskanals in die Grundversorgung hiergegen keine Abhilfe schaffen. Zielführend wäre beispielsweise vielmehr eine Sensibilisierung der Privatpersonen/KMU, auf welche Kriterien für eine sichere elektronische Kommunikation zu achten ist. Auch die Stärkung des Wettbewerbs kann zu einer besseren Durchdringung sicherer elektronischer Kommunikationslösungen beitragen. Das dadurch ausgelöste vermehrte Entstehen vielfältiger innovativer Angebote dürfte sowohl die Auswahlmöglichkeiten für die Kunden als auch den Bekanntheitsgrad der entsprechenden Produkte erhöhen. In der Folge können sich die heute noch unwissenden Privatpersonen/KMU für ein sicheres, vom Markt bereitgestelltes Angebot entscheiden.

10. Zusammenfassend besteht nach Ansicht der WEKO kein Marktversagen weder im klassischen noch im weiteren Sinne, weshalb von einer Regulierung abzusehen ist.

Ad Wettbewerbsverzerrende Wirkung

11. Die WEKO hat in der Vergangenheit aufgezeigt, dass der reservierte Dienst zugunsten der Post für die Beförderung von Briefen < 50g wettbewerbsverzerrende Wirkungen zeitigt.⁸ Auch das Sekretariat der WEKO hat sich im Rahmen verschiedener Ämterkonsultationen für die Aufhebung des Restmonopols ausgesprochen. Aufgrund des Aufschubs der PG-Revision bestehen die aus Wettbewerbssicht ungünstigen Rahmenbedingungen weiter.

12. Die vorliegend vorgesehene Aufnahme eines hybriden Zustellsystems in die Grundversorgung verschärft diese wettbewerbsfeindlichen Rahmenbedingungen zusätzlich. Die Vorlage hat zur Folge, dass das Restmonopol der Post für die Beförderung von Briefen < 50g auf das hybride Zustellsystem ausgeweitet wird (Leverage-Problematik). Nur der Post ist es nämlich möglich, elektronisch aufzugebene Sendungen über den hybriden

⁴ Erläuternder Bericht, 4.

⁵ Erläuternder Bericht, 18.

⁶ Erläuternder Bericht, 4.

⁷ Ibid.

⁸ Vgl. z.B. RPW 2020/2, 529 Rz 537 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

Kanal zuzustellen, da ihr diese Zustellung aufgrund von Art. 18 PG vorbehalten ist. Solange der reservierte Dienst im PG bestehen bleibt, wird es (potenziellen) Wettbewerbern, d.h. konkurrierenden Postdienstleisterinnen sowie Anbieterinnen digitaler Kommunikationslösungen, verunmöglicht, ein vergleichbares hybrides Zustellsystem anzubieten. Wettbewerber könnten zwar elektronische Sendungen über den elektronischen Kanal zustellen, es ist jedoch davon auszugehen, dass dies nicht auf ein namhaftes Interesse seitens der Kunden/Absender stossen wird. Diese dürften hauptsächlich ein hybrides Zustellsystem nachfragen, da sie nicht wissen, ob der/die Empfänger den Erhalt der Sendung über den elektronischen oder über den hybriden Kanal wünscht/wünschen. Einzig ein hybrides Zustellsystem vermag die Beförderung aller elektronisch aufgegebenen Sendungen zu garantieren.

13. Die einzige Möglichkeit für andere Postdienstleisterinnen, den Endkunden ein für diese vergleichbares hybrides Zustellsystem anzubieten, bestünde darin, die Zustelldienstleistung über den hybriden Kanal bei der Post einzukaufen und in Bezug auf diese Teilkomponente des hybriden Zustellsystems als Wiederverkäuferin gegenüber den Endkunden aufzutreten. Ein solches Geschäftsmodell würde eine Verpflichtung der Post voraussetzen, die Dienstleistungen des reservierten Dienstes anderen Postdienstleisterinnen zum Wiederverkauf anzubieten. Ob sich dadurch ein Wettbewerb in Bezug auf die Bereitstellung von hybriden Zustellsystemen tatsächlich etablieren könnte, bleibt hingegen unsicher und würde namentlich von den Grosshandelspreisen für den reservierten Dienst abhängen.

14. Im Übrigen wird auch im Erläuternden Bericht explizit eingeräumt, dass «die Erweiterung der Grundversorgung um ein hybrides Zustellsystem [...] sich negativ auf alternative Postdienstanbieterinnen und Anbieterinnen digitaler Kommunikationslösungen auswirken [kann]. Die Bestimmungen zum nichtdiskriminierenden Zugang (Art. 35g VPG) und zur Bündelung mit Dienstleistungen ausserhalb der Grundversorgung (Art. 35h VPG) reduzieren zwar das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen, beseitigen es aber nicht vollständig.»⁹

15. Auch wenn die erwähnte *Leverage*-Problematik (Ausweitung des Restmonopols der Post auf die Zustellung über den hybriden Kanal) schon heute mit der von der Post angebotenen *ePost*-Dienstleistung besteht, wird sie durch die Aufnahme des hybriden Zustellsystems in die Grundversorgung vermutlich noch zusätzlich verschärft. Durch die Aufnahme in die Grundversorgung wird diese Versandart, die gegenwärtig einzig von der Post angeboten werden kann, gefördert und beworben. Sollte dereinst das Restmonopol im Rahmen einer zukünftigen PG-Revision aufgehoben werden, hätte die Post zu diesem Zeitpunkt bereits eine Monopolstellung für das hybride Zustellsystem. Es dürfte für Wettbewerber aufgrund dieser Monopolstellung und der zu erwartenden Einbettung des hybriden Zustellsystems in ein digitales Ökosystem¹⁰ wohl fast unmöglich werden, in diesen Markt einzutreten. Zudem gilt es zu bedenken, dass Art. 19 Abs. 1 PG der Post die Quersubventionierung von Dienstleistungen der Grundversorgung mit Erträgen aus dem reservierten Dienst erlaubt. Auch

dadurch kann die Stellung der Post gestärkt bzw. der Wettbewerb beeinträchtigt werden.

16. Zusammenfassend ist die vorgesehene Regulierung nach Ansicht der WEKO – unabhängig vom fehlenden Marktversagen – aus Wettbewerbssicht abzulehnen.

Ad Mögliche «Verschlimmbesserung»

17. Aus Wettbewerbssicht keine wünschenswerte Lösung wäre, den Grundversorgungsauftrag dahingehend abzuändern, dass einzig eine Zustellung per elektronischem Kanal erfasst wäre. Dadurch würde zwar der erwähnten *Leverage*-Problematik entgegengewirkt, eine Verankerung eines Grundversorgungsauftrags zuhanden der Post für ein rein elektronisches Zustellsystem hätte jedoch weitreichende negative Konsequenzen. Vom fehlenden Marktversagen einmal abgesehen würde dies dazu führen, dass die Post verschiedenste digitale Dienstleistungen unter den Grundversorgungsauftrag subsummieren könnte. Dadurch würde ihr Tätigwerden (durch Unternehmenszukäufe) in (Digital-)Märkten, in denen auch private Anbieter tätig sind, legitimiert und gefördert. Dies könnte den Wettbewerb in diesen Märkten namentlich durch die oben erwähnte Möglichkeit der Quersubventionierung von Grundversorgungsdienstleistungen mit Erträgen aus dem Monopolbereich verzerren.

18. Zusammenfassend ist aus Wettbewerbssicht einzig die Streichung des kompletten hybriden Zustellsystems aus dem vorliegend vorgesehenen Grundversorgungsauftrag zielführend. Auf keinen Fall wünschenswert wäre es, das Zustellsystem auf den elektronischen Zustellkanal «auszuweiten».

Ad Verfahren für Grundversorgungsauftragsvergabe

19. Es ist aus wettbewerblicher Sicht nicht nachvollziehbar, weshalb die Post mit dem Grundversorgungsauftrag ausgestattet werden soll, ohne dass andere, aus Kundensicht möglicherweise bessere Alternativen geprüft worden sind.

20. Nach unserem Verständnis soll die Vorlage insbesondere dazu dienen, die Post zu stärken. So wird im Erläuternden Bericht explizit ausgeführt, dass die Vorlage die betriebswirtschaftliche Situation der Post verbessere und die finanziellen Risiken für den Bund verringere.¹¹ Die Stärkung der Post und die damit einhergehenden Vorteile für den Bund dürfen u.E. jedoch keinen hinreichenden Grund für regulatorische Massnahmen darstellen. Letztlich stärkt die Vorlage die Post nämlich auch gegenüber ihren Konkurrentinnen in verschiedenen Märkten, was es aus wettbewerblicher Sicht zu vermeiden gilt. Ein mögliches wettbewerbliches Verfahren für die Vergabe des vorliegend angedachten Grundversorgungsauftrags wird im Erläuternden Bericht weder erwähnt noch diskutiert.

⁹ Erläuternder Bericht, 19.

¹⁰ Vgl. z.B. <<https://www.klara.ch/ecosystem>> (1.5.2025).

¹¹ Erläuternder Bericht, 17.

21. Wie oben aufgezeigt wurde, kann aufgrund des aktuellen regulatorischen Rahmens einzig die Post ein hybrides Zustellsystem «aus einer Hand» betreiben. Würde hingegen das Restmonopol der Post im Rahmen einer PG-Revision aufgehoben, könnte der vorliegend vorgesehene Grundversorgungsauftrag öffentlich ausgeschrieben werden, wobei vorab zu klären wäre, ob eine Aufteilung der Ausschreibung in mehrere Teilleistungen zielführend sein könnte.¹² In der Folge würde das aus ökonomischer Sicht beste Angebot den Zuschlag für den Grundversorgungsauftrag erhalten. Somit gäbe es einerseits Wettbewerb um den Grundversorgungsauftrag und andererseits bestünde eher die Möglichkeit, dass Wettbewerb in einem zukünftigen möglichen Markt für hybride Zustellsysteme entstehen könnte.

22. Grundsätzlich wäre es im Sinne einer *Second-Best*-Lösung denkbar, den Grundversorgungsauftrag ohne Aufhebung des Restmonopols auszuschreiben. Dies würde jedoch zwingend eine Aufteilung der Wertschöpfungskette bedingen. Wettbewerber der Post würden somit als Wiederverkäufer der Dienstleistung des reservierten Dienstes auftreten, welche sie als Komponente in ihr Bündel bzw. in ihr hybrides Zustellsystem integrieren könnten. Ohne eine Verpflichtung der Post, die Dienstleistung des reservierten Dienstes als Vorleistungsprodukt zu wettbewerbsfreundlichen Konditionen ihren Konkurrentinnen zu veräussern, ist diese Option jedoch nicht erfolgsversprechend.

23. Durch einen Verzicht auf die Aufnahme der vorgesehenen Bestimmungen zum hybriden Zustellsystem in die VPG vor einer Aufhebung des Restmonopols per PG-Revision sowie eine anschliessenden Ausschreibung des vorliegenden Grundversorgungsauftrags könnten – wie von Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG vorgesehen – (bessere) Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste geschaffen werden.

Subeventualanträge:

24. Obwohl die WEKO die Streichung aller Bestimmungen im Zusammenhang mit dem hybriden Zustellsystem beantragt, möchte sie nachfolgend auf Bestimmungen bzw. Ausführungen im Erläuternden Bericht hinweisen, die aus ihrer Sicht noch nicht hinreichend klar sind. Es ist folglich unumgänglich, dass diese – sollten sie nicht gestrichen werden – präzisiert und die nachfolgend aufgeworfenen rechtlichen Fragen geklärt werden.

Ad Art. 35f

Die Erläuterungen zu Art. 35f VPG seien im Sinne der nachfolgenden Erwägungen zu ergänzen.

Begründung:

25. Gemäss dem Erläuternden Bericht ist das Ziel der Regelung, «dass die Daten mindestens logisch von anderen Daten getrennt gehalten werden».¹³ Die gewählte Formulierung «logisch» ist unpräzise. Im Erläuternden Bericht ist klarzustellen, was genau darunter zu verstehen ist und insbesondere wie dadurch gewährleistet werden soll, dass die Zahl der Zugriffe durch Personen/Applikationen ohne Bezug zur Grundversorgung verhindert wird.

26. Des Weiteren soll die «Datenisolation» gemäss Erläuterndem Bericht «die technische Abhängigkeit zwischen der Grundversorgung und den ausserhalb der Grundversorgung erbrachten Dienstleistungen begrenzen».¹⁴ Auch die Begriffswahl «begrenzen» ist unpräzise, da unklar bleibt, wo auf einer Skala zwischen «minimieren» und «ausschliessen» die vorgesehene Begrenzung liegt. Ebenfalls unklar bleibt, welche technischen Gründe eine Abhängigkeit herbeiführen.

Ad Art. 35g Nichtdiskriminierender Zugang

Ein möglicher nichtdiskriminierender Zugang zugunsten konkurrierender Postdienstleisterinnen sei zu klären und die dafür notwendigen Voraussetzungen seien gegebenenfalls zu schaffen.

Begründung:

27. Die WEKO begrüsst grundsätzlich das Ziel dieser Bestimmung, welches gemäss dem Erläuternden Bericht in der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der Post besteht¹⁵. Die konkrete Umsetzung und deren Auswirkungen auf die Kunden und Wettbewerber der Post scheinen jedoch nicht abschliessend geklärt zu sein. Hierfür wären aus Wettbewerbssicht zwei Konstellationen zu unterscheiden, je nachdem ob es sich bei den Dritten, welchen Zugang zu gewähren ist, um Postdienstleisterinnen handelt oder nicht.

i. Zugang für Behörden und Unternehmen, welche keine Postdienstleistungen erbringen

28. Die WEKO geht davon aus, dass der (Haupt-)Zweck der vorliegenden Bestimmung darin besteht, dass Postkonzerngesellschaften keinen privilegierten Zugang gegenüber anderen Unternehmen/Behörden zum hybriden Zustellsystem erhalten sollen.¹⁶

29. Demnach kann beispielsweise ein Unternehmen, welches Buchhaltungssoftware anbietet (d.h. eine Konkurrentin der Posttochter *ePost Service AG*, früher *Klara Business AG*), die Schnittstelle zum hybriden Zustellsystem zu den gleichen Bedingungen wie die Posttochter in sein Angebot integrieren. Dies gewährleistet grundsätzlich gleich lange Spiesse zwischen der Posttochter und ihrer Konkurrentin. Dass die Post dabei mögliche physische Zustelldienstleistungen in Verbindung mit dem hybriden Zustellsystem erbringt, scheint in dieser Konstellation nicht erheblich, da die Software-Unternehmen ohnehin nicht in den Postdienstmärkten tätig sind.

30. Aus Wettbewerbssicht gilt es trotzdem zu bedenken, dass die Einbindung des hybriden Zustellsystems in Fachapplikationen von anderen Unternehmen/Behörden eine mögliche marktbeherrschende Stellung der Post in

¹² Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich abzeichnet, dass für die Leistungen im Bereich der physischen Zustellung elektronisch aufgeborener Sendungen kein Wettbewerb zu erwarten ist (z.B. aufgrund von *versunkenen Kosten*). In diesem Fall wäre die Post zu verpflichten, den Wettbewerbern diskriminierungsfrei Zugang zu den entsprechenden Leistungen zu gewähren.

¹³ Erläuternder Bericht, 11.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Erläuternder Bericht, 12.

¹⁶ Erläuternder Bericht, 12 f.

diesem Bereich noch zusätzlich verstärken bzw. zementieren könnte, da den Endkunden dadurch die Nutzung bzw. der Wechsel zu einem hybriden Zustellsystem eines anderen Anbieters erschwert würde.

ii. Zugang für andere Postdienstleisterinnen

31. Im Erläuternden Bericht wird präzisiert, dass unter den Dritten, welchen der diskriminierungsfreie Zugang zur Schnittstelle zu gewähren ist, auch andere Postdienstleisterinnen zu verstehen sind. Dies würde die Konstellation betreffen, in welcher eine Konkurrentin der Post in Bezug auf Postdienste (z.B. *Quickmail/Planzer*) Zugang zur Schnittstelle erhält. Dabei stellt sich die Frage des tatsächlichen Mehrwerts des diskriminierungsfreien Zugangs für konkurrierende Postdienstleisterinnen. Wie oben mehrfach aufgezeigt wurde, ist es den Konkurrentinnen der Post aufgrund des Restmonopols nicht möglich, die Zustellung über den hybriden Kanal selbst auszuführen. Ein diskriminierungsfreier Zugang zur Schnittstelle zum hybriden Zustellsystem der Post würde für konkurrierende Postdienstleisterinnen folglich nur Sinn machen, wenn sie als Wiederverkäuferinnen der Dienstleistung des reservierten Dienstes auftreten könnten.

32. Zu dieser Konstellation fehlt jedoch eine Diskussion im Erläuternden Bericht. Auch sieht die Vorlage keine konkrete Zugangsregulierung zu den Dienstleistungen des reservierten Dienst vor (z.B. die Pflicht, den reservierten Dienst als Vorleistungsprodukt anzubieten, gegebenenfalls inklusive Vorgaben zu den entsprechenden Konditionen). Der vorliegend vorgesehene nichtdiskriminierende Zugang zum hybriden Zustellsystem vermag somit die erwähnten grundsätzlichen Wettbewerbsbedenken nicht auszuräumen. Vielmehr ergeben sich dadurch neue Fragen, die weder im Verordnungstext noch im Erläuternden Bericht beantwortet werden.

Ad Art. 35h Bündelung mit Dienstleistungen ausserhalb der Grundversorgung

Die Möglichkeiten für Bündelangebote konkurrierender Postdienstleisterinnen mit einer Komponente eines hybriden Zustellsystems seien zu klären und die dafür notwendigen Voraussetzungen seien gegebenenfalls zu schaffen.

Begründung:

33. Gemäss Art. 35h Bst. b VPG müssen die zur Bündelung mit Dienstleistungen ausserhalb der Grundversorgungsaufträge verwendeten Schnittstellen nach Art. 35g VPG auch Dritten zur Verfügung gestellt werden. Wie oben bereits ausgeführt wurde, können andere Postdienstleisterinnen, welche den Endkunden ein Bündelangebot (z.B. Buchhaltungssoftware zusammen mit einem hybriden Zustellsystem) anbieten möchten, zwar diskriminierungsfreien Zugang zur dafür notwendigen Schnittstelle erhalten. Dadurch wird jedoch das grundsätzliche Problem, dass sie nicht alle Dienstleistungskomponenten des Bündels eigenständig erbringen können, nicht behoben. Ein vergleichbares Bündel, wie die Post es anbietet, könnte eine konkurrierende Postdienstleisterin einzig dann bereitstellen, wenn sie als Wiederverkäuferin der Dienstleistung des reservierten Dienstes auftreten würde. Wie erwähnt wird diese Möglichkeit

weder im Verordnungstext noch im Erläuternden Bericht explizit vorgesehen bzw. diskutiert.

D) Grundversorgungsauftrag im Zahlungsverkehr

Antrag:

Auf eine Ausweitung des Grundversorgungsauftrags im Bereich des Zahlungsverkehrs sei zu verzichten.

Die dafür vorgesehenen Anpassungen/Ergänzungen in der Verordnung seien zu streichen (Art. 43 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 Bst. a und Art. 44 Abs. 1^{ter} VPG).

Für den Fall, dass diesem Antrag nicht nachgekommen werden sollte, stellt die WEKO die folgenden Eventualanträge:

Eventualanträge:

Im Erläuternden Bericht sei nachvollziehbar zu begründen, weshalb die Ausweitung des Grundversorgungsauftrags im Bereich des Zahlungsverkehrs ein reales Bedürfnis abdecken soll und weshalb für die (mutmasslich wenigen) potenziell Betroffenen keine vergleichbaren, verhältnismässigen Alternativen bestehen würden.

Im Erläuternden Bericht sei nachvollziehbar zu begründen, weshalb nur die PostFinance den Grundversorgungsauftrag im Bereich des (elektronischen) Zahlungsverkehrs erfüllen können soll bzw. sie diesen zumindest besser als andere Marktteilnehmer erfüllen würde.

Begründung:

34. Im Bereich des Zahlungsverkehrs ist grundsätzlich kein Marktversagen ersichtlich, welches die vorgesehene Erweiterung der Grundversorgung rechtfertigen würde. Auch die Expertenkommission Grundversorgung Post sah kein Marktversagen: «Beim unbaren Zahlungsverkehr liegt für den überwiegenden Teil der Bevölkerung und der Unternehmen kein Marktversagen vor. Das aktuell im Grundversorgungsauftrag enthaltene Recht auf die Eröffnung eines Zahlungsverkehrskontos wird heute von den Banken standardmässig angeboten.» Trotzdem erachtete es die Expertenkommission «auch nach 2030 noch als opportun», dass ein Anrecht auf ein Konto mit grundlegenden Zahlungsverkehrsfunktionen besteht. Sie sieht dabei aber «keine zwingende Verknüpfung zwischen einer Grundversorgungspflicht mit barem Zahlungsverkehr und dem Geschäft mit Postdiensten [...]. Die Verpflichtung zum baren Zahlungsverkehr könnte ohne Weiteres an eine andere Bank mit eigenem Filialnetz übertragen oder von einem Gemeinschaftswerk erbracht werden. Die Kommission empfiehlt deshalb eine Entkoppelung der Grundversorgung im Zahlungsverkehr von der postalischen Grundversorgung. Der modernisierte Zahlungsverkehrsauftrag soll öffentlich ausgeschrieben und die Mehrkosten, die bei der Leistungserbringung anfallen, sollen abgegolten werden.»¹⁷

¹⁷ Expertenkommission Grundversorgung Post, Schlussbericht vom 24. Februar 2022, Ziff. 6.2.4, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/expertenkommission_grundversorgung_post.html> (2.5.2025).

35. Im Erläuternden Bericht wird die Ausweitung des Grundversorgungsauftrags im Zahlungsverkehr denn auch nicht mit Marktversagen begründet, sondern sie erfolge zur «Stärkung der finanziellen Inklusion in einem zunehmend digitalen Umfeld». Es gebe Konstellationen, in denen PostFinance den Zugang zum digitalen Zahlungsverkehr verweigere, auch wenn kein Tatbestand nach Art. 45 VPG erfüllt sei.¹⁸

36. Diese Begründung überzeugt die WEKO nicht. Elektronische Zahlungsverkehrsdienstleistungen werden von Banken (und der PostFinance) standardmässig und diskriminierungsfrei angeboten. So enthält auch der Erläuternde Bericht die Aussage, dass «der unbare Zahlungsverkehr stark digital durchdringt ist.»¹⁹ Zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Teilhabe aller im stark digitalisierten Zahlungsverkehrsmarkt bestehen somit bereits zahlreiche, bestens eingeführte Alternativen. Die WEKO sieht deshalb keinen Anlass für eine entsprechende Erweiterung der Grundversorgung, selbst wenn die Expertenkommission Grundversorgung Post einen Anspruch auf Dienstleistungen im unbaren Zahlungsverkehr zur Sprache bringt²⁰.

37. Ausserdem scheint es ohne weitere Erläuterungen unverhältnismässig, den Grundversorgungsauftrag «umfassend» zu erweitern, um Einzelfällen, in denen die PostFinance den Zugang zum digitalen Zahlungsverkehr ausserhalb der Tatbestände nach Art. 45 VPG verweigert, zu begegnen. So geht aus dem Erläuternden Bericht nicht hervor, inwiefern in den angesprochenen (Einzel-)Fällen die Zugangsverweigerung der PostFinance allenfalls legitim bzw. gerechtfertigt sein könnte, ob den Betroffenen neben dem Angebot der PostFinance Alternativen zur Verfügung stehen und ob weniger weitreichende Massnahmen als die Ausweitung der Grundversorgung geprüft worden sind.

38. Schliesslich bleibt für die WEKO im Allgemeinen nach wie vor nicht erkennbar, weshalb die PostFinance besser geeignet sein soll als andere Banken/Finanzinstitute, die Grundversorgung im Bereich des unbaren Zahlungsverkehrs (die digitale Inklusion von Menschen, welche nicht leichthin einen Zugang zum digitalen Verkehr erhalten, eingeschlossen) sicherzustellen.

39. Insgesamt erachtet die WEKO die (potenziell) wettbewerbsverzerrende (u.a. aufgrund der Möglichkeit der Quersubventionierung nach Art. 19 Abs. 1 PG) Aufnahme des digitalen Zahlungsverkehrs in die Grundversorgung als nicht hinreichend begründet und deshalb als nicht angezeigt.

¹⁸ Erläuternder Bericht, 15.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Expertenkommission Grundversorgung Post, Schlussbericht vom 24. Februar 2022, Ziff. 6.2.4, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/expertenkommission_grundversorgung_post.html> (5.5.2025).

B 1.3

2. Vernehmlassung zur Revision Änderung des Bundesgesetzes über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (FiREG)

1. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.¹ Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die unkommentierten Ausführungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Gesetzesänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

2. Verlängerung des FiREG

Antrag:

Auf subsidiäre Darlehen des Bundes zugunsten von systemkritischen Unternehmen in einer finanziellen Notsituation und eine Verlängerung des FiREG um fünf weitere Jahre sei zu *verzichten*.

Eventualiter sei die Geltungsdauer des FiREG *höchstens bis Ende 2028* zu verlängern.

Begründung:

Hauptantrag

3. Gestützt auf das *bis Ende 2026 befristete* FiREG² können systemkritische Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft mit Finanzhilfen in Form von staatlichen Darlehen unterstützt werden, falls diesen aufgrund eines Liquiditätsengpasses infolge von unvorhergesehenen Entwicklungen trotz der vom Unternehmen, seinen Finanzierungspartnern und seinen direkten oder indirekten Eigentümern getroffenen Massnahmen Illiquidität droht (vgl. Art. 3 Abs. 1 FiREG). Der vorgesehene Verpflichtungskredit des Rettungsschirms beträgt 10 Milliarden Franken.³ Diese gesetzlich verankerte Staatsgarantie zugunsten der grössten Schweizer Energieversorger verzerrt den Wettbewerb in den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung. Aufgrund der im FiREG enthaltenen Anforderungen an systemkritische Unternehmen können lediglich BKW, Axpo und Alpiq von diesem wirtschaftlichen Vorteil gegenüber allen anderen auf denselben Märkten tätigen Unternehmen im Elektrizitätsbereich profitieren.

4. Das UVEK schlägt neuerdings vor, dass das FiREG *bis Ende 2031* verlängert werden soll. Laufe das FiREG Ende 2026 aus, würde die gleiche Situation wie vor der Energiekrise mit einer *impliziten* und *kostenlosen*

Staatsgarantie für systemkritische Unternehmen bestehen. Gemäss dem erläuternden Bericht solle diese Verlängerung um fünf weitere Jahre dazu dienen, das verbleibende volkswirtschaftliche Risiko, das von einem Ausfall der systemkritischen Unternehmen ausgeht, einzuschätzen und die Notwendigkeit weiterer Massnahmen zu evaluieren. Insbesondere die Einführung konkreter Liquiditäts- und Eigenkapitalvorgaben soll nochmals fundiert überprüft werden, nachdem eine entsprechend ausgestaltete Gesetzesvorlage in der Vernehmlassung im Jahr 2024 insbesondere seitens der Elektrizitätsbranche und der Kantone auf breite Kritik gestossen ist. Basierend auf den Ergebnissen dieser Abklärungen soll anschliessend über das weitere Vorgehen zur Ablösung des verlängerten FiREG entschieden werden.⁴

5. Die Wettbewerbsbehörden gingen aufgrund der früheren Kommunikation des BFE/UVEK zur vorliegenden Thematik ursprünglich davon aus, dass die mit *Darlehen des Bundes* einhergehenden *Wettbewerbsverzerrungen* gestützt auf das FiREG mit Inkrafttreten der neuen Gesetzesvorlage *spätestens ab 2027* wegfallen werden, wie dies im Gesetzesentwurf der Ämterkonsultation sowie der Vernehmlassung im Jahr 2024 noch vorgesehen war. Aus diesem Grund beantragten sie in den bisherigen Konsultationen zu dieser Thematik, dass die aktuell bis Ende 2026 befristeten Vorgaben zum «Rettungsschirm» *möglichst zeitnah* zu ersetzen und die *BCM-Massnahmen*, welche den unterbruchfreien Betrieb von systemkritischen Kraftwerken im Konkursfall bzw. in einem Nachlassverfahren sicherstellen sollen, *möglichst bald* in Kraft zu setzen seien.⁵

6. Aus wettbewerblicher Sicht ist die *gesetzliche* Verankerung einer Staatsgarantie des Bundes abzulehnen. Die Energieversorgung ist Sache der Energiewirtschaft.⁶ Es ist Aufgabe des Managements der systemkritischen Energieversorgungsunternehmen und deren Eigentümer, für genügend Liquidität zu sorgen. Sie haben ihre Handelsstrategie unter Berücksichtigung möglicher *Extrem Szenarien* so anzupassen, dass möglichst kein Liquiditätsengpass entstehen kann und bei Bedarf sehr zeitnah zusätzliche finanzielle Mittel bereitgestellt werden können. Anstelle eines staatlichen Rettungsschirms zugunsten von systemkritischen Unternehmen sei die Schaffung einer Bestimmung im StromVG zu prüfen, wonach die systemkritischen Unternehmen sicherstellen müssen, dass sie die für ihre Handelstransaktionen erforderlichen finanziellen Mittel auch im Falle des Eintretens von extremen Preisszenarien sehr zeitnah beschaffen können.

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

7. Gemäss der Botschaft zum FiREG vom 18. Mai 2022 sollten die Finanzhilfen des Bundes nur für eine *begrenzte* Zeit zur Verfügung stehen. Sie sollten spätestens nach Ende 2026 durch eine ordentliche, umfassende Regulierung ersetzt werden, welche die Sicherheit der Stromversorgung *ohne Darlehen des Bundes* gewährleisten.⁷ Weiter wird in der Botschaft darauf hingewiesen, dass die Vorlage problematische Anreize für die Unternehmen selbst, für ihre Eigentümer und für die Fremdkapitalgeber setzen könnte. Die Vorgaben im FiREG bergen insbesondere die Gefahr, dass die systemkritischen Unternehmen ihre Bemühungen um ausreichende Liquiditäts- und Kapitalpolster einstellen oder reduzieren werden.⁸ Vorliegend ist eine Fortführung des auf Notkrediten des Bundes basierenden Unterstützungssystems um *vorderhand fünf weitere Jahre* bis Ende 2031 angedacht. Hingegen soll auf Regulierungsmassnahmen, welche insbesondere Anreize für hinreichende Liquidität bei den systemkritischen Unternehmen setzen, zumindest in den nächsten Jahren verzichtet werden. Insofern ist nun ein zum ursprünglich vorgesehenen Lösungsansatz *entgegengesetztes* Vorgehen beabsichtigt.

8. Sofern im Notfall weiterhin ein in einem *Bundesgesetz verankerter* staatlicher Rettungsschirm in Form von finanziellen Darlehen des Bundes zur Verfügung gestellt würde, bestünden für die systemkritischen Unternehmen und deren Eigentümer nach Auffassung der WEKO keine hinreichenden Anreize, *selbstständig* die erforderlichen *Vorkehrungen* zu treffen, um ihre *Liquiditätsrisiken* zu minimieren und ihre bisherige Risikostrategie zu hinterfragen. Ohne griffige regulatorisch verankerte Liquiditätsvorgaben deckt der staatliche Rettungsschirm nicht nur die *schlimmsten Extremszenarien* (sog. Black-Swans) ab, deren Eintrittswahrscheinlichkeit derart tief ist, dass die Vorhaltung entsprechender liquider Mittel unverhältnismässig wäre. Der staatliche Rettungsschirm würde die Zahlungsfähigkeit der systemkritischen Unternehmen Axpo, BKW und Alpiq vielmehr in *sämtlichen* aussergewöhnlichen Situationen sicherstellen. Solche *umfassenden* Risiken sollten nicht mittels der Weiterführung der Vorgaben zum staatlichen Rettungsschirm im FiREG auf die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler überwältigt werden.

9. Manager, Gläubiger und Eigentümer von systemkritischen Energieversorgungsunternehmen könnten höhere Risiken eingehen, wenn sie im Voraus wissen, dass sie im Notfall Bundesdarlehen beziehen können. Die Verlängerung des FiREG um fünf weitere Jahre könnte insofern zu einem *Moral Hazard* führen. Mit einer übermässigen Risikostrategie könnten Unternehmen mit einer gesetzlich zugesicherten Staatsgarantie die Systemstabilität des Energiemarktes gefährden. Die Weiterführung des Rettungsschirms gestützt auf das FiREG könnte zudem zu günstigeren Finanzierungskosten für die systemkritischen Stromunternehmen und erheblichen Wettbewerbsvorteilen führen. Dies ist aus wettbewerblicher Sicht abzulehnen.

10. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass der Vorteil einer gesetzlich verankerten Staatsgarantie insbesondere darin liege, dass den systemkritischen Unternehmen bereits vor einer Darlehensgewährung die Bereitstellungspauschale weiterverrechnet werden könne.⁹

Aus den vorliegenden Materialien geht allerdings nicht hervor, ob der Bund unabhängig von einer Risikoeinschätzung mittels Bundesanleihen bis zum Auslaufen des FiREG *zu jederzeit 10 Milliarden Franken* für die systemkritischen Unternehmen bereithält, indem die Schweizerische Nationalbank (SNB) im entsprechenden Umfang Auktionen für Bundesanleihen durchführt und auf diese Weise zusätzliche finanzielle Mittel beschafft. Insofern bleibt unklar, in welchem Umfang die über die Bereitstellungspauschale weiterverrechneten Kosten dem Bund *vor einer Darlehensgewährung* effektiv anfallen. Primär scheinen bei einer Verlängerung des FiREG die mit dem staatlichen Rettungsschirm einhergehenden Wettbewerbsvorteile – beispielsweise die Möglichkeit, zu günstigeren Konditionen Fremdkapital zu beschaffen – mit der Bereitstellungspauschale abgegolten zu werden.

11. Der Bundesrat könnte im Falle eines Liquiditätsengpasses eines systemkritischen Energieversorgungsunternehmens mittels einer Verordnung gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV¹⁰ Notrecht erlassen, sofern er in einer Notsituation einen entsprechenden politischen Entscheid treffen sollte. Im Rahmen einer solchen Notverordnung könnte der Kreditrahmen an strenge Bedingungen geknüpft werden; beispielsweise ein Dividendenverbot, so lange Darlehen oder Zinszahlungen ausstehend sind. Zudem könnten alle systemkritischen Unternehmen zumindest ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Notverordnung (= Aktivierung des Rettungsschirms) verpflichtet werden, eine Bereitstellungspauschale zu entrichten.¹¹ Insofern könnte erforderlichenfalls auch gestützt auf Notrecht sichergestellt werden, dass der Bund keine Kosten für die Bereitstellung von zusätzlicher Liquidität zu tragen hat. Es gäbe somit auch gestützt auf Notrecht hinreichende Möglichkeiten, um die systemkritischen Unternehmen für die zur Verfügung gestellte und beanspruchte Liquidität in die Pflicht zu nehmen.

² Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30.9.2022 (FiREG; SR 734.91).

³ Vgl. UVEK, Änderung des Bundesgesetzes über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 14.5.2025 (nachfolgend: erläuternder Bericht), S. 10.

⁴ Vgl. erläuternder Bericht, S. 5.

⁵ Vgl. Stellungnahme des Sekretariats vom 4.1.2024 in der 1. Ämterkonsultation (S. 2 f.) sowie der WEKO vom 14.6.2024 (S. 2 f.) in der Vernehmlassung zu Änderungen des Stromversorgungsgesetzes (Anforderungen an systemkritische Unternehmen).

⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG; 730.0).

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft und zum Bundesbeschluss über einen Verpflichtungskredit für subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 18.5.2022 (nachfolgend: Botschaft FiREG), BBl 2022 1183, S. 3.

⁸ Vgl. Botschaft FiREG, S. 11.

⁹ Vgl. erläuternder Bericht, S. 6.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

¹¹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 und 17 Verordnung über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 5.9.2022 (FiREVO).

Eventualantrag

12. Eventualiter beantragt die WEKO, dass das FiREG höchstens um zwei weitere Jahre bis Ende 2028 zu verlängern sei. Aus wettbewerblicher Sicht sollten die mit dem staatlichen Rettungsschirm für systemkritische Energieversorgungsunternehmen einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen nicht länger fortbestehen, als dies für die Inkraftsetzung der Nachfolgegesetzgebung nötig ist.

13. Das UVEK informiert im erläuternden Bericht insbesondere darüber, dass *aufgrund der fundierten Kritik seitens der Strombranche und der Kantone in der Vernehmlassung* vorderhand auf Vorgaben zur Liquidität und zum Eigenkapital von systemkritischen Unternehmen verzichtet werden soll. Aufgrund der Umstände ist nicht auszuschliessen, dass sich die wirtschaftlich bedeutsamen Akteure der Schweizer Stromwirtschaft sowie die Kantone als deren Eigentümer auch künftig über Interessenvertreter in den eidgenössischen Räten dafür einsetzen werden, dass keine griffigen regulatorischen Vorgaben zur Gewährleistung hinreichender Liquidität bei den systemkritischen Unternehmen geschaffen werden. Es erscheint umso schwieriger, für dieses Anliegen in den nächsten Jahren in beiden Parlamentskammern eine politische Mehrheit zu finden, wenn systemkritische Unternehmen gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen im FiREG im Falle eines Liquiditätsengpasses *zumindest bis Ende 2031* im Notfall von Bundesdarlehen profitieren können. Unter solchen Umständen besteht für die systemkritischen Unternehmen und deren Eigentümer kein hinreichender Anreiz, jederzeit die erforderliche Liquidität für ihre Transaktionsgeschäfte bereitzuhalten.

14. Aufgrund der Vorkommnisse im Jahr 2022 sowie detaillierter Analysen in der Lehre – zu nennen sind in erster Linie die diversen Fachanalysen des Instituts für Operations Research und Computational Finance der HSG und des Instituts für Applied Data Science und Finance der Berner Fachhochschule¹² – ist zudem davon auszugehen, dass das BFE als für die Gesetzgebung zuständige Behörde mittlerweile über ein fundiertes Wissen über mögliche Stressszenarien verfügt und detaillierte Kenntnisse darüber hat, welche aussergewöhnlichen Situationen im Strommarkt durch hinreichende Liquiditätsanforderungen oder anderweitige regulatorische Vorgaben abgesichert werden sollten.

15. Eine *zeitnahe* Verabschiedung von regulatorischen Vorgaben zu den Anforderungen an systemkritische Unternehmen durch den Gesetzgeber erscheint grundsätzlich machbar. Da diese Thematik von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung und zeitlich dringlich ist, sollten die hängigen Rechtsetzungsprojekte zu den regulatorischen Anforderungen an systemkritische Unternehmen von den eidgenössischen Räten *prioritär* behandelt werden. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Verlängerung des FiREG um fünf weitere Jahre nicht erforderlich.

¹² Vgl. z.B. KARL FRAUENDORFER/ROBERT GUTSCHE, Anreizstrukturen, Wertschöpfung und Systemrisiko im Energiehandel der Axpo: Eine empirische Analyse der Energiehandelsgeschäfte in den Geschäftsjahren 2017/18 – 2023/24, 11.1.2025, <https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/febdfa1d-7871-4d41-ae1-091832a9aef0/content>;

KARL FRAUENDORFER/ROBERT GUTSCHE, Transparenz und Effizienz im Energiehandel Fokus: Systemrisiko im Schweizer Strommarkt in den Jahren 2021-2023, White Paper vom 2.10.2024, <https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/2d319cef-f3ec-4ec2-bbc6-665305f1f4dd/content>;

KARL FRAUENDORFER/ROBERT GUTSCHE, Transparenz und Effizienz im Energiehandel Erstverkauf vs. Letztverkauf: Implikationen für den Energiederivatenhandel (Case Axpo), White Paper vom 12.9.2024, <https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/78892d6c-ee8f-49a9-a29e-1a7cb278f21a/content>;

KARL FRAUENDORFER/ROBERT GUTSCHE, Die Rolle des Stromhandels in der Schweizer Stromwirtschaft, White Paper, 11.3.2019 (nachfolgend: HSG White Paper), 3.12.2019, <https://www.alexandria.unisg.ch/server/api/core/bitstreams/c7a57ffd-f9d4-422b-aceb-947af5ff645e/content> (30.6.2025).

B 1.3

3. Vernehmlassung zur Verordnungsänderungen im Bereich des Bundesamts für Energie mit Bundesratsbeschluss im November 2025

1. Einleitende Bemerkungen

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.¹ Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die unkommentierten Ausführungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

2. Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral ausgestaltet sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten.

2. Stromversorgungsverordnung und Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft

a. Mit Vorbereitungsmaßnahmen betraute Organisationen für den Fall einer schweren Strommangellage

Antrag:

Vorbereitungsmaßnahmen für den Fall einer schweren Strommangellage seien durch einen von der Stromwirtschaft *vollständig unabhängigen* Akteur vorzunehmen, der nicht auf Märkten im Energiebereich tätig ist.

Eventualiter sei eine *paritätisch* aus Stromnetzbetreibern, Lieferanten, Produzenten und Verbrauchern zusammengesetzte Organisation für solche Tätigkeiten einzusetzen.

Art. 1 und 3a VOEW² seien in diesem Sinne abzuändern.

Begründung:

3. Aus wettbewerblicher Sicht ist es problematisch, dass *einzig* der Branchenfachverband der *Stromnetzbetreiber*, der in erster Linie seine eigenen Interessen verfolgt und dessen Mitglieder auf diversen gewerblichen Märkten – insbesondere im Stromlieferbereich – tätig sind, in der VOEW zur Vornahme von Vorbereitungsmaßnahmen im Falle einer schweren Strommangellage beauftragt wurde (vgl. Art. 1 Abs. 1 VOEW). Aufgrund dieser Zuständigkeit in der VOEW soll der VSE respektive die OSTRAL nun auch für die Bearbeitung von teils wirtschaftlich sensiblen *Verbraucherdaten vor Eintritt einer schweren Strommangellage* eingesetzt werden (vgl. Art. 3a VOEW). Die vorgeschlagene Konzeption, wonach auf Verordnungsstufe der VSE resp. die OSTRAL zur Datenbearbeitung für *Vorbereitungsmaßnahmen* vor einer schweren Strommangellage verpflichtet

werden soll, birgt ein Potential für wettbewerbswidriges Verhalten.

4. Die Wettbewerbsbehörden äussern sich kritisch zu Verflechtungen zwischen Branchenverbänden und deren Mitgliedern sowie staatlichen Entscheidungsträgern. Ist die Unabhängigkeit einer mit öffentlichen Aufgaben mandatierten Organisation von der Branche nicht gewährleistet, besteht die Gefahr, dass gewisse Branchenmitglieder gegenüber auf demselben Markt tätigen anderen Unternehmen im Wettbewerb bevorzugt werden könnten. Ebenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Rahmen der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben verschiedene Branchenmitglieder zulasten von Konkurrenten in wettbewerbsverzerrender Weise absprechen könnten. Daher sollten öffentliche Aufgaben einem möglichst von bestimmten Interessengruppen unabhängigen Akteur übertragen werden, der keine eigenen Interessen verfolgt.

5. Entscheidend für die Beurteilung aus wettbewerblicher Sicht ist, welche Verbraucherdaten in welcher zeitlichen Abfolge und mit welchem Detaillierungsgrad gesammelt und ausgewertet werden sollen. Im Rahmen der Überarbeitung der Entwürfe der Kontingentierungsverordnung sowie der Sofortkontingentierungsverordnung im Jahr 2023 wurde die *koordinierende Stelle OSTRAL* (nachfolgend: KSO) geschaffen. Diese Stelle wurde gestützt auf die VOEW organisatorisch beim VSE angesiedelt. Die KSO verrichtet Hilfstätigkeiten für die Abwicklung von Kontingentierungen, für die sie unter anderem auf *Verbraucherdaten von Grosskunden* angewiesen ist. Die Anonymität der von der Meldepflicht betroffenen Grossverbraucher ist zumindest gegenüber der KSO *nicht* gewährleistet. Dieser sind nämlich unter anderem die *Unternehmensnamen* der Multisite-Verbraucher einzureichen.³ Es ist davon auszugehen, dass die KSO auch die Datenbearbeitung gemäss Art. 3a VOEW vornehmen soll. Die mit der Kontrolle der Kontingentierungsvorgaben betrauten Personen innerhalb dieser Organisation sollen zu *tagesscharfen* Messdaten der Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz Zugang erhalten.

¹ Vgl. Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vom 10.5.2017 (VOEW; SR 531.35).

³ Vgl. 13 Abs. 2 Bst. a Kontingentierungsverordnung und Art. 11 Bst. a Sofortkontingentierungsverordnung in den auf der Webseite des BWL publizierten Fassungen vom 29. September 2023 (*Information über Rechtsetzungsarbeiten*).

6. Der gestützt auf Art. 17d und 17e StromVG⁴ zu schaffende Datenplattformformbetreiber soll dem VSE insbesondere die Mess- und Stammdaten der Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz *in nicht anonymisierter Form* für die Vorbereitung und den Vollzug von Massnahmen nach dem LVG zur Verfügung stellen.⁵ Über den VSE als Interessenverband der Stromnetzbetreiber könnten Mitglieder, die in den Bereichen Stromproduktion und -handel sowie Endkundenversorgung tätig sind, an diese marktrelevanten Informationen gelangen. Im Stromlieferbereich tätige Personen könnten derartige Verbraucherdaten von Grosskunden beispielsweise dazu verwenden, diesen ein optimiertes und auf ihre individuellen Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot zu unterbreiten, um sie als Neukunden zu gewinnen. Aus aktuellen Verbraucherdaten einzelner Grosskunden an verschiedenen Standorten lassen sich deren Lastgangprofile eruieren.

7. Zudem könnte die KSO gestützt auf die in den Kontingentierungsverordnungen vorgesehenen Meldepflichten nebst Verbraucherdaten auch an andere wirtschaftlich sensible Informationen gelangen, die auf den Energiemärkten tätige Stromnetzbetreiber zu ihren Gunsten einsetzen könnten. Um die Umsetzung der Kontingentierungsverordnung sicherzustellen, sind der KSO beispielsweise die Namen der an Transaktionen beteiligten Unternehmen sowie sämtliche transferierten Kontingente und Teilkontingente zu melden. Zudem sind etwa das jeweilige Datum und die genaue Zeit der einzelnen Handelsgeschäfte einzureichen.⁶ Die KSO wird somit beispielsweise erfahren, welche Grosskunden den Betrieb einstellen werden, weil sie sämtliche ihrer Kontingente innerhalb einer Kontingentierungsperiode verkauft haben und welche Grosskunden Kontingente zugekauft haben, um weiterhin uneingeschränkt weiterproduzieren zu können.

8. Aus wettbewerblicher Perspektive sollte die Organisation, welche die notwendigen Vorbereitungsmassnahmen für den Fall einer schweren Strommangellage vorzunehmen hat, nicht nur aus Personen bestehen, die für den VSE oder dessen Mitglieder tätig sind. Hauptberuflich bei Stromversorgungsunternehmen tätige Personen, die Mitglieder beim VSE sind, könnten bei ihren gestützt auf die VOEW vorzunehmenden Tätigkeiten einen Anreiz haben, ihre Konkurrenten auf den Erdgasliefermärkten zu behindern. Zur Minimierung des Potenzials für Wettbewerbsverzerrungen würde es allerdings nicht ausreichen, wenn nur Personen, die *ausschliesslich* für den VSE resp. die OSTRAL arbeiten, mit den Tätigkeiten der KSO betraut würden; auch in Bezug auf solche Personen besteht ein Potenzial, dass wirtschaftlich sensible Daten über Endkundinnen und Endkunden an Mitglieder des Interessenverbandes weitergegeben werden könnten, die auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung tätig sind. Aus wettbewerblicher Sicht sollte es daher vermieden werden, dass Hilfstätigkeiten beim Vollzug der VOEW durch eine Unterorganisation der Stromnetzbetreiber ausgeübt werden.

9. Das Risiko einer wettbewerbswidrigen Verwendung der an die KSO zu meldenden Daten könnte minimiert werden, falls diese Funktion durch einen *vollständig* von der Energiebranche unabhängigen Akteur ausgeübt wird. Um das Risiko einer wettbewerbschädigenden

Datenweiterleitung zusätzlich zu minimieren, könnte ein von der Strombranche unabhängiges Unternehmen der Privatwirtschaft zudem unter Androhung einer Konventionalstrafe im Übertretungsfall *vertraglich* verpflichtet werden, keine Verbraucherdaten oder andere wirtschaftlich sensible Informationen an Dritte weiterzugeben. Aus diesem Grund sollte eine von der Elektrizitätswirtschaft vollständig unabhängige Organisation mit dem Vollzug von Bewirtschaftungsverordnungen eingesetzt werden. Art. 1 VOEW sollte in diesem Sinne angepasst werden.

10. *Alternativ* wäre es denkbar, dass die *Swissgrid AG*, als Datenmonitoringbetreiberin im Strombereich, sämtliche Tätigkeiten beim Vollzug der VOEW sowie der Bewirtschaftungsverordnungen erfüllt, bei denen Verbraucherdaten zu bearbeiten sind. Aufgrund ihrer Tätigkeit gestützt auf die VOEW erhält die *Swissgrid AG* Verbraucherdaten zu Monitoringzwecken.⁷ Aus wettbewerblicher Sicht wäre in diesem Fall das Missbrauchspotenzial geringer, da die *Swissgrid AG* als nationale Netzgesellschaft weder Tätigkeiten in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung oder -handel ausüben noch Beteiligungen an Unternehmen besitzen darf, die in diesen Bereichen tätig sind;⁸ ein Grund für dieses gesetzlich verankerte Tätigkeitsverbot ist, dass die Aktionäre der *Swissgrid AG* (bspw. die Energiekonzerne *BKW* und *Axpo*) in den betreffenden Bereichen tätig sein dürfen.

11. *Eventualiter* beantragt die *WEKO*, dass die Organisation, welche die notwendigen Vorbereitungsmassnahmen für den Fall einer schweren Strommangellage vorzunehmen hat, paritätisch zusammengesetzt wird und nicht nur aus Personen bestehen soll, die für den VSE und dessen Mitglieder resp. *OSTRAL* tätig sind. Mit einer paritätischen Zusammensetzung dieser Organisation, welche nebst den Stromnetzbetreibern auch Vertreterinnen und Vertreter von Lieferanten, Kraftwerks- und Speicherproduzenten sowie Grossverbrauchern beinhalten würde, wäre aus wettbewerblicher Sicht besser gewährleistet, dass bei der Vornahme von Vorbereitungsmassnahmen die Interessen der auf zahlreichen gewerblichen Märkten tätigen Mitglieder des VSE nicht übermässig berücksichtigt werden. Dadurch könnte das diesbezügliche Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen verringert werden.

⁴ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7). Art. 17d und 17e StromVG werden am 1.1.2026 in Kraft treten.

⁵ Vgl. Art. 8ater Abs. 5 Bst. bbis Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (SR 734.71) gemäss der Fassung des vorliegenden Vernehmlassungsentwurfs.

⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. b, c, e und g Kontingentierungsverordnung.

⁷ Vgl. Art. 1a und 1b VOEW.

⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 6 StromVG.

a. Datenbearbeitung gestützt auf Art. 3a VOEW

Antrag:

Sofern die Datenbearbeitung gestützt auf Art. 3a VOEW an den VSE (OSTRAL) übertragen werden sollte, stellt die WEKO die folgenden Anträge:

Art. 3a Abs. 4 VOEW sei dahingehend zu präzisieren, dass die Datenbearbeitungen im Rahmen der Vorbereitungsmassnahmen vor Eintritt einer schweren Strommangellage *in maximal halbjährlichen Abständen* vorzunehmen und die notwendigen unternehmensspezifischen Daten mit dieser Periodizität zu aktualisieren sind.

Art. 3a Abs. 5 VOEW sei dahingehend zu anzupassen, dass *hauptberuflich für Stromversorgungsunternehmen tätige Personen sowie auf der Geschäftsstelle des VSE tätige Personen ausserhalb der KSO* keine Kenntnis von wirtschaftlich sensiblen Daten der Endkundinnen und Endkunden erhalten dürfen, die gestützt auf Art. 3a VOEW erfasst werden.

Die Aufbewahrungsdauer der gestützt auf Art. 3a VOEW zu archivierenden Daten sei ab dem Zeitpunkt der Erfassung auf *zwei Jahre* zu beschränken. Art. 3a Abs. 6 VOEW sei in diesem Sinne abzuändern.

Begründung:

12. Sofern die Datenbearbeitung gestützt auf Art. 3a VOEW *entgegen dem Antrag der WEKO* an den VSE resp. OSTRAL übertragen werden sollte, besteht – wie vorstehend aufgezeigt (vgl. Rz 3 ff.) – ein erhöhtes Missbrauchspotenzial. Aus wettbewerblicher Sicht sensibel ist insbesondere, dass die KSO als Organisationseinheit des VSE für Datenbearbeitungen *vor* einer unmittelbar bevorstehenden Strommangellage auf *detaillierte* Messdaten von Endkundinnen und Endkunden Zugriff erhalten soll. Um das Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen zu verringern, sind daher *erhöhte* Anforderungen an diese Datenbearbeitung zu stellen.

Periodizität der Datenaktualisierung

13. In Art. 3a Abs. 4 VOEW ist vorgesehen, dass der Datenplattformbetreiber der wirtschaftlichen Landesversorgung (WL) und dem VSE die für die Vornahme von Vorbereitungsmassnahmen *notwendigen* Daten auf Anfrage *in der erforderlichen Regelmässigkeit* und in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen hat. Gemäss der angedachten Konzeption soll es demnach den innerhalb der Organisation des VSE zuständigen Personen überlassen werden, mit welcher Regelmässigkeit Aktualisierungen der gesammelten Daten notwendig sind. Die periodische Erfassung von zumindest *tagescharfen Messdaten* ist gemäss dem BWL erforderlich, um verifizieren zu können, ob ein bestimmter Verbraucher im Falle einer Strommangellage von einer Kontingentierung betroffen ist und als sog. Multi-Site-Verbraucher behandelt werden kann und lasse sich damit nicht vermeiden. Multi-Site-Verbraucher sollen die ihnen zugeteilten Kontingente eigenverantwortlich summieren und verteilnetzübergreifend verwenden können. Hierfür ist eine Registrierung auf der von der KSO betriebenen Plattform erforderlich. Um den Vollzug im Falle der Anordnung einer Kontingentierung sicherzustellen,

müssten die Messdaten der Endkundinnen und Endkunden *ohne Pseudonymisierungen* an die KSO weitergeleitet werden.

14. Um das Missbrauchspotenzial durch zweckwidrige Verwendung von detaillierten Verbraucherdaten einzuschränken, sollten diese nicht zeitnah, sondern *in grösseren zeitlichen Abständen* aktualisiert werden. Im Rahmen von *Vorbereitungsmassnahmen* erscheint eine *halbjährliche* Aktualisierung der zu übermittelnden Stamm- und Messdaten von Endkundinnen und Endkunden ausreichend. Sofern keine angespannte Versorgungssituation vorliegt, wird es im Kontext mit Kontingentierungen vorab darum gehen, die Funktionalität der Datenübertragung für den Fall einer schweren Strommangellage zu gewährleisten. Im Weiteren muss sichergestellt sein, dass sich Grossverbraucher mit Standorten in unterschiedlichen Netzgebieten auf der durch die KSO betriebenen Datenplattform registrieren können. Die Registrierung der betreffenden Endkundinnen und Endkunden muss gemäss dem BWL aus Zeitgründen zwingend vor dem Eintritt einer Strommangellage erfolgen.

Zugangsbeschränkungen

15. Gemäss Art. 3a Abs. 5 VOEW sollen die WL und der VSE mit organisatorischen und technischen Massnahmen sicherstellen, dass die unbefugte Datenbearbeitung verhindert wird. Im Erlass selbst wird nicht näher definiert, in welchen Fällen eine «unbefugte» Datenbearbeitung vorliegt. Im erläuternden Bericht zu dieser Bestimmung wird ausgeführt, dass die in diesem Rahmen erhaltenen Verbraucherdaten oder anderen wirtschaftlich sensiblen Informationen nicht anderen in den Märkten für *Stromproduktion, -handel und -versorgung* tätigen Akteuren zugänglich sein sollen.⁹ In Weisungen des Fachbereichs Energie der WL an den VSE könnten weitere Details zur Datenweitergabe festgehalten sein. Solche Weisungen sind jedoch nicht publiziert und die WEKO hat keine Kenntnis über deren Inhalt.

16. Aus Sicht der WEKO sollte in der VOEW selbst vorgesehen werden, dass wirtschaftlich sensible Daten nicht an Akteure weitergegeben werden dürfen, welche diese Daten für gewerbliche Zwecke verwenden könnten, um ihre Marktstellung zu verbessern. Dies betrifft potenziell nicht nur die Märkte für Stromproduktion, -handel und -versorgung, sondern etwa auch Dienstleistungsmärkte im Bereich des Energiemanagements zur Verbrauchsreduktion. Daher sollte *in allgemeiner Weise* festgehalten werden, dass im Anwendungsbereich von Art. 3a VOEW hauptberuflich für Stromversorgungsunternehmen tätige Personen sowie auf der Geschäftsstelle des VSE tätige Personen *ausserhalb der KSO* keine Kenntnis von wirtschaftlich sensiblen Informationen erhalten dürfen. Es kann nicht restlos ausgeschlossen werden, dass hauptberuflich für den VSE tätige Personen Verbraucherdaten von Endkunden an in Märkten im Energiebereich tätige Mitglieder weitergeben könnten.

⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision der StromVV und der VOEW in der Fassung der vorliegenden Vernehmlassung (nachfolgend: erläuternder Bericht), S. 4.

Daher muss auch in Bezug auf alle Personen ausserhalb der KSO durch hinreichende Datensicherheitsmassnahmen sichergestellt werden, dass diese keinen Zugang auf wirtschaftlich sensible Informationen von Endkundinnen und Endkunden erhalten können.

Aufbewahrungsdauer

17. Gemäss Art. 3a Abs. 6 VOEW sollen die im Rahmen von Vorbereitungsmaßnahmen zu bearbeitenden Daten ab dem Zeitpunkt der Erfassung *während 10 Jahren* aufbewahrt werden dürfen. Diese lange Aufbewahrungsdauer wird im erläuternden Bericht damit begründet, dass insbesondere für die *Kontingentierungsmaßnahmen* sowie für *Auswertungen und Studien* betreffend die *potenzielle Wirkung von Strombewirtschaftungsmaßnahmen* auf historische Daten zurückgegriffen werden müsse.¹⁰ In Bezug auf die Endkundinnen und Endkunden im Anwendungsbereich der Kontingentierungs- und der Sofortkontingentierungsverordnung hätte dies zur Folge, dass sämtliche Verbrauchsmessungen während zehn Jahren gesammelt würden. Dadurch liesse sich über diese Zeitdauer ein detailliertes Lastgangprofil von Unternehmen ermitteln, welches Unternehmen potenziell dazu dienen könnte, vermehrte Aufträge in bestimmten Märkten im Energiebereich zu erhalten. Solange die KSO organisatorisch dem VSE angegliedert ist und daher ein erhöhtes Missbrauchspotenzial besteht, sollte für wirtschaftlich sensible Daten *keine unnötig lange* Aufbewahrungsdauer vorgesehen werden.

18. Die bislang in den Erläuterungen vorgebachten Argumente für die beabsichtigte zehnjährige Aufbewahrungsdauer überzeugen nicht. In den Entwürfen der Kontingentierungs- und der Sofortkontingentierungsverordnung ist vorgesehen, dass die Referenzmenge der Kontingentierungsperiode dem Verbrauch entspreche, der im entsprechenden *Kalendermonat des Vorjahres* gemessen wurde.¹¹ Für den Vollzug der Kontingentierungsmaßnahmen ist es somit ausreichend, wenn die Verbrauchsmessungen des *Vorjahres* zur Verfügung stehen. Weiter ist nicht ersichtlich und wird zurzeit nicht näher erläutert, weshalb für die Erstellung von Studien über die *Wirksamkeit* von Kontingentierungsmaßnahmen *nicht pseudonymisierte* Messdaten von Endkundinnen und Endkunden der letzten zehn Jahre erforderlich sind, die *vor dem Eintreten einer schweren Strommangelage* erfasst wurden. Für die Erstellung derartiger *Wirksamkeitsstudien* könnten allenfalls pseudonymisierte Verbraucherdaten nach der Anordnung von Kontingentierungsmaßnahmen relevant sein. Diese Datenbearbeitung wird jedoch nicht von Art. 3a VOEW erfasst. Die Bestimmung bezieht sich lediglich auf Vorbereitungsmaßnahmen. Aus Sicht der WEKO erscheint vor diesem Hintergrund eine *zweijährige* Aufbewahrungsdauer der gemäss Art. 3a VOEW aufzubewahrenden Daten ausreichend.

¹⁰ Vgl. erläuternder Bericht zur Revision, S. 4.

¹¹ Vgl. Art. 4 der Kontingentierungsverordnung sowie Art. 4 der Sofortkontingentierungsverordnung.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Tonabbau und Deponiebetrieb EcoClay

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

I. Sachverhalt

1. Gemäss den Angaben in der Beratungsanfrage beabsichtigen die Schweizer Salinen AG (nachfolgend: Salinen), die Surer Holding AG (nachfolgend: Surer) und die ERNE Holding AG (nachfolgend: ERNE) gemeinsam die EcoClay AG (nachfolgend: EcoClay) zu gründen. EcoClay soll natürlich vorkommendes Tonmaterial abbauen und den Tonabbau-Standort als Deponie verwenden. Nachfolgend werden die Salinen, Surer und ERNE gemeinsam als die «beteiligten Unternehmen» bezeichnet.

2. Die Salinen sorgen für die Salzversorgung in der Schweiz. Gemäss dem Handelsregister bezwecken sie unter anderem die Produktion und den Handel von Salz, Salzgemischen und Sole. Die Kantone haben das auf die kantonalen Salzregale abgestützte Recht auf Einfuhr und Verkauf von Salz und Salzgemischen mit einem Gehalt von 30 % oder mehr an Natriumchlorid und Sole an die Salinen übertragen.¹

3. Surer und ERNE bezwecken den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen. Die Surer-Gruppe ist in den Bereichen Logistik und Entsorgung tätig,² die ERNE-Gruppe in den Bereichen Bau, Holz und Immobilien.³

Geschäftsmodell von EcoClay

4. Die beteiligten Unternehmen verfolgen mit EcoClay das folgende Geschäftsmodell: EcoClay baut Ton ab. Aus dem gewonnenen tonigen Material entwickelt und produziert EcoClay ein Produkt, das für die Verfüllung von stillgelegten Salzkavernen⁴ verwendet werden kann (nachfolgend: Verfüllmaterial). Das Verfüllmaterial ist namentlich für die Salinen interessant und soll massgeblich an die Salinen vertrieben werden. Das Ton-Abbauggebiet wird in der Folge als Deponiestandort für Inertstoffe genutzt. Die Abgabe von Inertstoff ist für alle gleichermassen zugänglich und soll zu Marktpreisen erfolgen. Die beteiligten Unternehmen gehen davon aus, dass EcoClay mit dem Deponiegeschäft den Hauptumsatz generieren wird.

5. Die Salinen sind in der Salzgewinnung tätig. Nach Abschluss der Salzgewinnung bleibt im Salzabbauggebiet eine Kaverne zurück, die mit Sole gefüllt ist. Die Salinen beabsichtigen, die ausgedienten Kavernen mit dem von EcoClay produzierten Produkt zu verfüllen. Dies erlaubt den Salinen, die Hohlräume langfristig zu stabilisieren und zusätzliches Salz aus der «Rest-Sole» in den Kavernen zu gewinnen. Zudem sorgt das Verfüllen der

stillgelegten Kavernen für Sicherheit im ehemaligen Abbauggebiet und reduziert das Risiko für Verunreinigungen des Grundwassers.

Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen

6. Die Salinen haben einen Entwurf des Aktionärsbindungsvertrags zwischen den Salinen, Surer und ERNE eingereicht. Gemäss Artikel 3.5 des Aktionärsbindungsvertrags verpflichten sich die Salinen, pro Jahr mindestens [...] Kubikmeter bzw. [...] Tonnen des Verfüllmaterials zu einem Preis von [...] Franken pro Tonne von EcoClay zu beziehen.⁵ Gemäss den Angaben der Salinen liegt dieser Preis voraussichtlich unter den Produktionskosten. Sie führen aus, dass EcoClay nur dann genügend Deponieraum schaffen könne, wenn der langfristige Abbau und Bezug des tonigen Materials gesichert seien. Das Deponiegeschäft von EcoClay hänge also davon ab, dass die Salinen das Verfüllmaterial dauerhaft und in grossen Mengen beziehen. Die im Aktionärsbindungsvertrag vorgesehene Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen soll in einem separaten, verbindlichen und langfristigen Liefervertrag geregelt werden.

7. Die Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen soll grundsätzlich nicht exklusiv sein, sodass auch andere Interessenten tonhaltiges Material von EcoClay beziehen können. Dabei ist Folgendes zu beachten: Die Salinen gehen davon aus, dass das Verfüllmaterial in erster Linie für das Verfüllen von Salzkavernen geeignet ist. Für andere Anwendungen und damit für Dritte dürfte es aus Sicht der Salinen kaum in Betracht fallen. Sollte ein Dritter das exakt gleiche Verfüllmaterial wie die Salinen beziehen, werden diesem grundsätzlich die gleichen Konditionen wie den Salinen gewährt. Differenzierungen beim Preis können sich aufgrund der vereinbarten (Mindest-)Bezugsmenge ergeben. Für den Fall, dass die Zusammensetzung des Verfüllmaterials für einen Drittbezüger angepasst wird, d.h. ein spezifisches Tonprodukt entwickelt und hergestellt wird, verrechnet EcoClay diesem Drittbezüger den Marktpreis. Die Salinen rechnen grob und unverbindlich mit einem Preis zwischen [...] und [...] Franken pro Tonne.

¹ Art. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz.

² www.surerkippertransportag.ch/kontakt (3.12.2024).

³ www.erne-gruppe.ch/de/leistungen (27.11.2024).

⁴ Eine Salzkaverne ist ein künstlich hergestellter Hohlraum, der bei der Salzgewinnung entsteht.

⁵ [...].

Organisation von EcoClay

8. Die Salinen haben einen Entwurf der Statuten von EcoClay eingereicht. Gestützt auf die Statuten und den Aktionärsbindungsvertrag ist die Organisation von EcoClay folgendermassen angedacht:

9. EcoClay ist eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 4 000 000 Franken. Die Beteiligungsverhältnisse an EcoClay präsentieren sich wie folgt:

- Salinen	[...] Aktien	[...] %
- Surer	[...] Aktien	[...] %
- Erne	[...] Aktien	[...] %

10. Gemäss den Statuten von EcoClay üben die Aktionäre ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien aus (Art. 13). Die Stimmkraft der Aktionäre richtet sich also nach der Kapitalbeteiligung. Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Bei Stimmgleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt. Dem Vorsitzenden steht kein Stichentscheid zu (Art. 14). Gestützt auf den Aktionärsbindungsvertrag verpflichten sich die Salinen, Surer und ERNE, ihre Stimmkraft in der Generalversammlung gemäss den Bestimmungen des Aktionärsbindungsvertrags und ihren Beschlüssen abzugeben (Art. 2.4).

11. Zum Verwaltungsrat von EcoClay halten die Statuten fest, dass dieser aus mindestens drei und maximal sieben Mitgliedern besteht (Art. 15). Im Aktionärsbindungsvertrag einigen sich die Salinen, Surer und ERNE auf sieben Verwaltungsräte. Jedes Unternehmen hat Anspruch auf die gleiche Anzahl an Verwaltungsräten und ist bei der Auswahl und Abberufung der vorgeschlagenen Verwaltungsräte frei. Das Präsidium wird ein neutraler Dritter übernehmen (Art. 2.5).

II. Fragestellung

12. Die dem Sekretariat unterbreiteten Fragen lauten zusammengefasst wie folgt:

- 1) Ist die Gründung von EcoClay meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG?
- 2) Handelt es sich bei Artikel 3.5 des in Entwurfsform vorliegenden Aktionärsbindungsvertrags um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG?
- 3) Die Regelung von Artikel 3.5 des Aktionärsbindungsvertrags inklusive der darin vorgesehenen Preisvorstellung von [...] Franken pro Tonne für das Verfüllmaterial soll in einen verbindlichen und langfristigen Liefervertrag zwischen EcoClay und den Salinen überführt werden. Handelt es sich bei der entsprechenden Regelung im Liefervertrag um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG?
- 4) Sind weitere kartellrechtliche Probleme in Bezug auf die Gründung von EcoClay oder in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen EcoClay und den Salinen auszumachen und wie können diese gegebenenfalls am besten vermieden werden?

III. Kartellrechtliche Beurteilung

Unternehmenszusammenschluss

13. Gemäss den Angaben in der Beratungsanfrage kann unterstellt werden, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG für die Meldung von Zusammenschlussvorhaben überschreiten. Ein meldepflichtiger Zusammenschluss liegt aber nur dann vor, wenn ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Unternehmenszusammenschluss erfüllt sind.

14. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

15. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU⁶). Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt also einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen gemeinsam kontrolliert wird, (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

16. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen.⁷ Die Wettbewerbskommission stützt sich bei der Beurteilung der gemeinsamen Kontrolle auf die Praxis der EU-Kommission.⁸

⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU; SR 251.4.

⁷ RPW 2017/3, 471 Rz 31, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2005/2, 349 Rz 23, *Swissgrid*.

⁸ RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2006/3, 480 Rz 36 f., *Atel – EOSH-Aktiven*; RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*.

17. Gemeinsame Kontrolle kann nicht nur vorliegen, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen zwei Muttergesellschaften mit gleichen Stimmrechten hat, sondern auch, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen mehr als zwei Muttergesellschaften hat. In diesem Fall kann gemeinsame Kontrolle dann vorliegen, wenn den Muttergesellschaften mit einer Minderheitsbeteiligung zusätzliche Rechte zukommen, die es ihnen ermöglichen, strategische geschäftspolitische Entscheide mittels Vetorechten zu blockieren, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen. Vetorechte können verschiedene Formen annehmen, beispielsweise wird für strategische Entscheidungen ausdrücklich Einstimmigkeit oder ein qualifiziertes Mehr verlangt oder die Entscheidungen müssen von einem Gremium genehmigt werden.⁹ Selbst ohne besondere Vetorechte können zwei oder mehr Unternehmen, die eine Minderheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen erwerben, gemeinsame Kontrolle erlangen. Dies ist dann der Fall, wenn die Minderheitsgesellschafter zusammen eine Stimmenmehrheit haben und bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer Vereinbarung einer Stimmbindung sein oder sich in seltenen Fällen de facto aufgrund gemeinsamer Interessen ergeben.¹⁰

18. Gemäss den vorliegenden Informationen werden die Beschlüsse in der Generalversammlung mit der Mehrheit der vertretenen Stimmen gefällt. Die Salinen, Surer und ERNE halten alle eine Minderheitsbeteiligung an EcoClay. Bei derartigen Beteiligungsverhältnissen, wie sie bei EcoClay gegeben sind, scheidet eine gemeinsame Kontrolle grundsätzlich aus, da wechselnde Mehrheiten unter den Muttergesellschaften möglich sind. Es gibt in der Generalversammlung von EcoClay keine feste Mehrheit. Vielmehr kann die Mehrheit von Fall zu Fall unter den drei beteiligten Unternehmen verschieden ausfallen.¹¹ Es bestehen auch keine Vetorechte, die den Muttergesellschaften die Möglichkeit geben, strategische Entscheide zu blockieren. Ebenfalls keine gemeinsame Kontrolle begründet der Anspruch der Muttergesellschaften auf eine gleichmässige Vertretung im Verwaltungsrat, da die Entscheidungen im Verwaltungsrat mit einfacher Mehrheit getroffen werden und der Stichentscheid dem unabhängigen Dritten zukommt.¹²

19. Der Aktionärsbindungsvertrag enthält zwar eine Stimmbindungsvereinbarung. Die Aktionäre sind demnach verpflichtet, ihre Stimmkraft in der Generalversammlung von EcoClay gemäss dem Aktionärsbindungsvertrag und den Beschlüssen abzugeben, welche die Salinen, Surer und ERNE treffen. Der Aktionärsbindungsvertrag regelt das Geschäftsmodell von EcoClay, insbesondere die angedachte Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen. Damit sind die Muttergesellschaften in der Generalversammlung insoweit gebunden, als es um Beschlüsse zum im Aktionärsbindungsvertrag geregelten Geschäftsmodell geht. Vorliegend genügt dies allerdings nicht, um eine gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften zu begründen. Die gemeinsame Ausübung der Stimmrechte betrifft nur die im Aktionärsbindungsvertrag geregelten Punkte, andere strategische Entscheidungen bleiben davon unberührt. Zudem ist die Stimmbindungsvereinbarung im Aktionärsbindungsvertrag offen gestaltet. Es bleibt unklar,

welche Beschlüsse in der Generalversammlung konkret von der gemeinsamen Stimmrechtsausübung betroffen sind. Damit ist vorliegend eine Stimmbindungsvereinbarung, welche gemeinsame Kontrolle begründen würde, zu verneinen. Schliesslich sind auch keine Gründe ersichtlich, die auf eine faktische gemeinsame Kontrolle schliessen lassen.

20. Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels gemeinsamer Kontrolle der Salinen, Surer und ERNE über EcoClay kein meldepflichtiger Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 KG vorliegt.

Wettbewerbsabreden

21. Betreffend Frage 2 und 3 ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei der vorgesehenen Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handeln könnte. 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. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich durch zwei Tatbestandselemente. Vorausgesetzt ist erstens eine Verhaltenskoordination, d.h. ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von mindestens zwei Unternehmen, und zweitens ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

22. Die vorgesehene Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen soll einerseits im Aktionärsbindungsvertrag zwischen den beteiligten Unternehmen und andererseits in einem verbindlichen und langfristigen Liefervertrag zwischen EcoClay und den Salinen geregelt werden. Mit dem Aktionärsbindungsvertrag und dem Liefervertrag liegen Verhaltenskoordinationen vor. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

23. Die Salinen haben in ihren Eingaben einleuchtend dargelegt, dass das vorliegende Projekt von der angeordneten Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen abhängig ist. Das Geschäftsmodell von EcoClay funktioniert nur, wenn sich die Salinen verpflichten, eine grosse Menge des tonigen Materials zu beziehen. Erst dadurch wird der Betrieb des Deponiestandortes durch EcoClay ermöglicht. Weiter ist zu berücksichtigen, dass ein entsprechender Markt noch gar nicht existiert. Es gibt aktuell keine Anbieterinnen, die Ton abbauen und ein Produkt zum Verfüllen von Salzkavernen herstellen. Vorliegend geht es also um die Entwicklung eines neuen Marktes. Die Lieferbeziehung zwischen EcoClay und

⁹ Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. C 43/10 vom 21.2.2009, Rz 65 (nachfolgend: EU-Mitteilung).

¹⁰ EU-Mitteilung, Rz 74 ff., vgl. zum Ganzen auch RPW 2017/3, 471 Rz 31, BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS.

¹¹ Vgl. RPW 2006/3, 481 Rz 42, Atel – EOSH-Aktiven; EU-Mitteilung, Rz 80.

¹² Vgl. EU-Mitteilung, Rz 80.

den Salinen erschwert die Markteintrittsschranken für andere neue Anbieterinnen nicht, weshalb davon auszugehen ist, dass die Wettbewerbssituation im Markt für das Verfüllmaterial nicht beeinträchtigt wird. Zudem sind die Salinen gestützt auf die kantonalen Salzregale das einzige Unternehmen, das Salz produziert und verkauft. Wettbewerber der Salinen gibt es – zumindest in der Schweiz – keine. Aufgrund dieser Monopolsituation sind auch im Markt für Salz keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu erwarten. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern andere Märkte von der Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen betroffen sein könnten. Vor diesem Hintergrund erscheint das Risiko klein, dass die angedachte Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken könnte.

24. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die angedachte Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Damit ist das zweite Tatbestandsmerkmal für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllt. Die Vereinbarungen im Aktionärsbindungsvertrag und im Liefervertrag sind folglich keine Wettbewerbsabreden.

Marktbeherrschende Stellung

25. Nachfolgend ist zu prüfen, ob es sich bei der angedachten Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen um ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens handeln könnte. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.

26. Als marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

27. Der von EcoClay bediente Markt für das Verfüllmaterial ist räumlich eng abzugrenzen, da das Material schwer ist und die Transportkosten entsprechend hoch sind. Für die Beurteilung der Marktstellung ist zu berücksichtigen, dass das Verfüllmaterial patentgeschützt ist und es folglich für die Dauer des Patentschutzes keine anderen Anbieterinnen gibt. Zwar gibt es andere Materialien, mit denen Kavernen gefüllt werden könnten. Aus Sicht der Salinen stellen diese Materialien aber keine

Alternative zum Verfüllmaterial dar, da sie viel teurer sind. Zudem sind die Markteintrittsschranken für eine Tonabbaustelle hoch, auch wenn es in der Schweiz gemäss den Angaben der Salinen viele geeignete Abbaustellen gibt. Bevor Ton abgebaut werden kann, müssen ein geeigneter Standort gefunden und entsprechende Bewilligungen eingeholt werden. Insgesamt ist deshalb davon auszugehen, dass EcoClay im Markt für das Verfüllmaterial eine marktbeherrschende Stellung erlangen könnte.

28. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ist nicht verboten. Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre Stellung aber nicht missbrauchen, beispielsweise indem sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG).

29. Gemäss den Angaben der Salinen ist das für sie hergestellte tonige Verfüllmaterial in erster Linie für das Verfüllen von Salzkavernen geeignet. Die Salinen gehen nicht davon aus, dass Dritte das gleiche Produkt in grösseren Mengen nachfragen werden. Eine Abnahmeverpflichtung, wie sie die Salinen eingehen werden, ist mit Dritten nicht angedacht. Sollten Dritte das für die Salinen hergestellte tonige Verfüllmaterial beziehen wollen, gewährt EcoClay ihnen grundsätzlich die gleichen Konditionen wie den Salinen. Der Preis für das Verfüllmaterial hängt jedoch von der nachgefragten Menge und der Bereitschaft, Abnahmeverpflichtungen einzugehen, ab. Im Falle, dass für ein anderes Unternehmen ein Material in einer anderen Zusammensetzung hergestellt werden muss, kann ein höherer Preis verlangt werden, da damit auch höhere Kosten einhergehen. Für andere Zusammensetzungen soll der Preis so gesetzt werden, dass er die höheren Produktionskosten von EcoClay deckt sowie eine gewisse Marge generiert. Je nach Zusammensetzung des Verfüllmaterials wird der Preis also variieren.

30. Zusammenfassend ergibt sich, dass EcoClay den Zugang zum Verfüllmaterial diskriminierungsfrei ausgestalten wird, so dass eine möglicherweise marktbeherrschende Stellung als nicht problematisch zu erachten ist.

IV. Fazit

31. Bei der Gründung von EcoClay handelt es sich nicht um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU. Das Zusammenschlussvorhaben unterliegt folglich nicht der Meldepflicht von Art. 9 KG.

32. Die angedachte Lieferbeziehung zwischen EcoClay und den Salinen, die im Aktionärsbindungsvertrag und im Liefervertrag vereinbart werden soll, ist keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Weitere kartellrechtliche Probleme in Bezug auf die Gründung von EcoClay oder in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen EcoClay und den Salinen sind nicht ersichtlich.

B 1.4

2. Händlervertrag D.

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. D. [...] ist Teil der D.-Gruppe. Sie ist in Europa für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen der Marke D. zuständig. D. beabsichtigt, [...]. Sie sieht hierzu vor, Händler- und Werkstattleistungen in einem als Händlervertrag bezeichneten Vertrag (nachfolgend: D.-Händlervertrag) zu regeln.¹

2. Für den Vertrieb von D.-Neufahrzeugen ist ein selektives Vertriebsnetz mit zugelassenen Händlerinnen vorgesehen.²

3. D. hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) einen Entwurf des D.-Händlervertrags mitsamt Anhang [...] betreffend Definitionen eingereicht.³ Nicht eingereicht hat D. verschiedene Vertragsbestandteile wie weitere Anhänge, Händlerstandards, Werkstattstandards, Commercial Policies, das Garantiehandbuch sowie Richtlinien.

2. Frage

4. Sind die Ziff. [...] und Anhang [...] des D.-Händlervertrags mit den Vorgaben des Kartellgesetzes⁴ und der KFZ-Verordnung⁵ verträglich?⁶

3. Beurteilung

5. Das Sekretariat behandelt nachstehend (Rz 19–37) diejenigen Bestimmungen des D.-Händlervertrags, die seiner Auffassung nach kartellrechtlich problematisch sein könnten. Davor finden sich Ausführungen zum Geltungsbereich (Rz 6 f.), zu vorbehaltenen Vorschriften (Rz 8) und zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Rz 9–18).

3.1. Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

7. Die D.-Gruppe (Rz 1) und die gemäss dem D.-Händlervertrag vorgesehenen Vertragspartnerinnen können grundsätzlich den Unternehmensbegriff erfüllen und insbesondere Wettbewerbsabreden treffen sowie Marktmacht ausüben (Rz 10 ff.). Die geplanten Verhaltensweisen können sich sodann grundsätzlich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz ist gegebenenfalls anwendbar.

3.2. Vorbehaltene Vorschriften

8. Es sind keine vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) ersichtlich.

3.3. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen**3.3.1. Allgemeines**

9. Die in der Frage (Rz 4) aufgeführten Bestimmungen des D.-Händlervertrags sind darauf hin zu prüfen, ob sie unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Das Sekretariat verfügt gestützt auf die Beratungsanfrage über keine Hinweise, wonach die D.-Gruppe über eine marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht verfügen und sich gemäss Art. 4 Abs. 2 bzw. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG missbräuchlich verhalten würde.⁷ Die nachfolgende Prüfung konzentriert sich deshalb weitestgehend auf unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG. Nachstehend wird in kurzer Form auf relevante Bestimmungen eingegangen.

3.3.2. Unzulässige Wettbewerbsabreden⁸**3.3.2.1 Allgemeines**

10. Wettbewerbsabreden sind 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). Der D.-Händlervertrag zwischen der Schweizer Tochtergesellschaft von D. und ihren Vertriebspartnerinnen (Rz 1) stellt eine Vereinbarung dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezwecken oder bewirken kann.

11. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

¹ D., Schreiben vom [...].

² Ziff. [...] D.-Händlervertrag.

³ D., Schreiben vom [...].

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ Verordnung vom 29.11.2023 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

⁶ D., Schreiben vom [...].

⁷ Vgl. in Bezug auf Serviceleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen die Ausführungen in RPW 2019/2, 280 Rz 238 ff., *AMAG Vertriebsnetz*.

⁸ Vgl. RPW 2025/2, 248 ff. Rz 10 ff., *Händler- und Serviceverträge X*.

3.3.2.2. Vertikale Wettbewerbsabreden

12. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (nachfolgend: vertikale Wettbewerbsabreden) über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz) (Art. 5 Abs. 4 KG). Soweit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, sind Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen anzusehen (Art. 5 Abs. 1 und 4 KG). Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden in der Regel nicht erforderlich.⁹ Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, sind damit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen; eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.¹⁰ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.¹¹

13. Bei Preisempfehlungen von Anbieterinnen an Wiederverkäuferinnen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.¹² Dabei ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer¹³ zu beachten. Entscheidend ist, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung; liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolgungsgrad). Zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ist ein Kausalzusammenhang notwendig. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlungen ergeben. Eine solche Abstimmung kann vorliegen, wenn beispielsweise Preisempfehlungen von Herstellerinnen oder Lieferantinnen wiederholt in die Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden. Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG über Preisempfehlungen sind vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolgungsgrads oder infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.¹⁴

14. Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes einen Vertriebsvertrag, eine Gebietszuweisung und einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss voraus. Der Tatbestand ist nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (d. h. auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehende Verkäufe; Art. 3 VertBek¹⁵) durch gebietsfremde Vertriebspartnerinnen in diese Gebiete ausgeschlossen

werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung nur von aktiven Verkäufen (d. h. auf gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden zurückgehende Verkäufe; Art. 2 VertBek).¹⁶ Art. 5 Abs. 4 KG umfasst auch vertikale Wettbewerbsabreden, welche indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen.¹⁷ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händlerinnen dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z. B. durch die Verweigerung oder Reduzierung von Prämien oder Rabatten, Einstellung der Lieferung, Beschränkung oder Verringerung der Liefermengen, Drohung, die vertikale Vereinbarung zu kündigen oder nicht zu verlängern und die Berechnung höherer Händlerpreise für auszuführende Produkte. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlerinnen auf direkt oder parallel importierten Produkten erbracht werden. Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.¹⁸

15. Im Bereich vertikaler Wettbewerbsabreden sind die Vertikalbekenntmachung¹⁹ und die VertBek-Erläuterungen²⁰ zu beachten. Die Vertikalbekenntmachung sieht insbesondere vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen in der Regel nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Sie sieht weiter vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt gelten, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -

⁹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

¹⁰ BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

¹¹ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 4, *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013*; BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altimum*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

¹² Ziff. 8 Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

¹³ BGE 147 II 72, *Pfizer*.

¹⁴ Ziff. 8 VertBek-Erläuterungen mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer.

¹⁵ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekenntmachung, VertBek).

¹⁶ Ziff. 10 VertBek-Erläuterungen.

¹⁷ Art. 12 Abs. 2 VertBek; Ziff. 6 und 12 VertBek-Erläuterungen.

¹⁸ Ziff. 12 VertBek-Erläuterungen.

¹⁹ Vgl. Fn 17.

²⁰ Vgl. Fn 12.

dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Die Vertikalbekenntmachung hält fest, dass bei vertikalen Wettbewerbsabreden, die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, bei der Prüfung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, wobei eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede (Art. 15 VertBek) trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann und eine Wettbewerbsabrede mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen kann, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Art. 14 lit. a VertBek). Vertikale Wettbewerbsabreden einer Anbieterin mit selektivem Vertriebssystem²¹ (Rz 1) werden gemäss Vertikalbekenntmachung insbesondere dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, wobei Ausnahmetatbestände (z. B. für die Beschränkung aktiver oder passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händlerinnen in Gebieten mit Selektivvertrieb) zu beachten sind (Art. 15 lit. c[i] VertBek);
- die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[iii] VertBek);
- die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 lit. c[iii] VertBek).

16. Im Kraftfahrzeugbereich sind hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden zudem die KFZ-Verordnung²² und die Erläuterungen zur KFZ-Verordnung²³ zu beachten.

3.3.2.3. Horizontale Wettbewerbsabreden

17. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (nachfolgend: horizontale Wettbewerbsabreden), über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG). Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba (Rz 12) gilt auch für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

18. Zu einer horizontalen Wettbewerbsabrede kann auch ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerberinnen führen.²⁴ Eine entsprechende Prüfung erfordert umfangreiche Sachverhaltsermittlungen hinsichtlich der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen, was stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht.²⁵ Die endgültige Beurteilung eines konkreten Informationsaustausches kann daher in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG erfolgen.²⁶ Ist in einem Informationsaustausch eine direkte oder indi-

rekte Preisfestsetzung (einschliesslich der Festsetzung von Preisbestandteilen) zu sehen, könnte der sanktionsbewehrte Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllt sein.²⁷ Ein Austausch zwischen Wettbewerberinnen von Daten zu Lagerbeständen und Abverkäufen der zugelassenen Händlerinnen könnte weiter die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brandwettbewerbs schaffen und zu Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnerinnen sowie allenfalls zu Mengenbeschränkungen führen.²⁸ Diesfalls könnte wiederum nur im Einzelfall geprüft werden, ob ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 1 KG oder ein Anwendungsfall der sanktionsbewehrten Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 lit. b und c KG vorliegt. Bei zweigleisigem Vertrieb (*dual distribution*), wenn also eine Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen auch auf der nachgelagerten Stufe tätig ist und damit mit ihren unabhängigen Händlerinnen im Wettbewerb steht, gilt die Vertikalbekenntmachung mit ihren Safe-Harbor-Bestimmungen (Rz 15) für alle Aspekte der betreffenden vertikalen Vereinbarung, wobei dies generell auch den Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen bezüglich der Umsetzung der Vereinbarung einschliesst, wenn die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b VertBek erfüllt sind.²⁹ Allerdings ist nicht jeder Informationsaustausch zwischen einer Anbieterin und einer Abnehmerin in einem Szenario mit zweigleisigem Vertrieb effizienzsteigernd. Aus diesem Grund sieht

²¹ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind (Art. 5 Abs. 1 VertBek).

²² Vgl. Fn 5.

²³ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 4.12.2023 zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Verordnung, Erläuterungen KFZV).

²⁴ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.5.8, ASCOPA; RPW 2011/4, 589 f. Rz 431 ff., ASCOPA.

²⁵ RPW 2021/3, 620 Rz 15 f., *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁶ RPW 2021/3, 620 Rz 15, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁷ BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3., *ERNE Holding AG Laufenburg et al./Wettbewerbskommission WEKO*.

²⁸ Vgl. RPW 2021/3, 621 Rz 17, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz*.

²⁹ Gemäss Art. 10 Abs. 2 VertBek gilt die Vertikalbekenntmachung für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen, wenn Wettbewerberinnen nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden treffen und a) die Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der sie die Vertragswaren bezieht, oder b) die Anbieterin eine auf mehreren Handelsstufen tätige Dienstleisterin ist, die Abnehmerin demgegenüber Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der sie die Vertragsdienstleistungen bezieht, keine Wettbewerberin ist.

Art. 10 Abs. 3 VertBek vor, dass die Ausnahmen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b VertBek nicht für den Informationsaustausch zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen gelten, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt.³⁰

3.4. Prüfung des D.-Händlervertrags

3.4.1. Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Aufnahme in das Vertriebsnetz] / Ziff. [...] – [Werkstattleistungen, Teile, Zubehör]

19. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«D. ernennt den Händler zum nicht-exklusiven [zugelassenen Händler] [...]. Diese Ernennung schliesst auch die Ernennung des Händlers zu[r] nicht-exklusiven [zugelassenen Werkstatt] ein, falls der Händler [Werkstattleistungen] zu erbringen wünscht.»

20. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[Keine Bestimmung im Abschnitt betreffend «[Werkstattleistungen], D. Teile und D. Zubehör» darf] als Verpflichtung des Händlers ausgelegt werden [...], [Werkstattleistungen] zu erbringen oder D.-Teile zusammen mit D.-Fahrzeugen bzw. [Werkstattleistungen] zu verkaufen. Der Händler kann frei entscheiden, ob er [Werkstattleistungen] erbringen und D.-Teile verkaufen möchte. Die vorstehenden Bestimmungen gelten daher nur, wenn und so weit der Händler beschliesst, [Werkstattleistungen] zu erbringen oder Teile zu verkaufen.»

21. Die vorstehenden Bestimmungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Aus der Beratungsanfrage ergibt sich jedoch nicht und aus den vorstehenden Bestimmungen wird nicht klar, wie eine Tätigkeit nur als zugelassene Werkstatt und/oder zugelassene Ersatzteihändlerin geregelt ist. Der Vollständigkeit halber sei auf Art. 5 KFZV hingewiesen, wonach auch die folgenden Beschränkungen betreffend den Vertrieb von Ersatzteilen, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs gelten: (b.) die Verpflichtung einer zugelassenen Werkstatt, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen oder mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen; (c.) die Verpflichtung eines für den Vertrieb von Ersatzteilen zugelassenen Händlers, den Vertrieb von Ersatzteilen mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen oder mit der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen zu verknüpfen. Entsprechend müssen – wie es für Händlerinnen der Fall ist – auch zugelassene Werkstätten und Ersatzteihändlerinnen frei sein, auf ergänzende Tätigkeiten, insbesondere eine Tätigkeit als zugelassene Händlerin, zu verzichten. Die KFZ-Verordnung will insbesondere auch die Tätigkeit nur als zugelassene Werkstatt – was regelmässig Service und Ersatzteihandel umfasst – ermöglichen.³¹ Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union wird nur die Konstellation ausdrücklich als potenziell problematisch bezeichnet, in welcher zu-

gelassene Werkstätten zum Verkauf von Neuwagen verpflichtet werden.³²

3.4.2. Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Aufnahme in das Vertriebsnetz]

22. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Der Händler [akzeptiert, dass die Zulassung] des Händlers durch F. eine [...] Voraussetzung für den Abschluss dieser Vereinbarung durch D. und für deren fortdauernde Gültigkeit ist. Dementsprechend hat es Auswirkungen auf die Ernennung des Händlers als von D. gemäss dieser Vereinbarung [zugelassener Händler], wenn der Händler [...] nicht mehr von F. [zugelassen] ist, und D. ist berechtigt, die Vereinbarung gemäss Ziff. [...] mit sofortiger Wirkung zu kündigen.»

23. Die vorstehende Bestimmung ist für sich genommen nicht zu beanstanden, sofern die Fristen gemäss Art. 8 KFZV eingehalten werden, andernfalls eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen könnte (vgl. auch Rz 35). In Bezug auf die Kündigung «gemäss Ziff. [...] mit sofortiger Wirkung» ist sodann auf die Untersuchung *BMW (Schweiz) AG* hinzuweisen, wo im Rahmen einer Einstellungsverfügung festgehalten wurde, dass die Kündigung einer Geschäftsbeziehung ohne angemessene Übergangsfrist durch die BMW (Schweiz) AG mit einer Garage, die Investitionen in Millionenhöhe getätigt hatte, nach summarischer Beurteilung mutmasslich unzulässig gewesen wäre, weil die Garage über keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten verfügte und von der BMW-Gruppe abhängig war.³³ Ob relative Marktmacht vorliegt und diese gegebenenfalls missbraucht wird, ist im Einzelfall zu prüfen.

3.4.3. Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Ziele]

24. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Der Händler [anerkennt], dass es ihm freisteht, D.-Produkte an Endkunden ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs zu verkaufen, verpflichtet sich jedoch, im Zuständigkeitsbereich intensiv mit anderen Marken zu konkurrieren und anzustreben, dass alle von D. für [den Zuständigkeitsbereich] festgelegten Ziele jederzeit erreicht werden.»

³⁰ Vgl. auch Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI C 248, 30.6.2022, S. 1–85 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 94 ff.

³¹ Vgl. RPW 2019/2, 276 Rz 207–209, *AMAG Vertriebsnetz*.

³² Bekanntmachung der Europäischen Kommission, Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABI 2010 C 138 vom 28.5.2010, Rz 71.

³³ Vgl. Wettbewerbskommission, Medienmitteilung vom 10. Juli 2025, WEKO: Relative Marktmacht im Automobilbereich, abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Medien > Medieninformationen.

25. Die vorstehende Bestimmung ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass im Ausland Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einem unzulässigen und sanktionierbaren indirekten absoluten Gebietsschutz führen (Rz 14), falls die Pflicht der Händlerin, «anzustreben, dass alle von D. für [den Zuständigkeitsbereich] festgelegten Ziele jederzeit erreicht werden», dazu führt, dass die Händlerin unaufgeforderte Anfragen von ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs tendenziell nicht mehr oder nur noch zurückhaltend erfüllt (Rz 14). Inwiefern dies zutrifft, kann nur in einem konkreten Einzelfall beurteilt werden.

3.4.4 Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Tätigkeit] ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs

26. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[Tätigkeit] AUSSERHALB DES ZUSTÄNDIGKEITSBEREICHES: Dieser Vertrag gibt dem Händler keinerlei Recht, ausserhalb des EWR und der Schweiz tätig zu werden, [beispielsweise durch den Verkauf von D.-Produkten oder die Erbringung von Werkstattdienstleistungen].»

27. Soweit Ziff. [...] D.-Händlervertrag der Händlerin untersagt, ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (nachfolgend: EWR) und der Schweiz tätig zu werden, ist er für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass im Ausland Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG führen (Rz 14). Solche Vertragsbestimmungen könnten nämlich dazu führen, dass Händlerinnen ausserhalb des Vertragsgebiets unaufgeforderte Anfragen [zugelassener Händlerinnen] und [zugelassener Importeurinnen] sowie von Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz nicht bedienen dürfen, was ein Passivverkaufsverbot darstellen würde. Kartellrechtlich unproblematisch sind im Selektivvertrieb jedoch die Beschränkung aktiver und passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händlerinnen in Gebieten mit Selektivvertrieb sowie die Verpflichtung von Grosshändlerinnen, nicht an Endverbraucher zu verkaufen (Art. 15 lit. c [i] [2] und [4] VertBek; Rz 15). Soweit Passivverkäufe bzw. -verkäufe zulässig wären und ein absoluter Gebietsschutz mithin ausser Betracht fällt, könnten solche Vertragsbestimmungen in Verträgen im Ausland dazu führen, dass es zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen und Querlieferungen kommt (Rz 12 ff.). Dies wäre dann der Fall, wenn aktive Verkäufe (Rz 14) an Mitglieder des selektiven Vertriebsystems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz beschränkt würden (Art. 15 lit. c [ii] und [iii] VertBek; Rz 15). Angesichts des aktuellen Wettbewerbs im Vertragsgebiet erscheint die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz durch eine Beschränkung von Aktivverkäufen oder Querlieferungen jedoch gegenwärtig als unwahrscheinlich.

28. [...].

3.4.5 Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Daten und Systeme]

29. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...] D. [wird] die Daten, die sie vom Händler [...] erhält, dazu verwenden:

- i. [Managementberichte und] [...] Rückmeldungen an den Händler [zu erstellen] [...];
- ii. [Effizienzsteigerungsprogramme zu entwickeln]; und
- iii. alle vom Händler bereitgestellten [Daten] [...] als vertrauliche Informationen zu behandeln [...] und alle [Gesetze] für [...] Kundendaten einzuhalten.»

30. D. ist es insbesondere gemäss Ziff. [...] D.-Händlervertrag gestattet, «D. Produkte [...] an Endkunden zu verkaufen». Daneben können auch die zugelassenen Händlerinnen und Werkstätten zueinander im Wettbewerb stehen. Für den Fall, dass Händlerinnen oder Werkstätten ihre Endkundenpreise oder andere wettbewerbsensible Informationen an D. übermitteln, ist deshalb auf die Regeln zum Informationsaustausch (Rz 18) zu verweisen. Der D.-Händlervertrag darf weder zwischen D. und den zugelassenen Händlerinnen und Werkstätten noch – über D. bzw. deren Systeme – zwischen den zugelassenen Händlerinnen und Werkstätten zum Austausch wettbewerbsensibler Informationen unter Wettbewerberinnen führen.

3.4.6 Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Betriebsinfrastruktur und Mehrmarkenvertrieb]

31. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...] Soweit D. nicht ihre [...] Zustimmung erteilt hat, [darf die Betriebsinfrastruktur] ausschliesslich für folgende Zwecke verwendet werden:

- (a) Unter Vorbehalt von Ziff. [...], [Verkauf neuer D.-Fahrzeuge] [...];
- (b) Unter Vorbehalt von Ziff. [...], [Verkauf gebrauchter D.-Fahrzeuge];
- (c) [Verkauf von D.-Teilen und D.-Zubehör];
- (d) [Werkstattdienstleistungen]; und
 - a. vorbehaltlich Ziff. [...], die Wartung oder Reparatur anderer Fahrzeugmarken.

Ohne [...] Zustimmung von D., die nur aus [objektiven] Gründen verweigert werden kann, dürfen keine anderen Produkte [...] oder Dienstleistungen von [der Betriebsinfrastruktur] [...] aus angeboten werden.

[...] Wenn D. [die] [...] Zustimmung [zum Verkauf anderer Neuwagen] erteilt, enthält die [Zustimmung] die Auflage, dass solche Verkäufe [...] unter klarer Markenabgrenzung [erfolgen], sie kann auch zusätzliche [Auflagen] [...] enthalten [...]. [...]

[...] [Will] der Händler, mit einem Dritten [Verträge über den Verkauf oder Dienstleistungen in Bezug auf andere] Fahrzeugmarken in [der Betriebsinfrastruktur] des Händlers [...] schliessen, so hat der Händler D. [...] mindestens [zwei Monate] vor Beginn dieser Tätigkeit

ten schriftlich über [die Vertragsdauer, den Dritten und die Auswirkungen] zu informieren. [Der Händler muss] die von D. billigerweise geforderte Markenabgrenzung [respektieren], um sicherzustellen, dass solche [Tätigkeiten] (einschliesslich [Werbung]) nur in separaten Verkaufsbereichen oder einem separaten Gebäude und generell in einer Weise stattfinden, die jegliche Verwechslung [...] vermeidet.

[...] Der Händler darf in [seiner Betriebsinfrastruktur] andere Gebrauchtwagen als Gebrauchtfahrzeuge von D. verkaufen, sofern der Verkauf dieser Gebrauchtfahrzeuge den [Standards] entspricht, die D. [...] in angemessener Weise einführt, um sicherzustellen, dass der Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen (einschliesslich [Werbung]) nur in einer Weise erfolgt, die jegliche Verwechslung [...] vermeidet.»

32. Die Verpflichtung eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter nicht zu verkaufen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter nicht zu erbringen, gilt als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 7 KFZ-Verordnung). In selektiven Vertriebssystemen können bestimmte qualitative Kriterien den Mehrmarkenvertrieb direkt oder indirekt erschweren und als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, z. B.:

- die Verpflichtung, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in separaten Räumen zu verkaufen oder zu warten oder für verschiedene Kraftfahrzeuganbieter eigenes Verkaufs- oder Wartungspersonal zu beschäftigen;
- die Verpflichtung, eine markenspezifische Empfangstheke zu verwenden, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschweren;
- überhöhte Anforderungen an die einem Kraftfahrzeuganbieter vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge. Verpflichtet ein Kraftfahrzeuganbieter zugelassene Händler, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung zu vermeiden, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet (Ziff. 17 Erläuterungen zur KFZ-Verordnung).

33. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Beschränkungen für den Mehrmarkenbetrieb betreffend Neufahrzeuge und Gebrauchtfahrzeuge vor. Aus der Beratungsanfrage geht nicht hervor, was mit dem Begriff «[Betriebsinfrastruktur]» genau gemeint ist [...]. Unabhängig hiervon ist ein Zustimmungserfordernis (Ziff. [...], [...], [...] D.-Händlervertrag) sowie das Aufstellen von Standards [...] (Ziff. [...] D.-Händlervertrag) zur Vermeidung von Verwechslungen nicht zu beanstanden, wenn die Umsetzung verhältnismässig ist. Von einer qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn einer Verwechslungs-

gefahr auch mit mildernden Mitteln begegnet werden kann. Als zu weitgehend könnte das mögliche Erfordernis gemäss Ziff. [...] D.-Händlervertrag einzustufen sein, dass «[Tätigkeiten] (einschliesslich [Werbung]) nur in [...] einem separaten Gebäude» gestattet sein könnten, was jedoch nur in einem konkreten Einzelfall abschliessend bewertet werden kann.

3.4.7. Ziff. [...] D.-Händlervertrag – [Kündigung]

34. Ziff. [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...] D. [darf] diesen Vertrag mit einer Frist von [sechs Monaten] kündigen, wenn der Händler [...] in schwerwiegender Weise eine andere Vereinbarung, die er mit D. getroffen hat [...] verletzt oder kündigt und D. dem Händler die Kündigung aufgrund der Verletzung mitteilt [...].

[...] [D. ist] berechtigt, den Vertrag gemäss diesem Abschnitt [...] zu kündigen, ohne [...] [den Händler vorab zu informieren oder ihn] zur Behebung des Verstosses aufzufordern. Wenn D. eine Mitteilung gemäss diesem Abschnitt [...] macht, haftet D. nicht für daraus resultierende Schäden.»

35. Aus der Beratungsanfrage geht nicht hervor, welche Fälle schwerer Vertragsverletzungen von Ziff. [...] D.-Händlervertrag erfasst werden. Während Art. 8 KFZ-Verordnung die Unterschreitung gewisser Kündigungsfristen als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs qualifiziert, schliesst diese Bestimmung nicht aus, dass bei Vertragsverletzungen kürzere Fristen gelten. Bei schwerwiegenden Vertragsverletzungen kann eine Kündigung ohne Abmahnung kartellrechtlich statthaft sein. Eine abschliessende Beurteilung einer Kündigung lässt sich jedoch nur in einem konkreten Einzelfall vornehmen.

3.4.8. Anhang [...] D.-Händlervertrag – [Begriffe]

36. Anhang [...] D.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«[...] "Endkunde" ist ein Endverbraucher in der Schweiz oder im EWR [...].»

37. Die vorstehende Definition ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass im Ausland Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG führen (Rz 14). Das wird nachfolgend beispielhaft aufgezeigt. Gemäss Ziff. [...] D.-Händlervertrag ist die Händlerin «nur berechtigt, [D.-Neufahrzeuge] an Endkunden zu verkaufen». Soweit sich vergleichbare Vertragsbestimmungen in Verträgen im Ausland finden, könnte dies dazu führen, dass Händlerinnen ausserhalb des Vertragsgebiets unaufgeforderte Anfragen [zugelassener Händlerinnen] und [zugelassener Importeurinnen] sowie von Endkundinnen und Endkunden in der Schweiz nicht bedienen dürfen, was ein Passivverkaufsverbot darstellen würde. Kartellrechtlich unproblematisch sind im Selektivvertrieb jedoch die Beschränkung aktiver und passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händlerinnen in Gebieten mit Selektivvertrieb sowie die Verpflichtung von Grosshändlerinnen, nicht an Endverbraucher zu verkaufen (Art. 15 lit. c [i] [2] und [4] VertBek; Rz 15).

Soweit Passivkäufe bzw. -verkäufe zulässig wären und ein absoluter Gebietsschutz mithin ausser Betracht fällt, könnten vergleichbare Vertragsbestimmungen in Verträgen ausserhalb des Vertragsgebiets dazu führen, dass es zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen und Querlieferungen kommt (Rz 12 ff.). Dies wäre dann der Fall, wenn aktive Verkäufe (Rz 14) an Mitglieder des

selektiven Vertriebssystems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz beschränkt würden (Art. 15 lit. c [ii] und [iii] VertBek; Rz 15). Angesichts des aktuellen Wettbewerbs im Vertragsgebiet erscheint die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz durch eine Beschränkung von Aktivverkäufen oder Querlieferungen jedoch gegenwärtig als unwahrscheinlich.

B 1.4

3. Vertriebsverträge M.

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. M. beabsichtigt, in der Schweiz einen neuen Partnervertrag (nachfolgend: M.-Partnervertrag) insbesondere mit folgenden Anhängen einzuführen:

- Anhang 1: Händlervertrag für neue M.-Fahrzeuge und damit verbundene M.-[Angebote] (nachfolgend: M.-Händlervertrag);
- Anhang 2: Vertrag für [zugelassene Werkstätten] (nachfolgend: M.-Werkstattvertrag);
- Anhang 3: Servicevereinbarung (nachfolgend: M.-Servicevereinbarung);
- Anhang 4: M.-Gebrauchtwagenvertrag (der M.-Partnervertrag, der M.-Händlervertrag, der M.-Werkstattvertrag, die M.-Servicevereinbarung und der M.-Gebrauchtwagenvertrag nachfolgend zusammen: M.-Vertriebsverträge).¹

2. Für den Vertrieb von M.-Neufahrzeugen sowie von weiteren M.-[Angeboten]² ist ein selektives Vertriebsnetz mit zugelassenen Händlerinnen vorgesehen.³ Parallel dazu sollen M.-Neufahrzeuge und weitere M.-[Angebote] «von Zeit zu Zeit» auch im Rahmen von Erfüllungsverträgen und in einem agenturartigen Modell vertrieben werden.⁴

3. M. hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Entwürfe der M.-Vertriebsverträge eingereicht.⁵ Nicht eingereicht hat M. verschiedene Vertragsbestandteile wie weitere Anhänge, Handbücher, Konzepte, Richtlinien oder Standards.

2. Frage

4. Sind die Ziff. [...] des M.-Partnervertrags, Ziff. [...] des M.-Händlervertrags, Ziff. [...] des M.-Werkstattvertrags, Ziff. [...] der M.-Servicevereinbarung sowie Ziff. [...] des M.-Gebrauchtwagenvertrags mit den Vorgaben des Kartellgesetzes⁶ und der KFZ-Verordnung⁷ verträglich?⁸

3. Beurteilung

5. Das Sekretariat behandelt nachstehend (Rz 19–73) diejenigen Bestimmungen der M.-Vertriebsverträge, die seiner Auffassung nach kartellrechtlich problematisch sein könnten. Davor finden sich Ausführungen zum Geltungsbereich (Rz 6 f.), zu vorbehaltenen Vorschriften (Rz 8) und zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Rz 9–18).

3.1. Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen

(Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

7. M. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (nachfolgend: M.-Gruppe) und ihre gemäss den M.-Vertriebsverträgen vorgesehenen Vertragspartnerinnen können grundsätzlich den Unternehmensbegriff erfüllen und insbesondere Wettbewerbsabreden treffen sowie Marktmacht ausüben (Rz 10 ff.). Die geplanten Verhaltensweisen können sich sodann grundsätzlich in der Schweiz auswirken. Das Kartellgesetz ist gegebenenfalls anwendbar.

3.2. Vorbehaltene Vorschriften

8. Es sind keine vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) ersichtlich.

3.3. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen**3.3.1. Allgemeines**

9. Die in der Frage (Rz 4) aufgeführten Bestimmungen der M.-Vertriebsverträge sind darauf hin zu prüfen, ob sie unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Das Sekretariat verfügt gestützt auf die Beratungsanfrage über keine Hinweise, wonach die M.-Gruppe über eine marktbeherrschende Stellung oder relative Marktmacht verfügen und sich gemäss Art. 4 Abs. 2 bzw. 2^{bis} i. V. m. Art. 7 KG missbräuchlich verhalten würde.⁹ Die nachfolgende Prüfung konzentriert sich deshalb auf unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG. Nachstehend wird in kurzer Form auf relevante Bestimmungen eingegangen.

¹ M., Schreiben vom [...].

² Gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag ist ein M.-[Angebot] «[j]edes [Angebot], das sich auf ein M.-Produkt bezieht», wobei ein M.-Produkt definiert ist als «[e]in M.-Fahrzeug, ein M.-Originalteil oder ein M.-Zubehör-Teil».

³ Ziff. [...] M.-Händlervertrag; Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag.

⁴ Ziff. [...] M.-Händlervertrag; Abschnitt [...] M.-Servicevertrag.

⁵ M., Schreiben vom [...].

⁶ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁷ Verordnung vom 29.11.2023 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

⁸ M., Schreiben vom [...].

⁹ Vgl. in Bezug auf Serviceleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen die Ausführungen in RPW 2019/2, 280 Rz 238 ff., AMAG Vertriebsnetz.

3.3.2. Unzulässige Wettbewerbsabreden¹⁰

3.3.2.1. Allgemeines

10. Wettbewerbsabreden sind 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). Die M.-Vertriebsverträge zwischen M. und ihren Vertragspartnerinnen stellen Vereinbarungen dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezwecken oder bewirken können.

11. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

3.3.2.2. Vertikale Wettbewerbsabreden

12. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (nachfolgend: vertikale Wettbewerbsabreden) über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz) (Art. 5 Abs. 4 KG). Soweit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, sind Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen anzusehen (Art. 5 Abs. 1 und 4 KG). Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden in der Regel nicht erforderlich.¹¹ Wettbewerbsabreden, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, sind damit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen; eines quantitativen Elements bedarf es dafür regelmässig nicht.¹² Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.¹³

13. Bei Preisempfehlungen von Anbieterinnen an Wiederverkäuferinnen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.¹⁴ Dabei ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer¹⁵ zu beachten. Entscheidend ist, ob eine Preisempfehlung den Begriff der Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Liegt ein Bindungswille bezüglich des Preises vor, so bildet die Preisempfehlung eine Abrede im Sinne einer Vereinbarung; liegt kein solcher Bindungswille vor, so kann die strittige Verhaltensweise die Tatbestandsvariante der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen. Der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verlangt zunächst eine Fühlungnahme zwischen den Unternehmen (Abstimmung) und ein entsprechendes Marktverhalten (Abstimmungserfolg; Befolgungsgrad). Zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ist ein Kausalzusammenhang notwendig. Das Zusammenspiel zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss ein gewisses qualitatives Mass erreichen, damit von einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Die Abstimmung kann sich etwa durch eine besonders intensive Kommunikation der Preisempfehlun-

gen ergeben. Eine solche Abstimmung kann vorliegen, wenn beispielsweise Preisempfehlungen von Herstellerinnen oder Lieferantinnen wiederholt in die Kassensysteme von Wiederverkäuferinnen oder Händlerinnen elektronisch übermittelt werden. Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG über Preisempfehlungen sind vertikale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn sich die Preisempfehlungen insbesondere infolge des Befolgungsgrads oder infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken.¹⁶

14. Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes einen Vertriebsvertrag, eine Gebietszuweisung und einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss voraus. Der Tatbestand ist nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (d. h. auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehende Verkäufe; Art. 3 VertBek¹⁷) durch gebietsfremde Vertriebspartnerinnen in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung nur von aktiven Verkäufen (d. h. auf gezielte Ansprache von Kundinnen und Kunden zurückgehende Verkäufe; Art. 2 VertBek).¹⁸ Art. 5 Abs. 4 KG umfasst auch vertikale Wettbewerbsabreden, welche indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen.¹⁹ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händlerinnen dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z. B. durch die Verweigerung oder Reduzierung von Prämien oder Rabatten, Einstellung der Lieferung, Beschränkung oder Verringerung der Liefermengen, Drohung, die vertikale Vereinbarung zu kündigen oder nicht zu verlängern und die Berechnung höherer Händlerpreise für auszuführende Produkte. Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem die Anbieterin Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlerinnen auf

¹⁰ Vgl. RPW 2025/2, 248 ff. Rz 10 ff., *Händler- und Serviceverträge X*.

¹¹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

¹² BGE 143 II 297 E. 5.2.5, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.1, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.1 f., *Altimum*; BGer, 2C_44/2020 vom 3.3.2022 E. 11.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 321), *Flammarion*.

¹³ BGer, 2C_785/2022 vom 16.4.2024 E. 4, *VPVW Stammtische / Projekt Repo* 2013; BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altimum*; BGer, 2C_39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGer, 2C_101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGer, 2C_1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGer, 2C_1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

¹⁴ Ziff. 8 Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

¹⁵ BGE 147 II 72, *Pfizer*.

¹⁶ Ziff. 8 VertBek-Erläuterungen mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer.

¹⁷ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

¹⁸ Ziff. 10 VertBek-Erläuterungen.

¹⁹ Art. 12 Abs. 2 VertBek; Ziff. 6 und 12 VertBek-Erläuterungen.

direkt oder parallel importierten Produkten erbracht werden. Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.²⁰

15. Im Bereich vertikaler Wettbewerbsabreden sind die Vertikalbekenntmachung²¹ und die VertBek-Erläuterungen²² zu beachten. Die Vertikalbekenntmachung sieht insbesondere vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehältlich bestimmter Ausnahmen in der Regel nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet (Art. 16 Abs. 1 VertBek). Sie sieht weiter vor, dass vertikale Wettbewerbsabreden vorbehältlich bestimmter Ausnahmen in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt gelten, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (Art. 18 Abs. 2 VertBek). Die Vertikalbekenntmachung hält fest, dass bei vertikalen Wettbewerbsabreden, die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, bei der Prüfung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, wobei eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede (Art. 15 VertBek) trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann und eine Wettbewerbsabrede mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen kann, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Art. 14 Bst a VertBek). Vertikale Wettbewerbsabreden einer Anbieterin mit selektivem Vertriebssystem²³ (Rz 1) werden gemäss Vertikalbekenntmachung insbesondere dann als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- die Beschränkung der Gebiete oder der Kundinnen und Kunden, in bzw. an die die Mitglieder des selektiven Vertriebssystems die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen dürfen, wobei Ausnahmetatbestände (z. B. für die Beschränkung aktiver oder passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händlerinnen in Gebieten mit Selektivvertrieb) zu beachten sind (Art. 15 Bst. c[i] VertBek);
- die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 Bst. c[ii] VertBek);
- die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucherinnen und Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder des selektiven Vertriebssystems (Art. 15 Bst. c[iii] VertBek).

16. Im Kraftfahrzeugbereich sind hinsichtlich vertikaler Wettbewerbsabreden zudem die KFZ-Verordnung²⁴ und die Erläuterungen zur KFZ-Verordnung²⁵ zu beachten.

3.3.2.3. Horizontale Wettbewerbsabreden

17. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (nachfolgend: horizontale Wettbewerbsabreden), über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG). Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba (Rz 12) gilt auch für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

18. Zu einer horizontalen Wettbewerbsabrede kann auch ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerberinnen führen.²⁶ Eine entsprechende Prüfung erfordert umfangreiche Sachverhaltsermittlungen hinsichtlich der Wirkungen der abzuklärenden Verhaltensweisen, was stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht.²⁷ Die endgültige Beurteilung eines konkreten Informationsaustausches kann daher in der Regel nicht im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG erfolgen.²⁸ Ist in einem Informationsaustausch eine direkte oder indirekte Preisfestsetzung (einschliesslich der Festsetzung von Preisbestandteilen) zu sehen, könnte der sanktionsbewehrte Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllt sein.²⁹ Ein Austausch zwischen Wettbewerberinnen von Daten zu Lagerbeständen und Abverkäufen der zugelassenen Händlerinnen könnte weiter die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brandwettbewerbs schaffen und zu Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnerinnen sowie allenfalls zu Mengenbeschränkungen führen.³⁰ Diesfalls könnte wiederum nur im Einzelfall geprüft werden, ob ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 1 KG oder ein Anwendungsfall der sanktionsbewehrten Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c KG vorliegt. Bei zweigleisigem Vertrieb (*dual distribution*), wenn also eine Anbieterin

²⁰ Ziff. 12 VertBek-Erläuterungen.

²¹ Vgl. Fn 17.

²² Vgl. Fn 14.

²³ Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich die Anbieterin verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händlerinnen zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händlerinnen verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händlerinnen zu verkaufen, die innerhalb des von der Anbieterin für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind (Art. 5 Abs. 1 VertBek).

²⁴ Vgl. Fn 7.

²⁵ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 4.12.2023 zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Verordnung, Erläuterungen KFZV).

²⁶ BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.5.8, ASCOPA; RPW 2011/4, 589 f. Rz 431 ff., ASCOPA.

²⁷ RPW 2021/3, 620 Rz 15 f., *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁸ RPW 2021/3, 620 Rz 15, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

²⁹ BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3., *ERNE Holding AG Laufenburg et al./Wettbewerbskommission WEKO*.

von Waren oder Dienstleistungen auch auf der nachgelagerten Stufe tätig ist und damit mit ihren unabhängigen Händlerinnen im Wettbewerb steht, gilt die Vertikalbekenntmachung mit ihren Safe-Harbor-Bestimmungen (Rz 15) für alle Aspekte der betreffenden vertikalen Vereinbarung, wobei dies generell auch den Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen bezüglich der Umsetzung der Vereinbarung einschliesst, wenn die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a oder b VertBek erfüllt sind.³¹ Allerdings ist nicht jeder Informationsaustausch zwischen einer Anbieterin und einer Abnehmerin in einem Szenario mit zweigleisigem Vertrieb effizienzsteigernd. Aus diesem Grund sieht Art. 10 Abs. 3 VertBek vor, dass die Ausnahmen nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a oder b VertBek nicht für den Informationsaustausch zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen gelten, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt.³²

merinnen gelten, der entweder nicht direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist oder keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt.³²

3.4. Definitionen mit Gebietsbeschränkungen

19. Verschiedene Definitionen in den M.-Vertriebsverträgen sehen Gebietsbeschränkungen (Rz 14 f.) vor. Diese werden nachfolgend vertragsübergreifend behandelt.

20. Ziff. [...] M.-Partnervertrag sieht Folgendes vor:

«Für [diesen Vertrag] gelten die folgenden Definitionen: [...]

Kunde	Ein Endkunde [...], der im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich ansässig ist [...]. [...]
Neues M. Fahrzeug	Ein [Neufahrzeug] der Marke M., das von M. im EWR ([inkl. CH]) und im Vereinigten Königreich vertrieben wird.»

21. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Für diesen Händlervertrag gelten zusätzlich [zu den Definitionen des Partnervertrags] die nachstehenden Definitionen:

[zugelassener Importeur]	Ein von M. oder einem mit M. Verbundene[n] Unternehmen [zugelassener Importeur], der im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich sowohl M.-Produkte verkauft als auch [Werkstattleistungen] erbringt.
[zugelassene Werkstatt]	Eine von M., einem mit M. Verbundenen Unternehmen oder einem [zugelassenen Importeur] [zugelassene Werkstatt], die ausschliesslich für die Erbringung von Werkstattleistungen und den Verkauf von M.-Originalteilen und M.-Zubehör im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich zugelassen ist.
[zugelassener Händler]	Ein von M., einem mit M. Verbundene[n] Unternehmen oder einem [zugelassenen Importeur] [zugelassener Händler], der im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich M.-Produkte verkaufen darf.»

³⁰ Vgl. RPW 2021/3, 621 Rz 17, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz*.

³¹ Gemäss Art. 10 Abs. 2 VertBek gilt die Vertikalbekenntmachung für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen, wenn Wettbewerberinnen nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden treffen und a) die Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten

Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der sie die Vertragswaren bezieht, oder b) die Anbieterin eine auf mehreren Handelsstufen tätige Dienstleisterin ist, die Abnehmerin demgegenüber Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der sie die Vertragsdienstleistungen bezieht, keine Wettbewerberin ist.

³² Vgl. auch Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI C 248, 30.6.2022, S. 1–85 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), Rz 94 ff.

22. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sieht Folgendes vor:

«Für diesen Vertrag für [zugelassene Werkstätten] gelten zusätzlich zu den [im Partnervertrag] enthaltenen Definitionen die nachstehenden Definitionen:

[zugelassener Händler]	Ein von M., einem mit M. Verbundene[n] Unternehmen oder einem [zugelassenen Importeur] [zugelassener Händler], der im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich M.-Produkte verkaufen darf.
[zugelassener Importeur]	Ein [von] M. oder einem mit M. Verbundene[n] Unternehmen [zugelassener Importeur], der im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich sowohl M.-Produkte verkauft als auch [Werkstattleistungen] erbringt.
[zugelassene Werkstatt]	Eine von M., einem mit M. Verbundene[n] Unternehmen oder einem [zugelassenen Importeur] [zugelassene Werkstatt], die ausschliesslich für die Erbringung von Werkstattleistungen und gegebenenfalls den Verkauf von M.-Originalteilen und M.-Zubehör im EWR ([inkl. CH]) oder im Vereinigten Königreich zugelassen ist.»

23. Die vorstehenden Definitionen sind für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (nachfolgend: EWR), der Schweiz und des Vereinigten Königreichs (nachfolgend: Vertragsgebiet) Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG führen (Rz 14). Das sei nachfolgend beispielhaft aufgezeigt. Gemäss Ziff. [...] M.-Händlervertrag verpflichtet sich M., «neue M.-Fahrzeuge und damit verbundene M.-[Angebote] nur an [zugelassene Händler], [zugelassene Importeure] und Kunden im Sinne der Definition [des] Partnervertrags [zu] verkaufen». Gemäss Ziff. [...] M.-Händlervertrag verpflichten sich zugelassene Händler, «keine M.-Neufahrzeuge oder M.-[Angebote] [...] an natürliche oder juristische Personen zum Weiterverkauf [zu] verkaufen, ausser an einen anderen [zugelassenen Händler] oder [zugelassenen Importeur]». Soweit sich vergleichbare Vertragsbestimmungen in Verträgen ausserhalb des Vertragsgebiets finden, könnte dies dazu führen, dass Händlerinnen und Importeurinnen ausserhalb des Vertragsgebiets unaufgeforderte Anfragen zugelassener Händlerinnen und zugelassener Importeurinnen sowie von Endkundinnen und Endkunden aus der Schweiz nicht bedienen dürfen, was ein Passivverkaufsverbot darstellen würde. Kartellrechtlich unproblematisch sind im Selektivvertrieb jedoch die Beschränkung aktiver und passiver Verkäufe an nicht zugelassene Händlerinnen in Gebieten mit Selektivvertrieb sowie die Verpflichtung von Grosshändlerinnen, nicht an Endverbraucher zu verkaufen (Art. 15 Bst. c [i] [2] und [4] VertBek; Rz 15). Soweit Passivkäufe bzw. -verkäufe zulässig wären und ein absoluter Gebietsschutz mithin ausser Betracht fällt, könnten vergleichbare Vertragsbestimmungen in Verträgen ausserhalb des Vertragsgebiets

dazu führen, dass es zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen und Querlieferungen kommt (Rz 12 ff.). Dies wäre dann der Fall, wenn aktive Verkäufe (Rz 14) an Mitglieder des selektiven Vertriebssystems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz beschränkt würden (Art. 15 Bst. c [ii] und [iii] VertBek; Rz 15). Angesichts des aktuellen Wettbewerbs im Vertragsgebiet erscheint die Annahme einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz durch eine Beschränkung von Aktivverkäufen oder Querlieferungen jedoch gegenwärtig als unwahrscheinlich.

3.5. Prüfung des M.-Partnervertrags

3.5.1. Ziff. [...] M.-Partnervertrag – [Aufnahme in das Vertriebssystem]

24. Ziff. [...] M.-Partnervertrag sieht Folgendes vor:

«Wir sind [die] [...] nationale Vertriebsgesellschaft in der Schweiz und Liechtenstein. Wir freuen uns, Sie [Vertriebspartner] als unseren Partner für die Bereiche zu ernennen, die von den nachstehenden spezifischen Vereinbarungen ([...]) abgedeckt werden, die Sie durch Unterzeichnung [des Partnervertrags] akzeptieren.

[...] Händlervertrag, Anhang 1.

[...] Vertrag für [zugelassene Werkstätten], Anhang 2.

[...] Servicevereinbarung, Anhang 3. [...]

25. Gemäss Art. 5 KFZV gelten insbesondere die folgenden Beschränkungen betreffend den Vertrieb von Ersatzteilen, Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen

gen des Wettbewerbs: (a.) die Verpflichtung einer zugelassenen Händlerin, den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen mit der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen oder mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen; (b.) die Verpflichtung einer zugelassenen Werkstatt, die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen oder mit dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen; (c.) die Verpflichtung einer für den Vertrieb von Ersatzteilen zugelassenen Händlerin, den Vertrieb von Ersatzteilen mit dem Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen oder mit der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen zu verknüpfen.

26. Soweit die in Ziff. [...] M.-Partnervertrag erwähnte Auflistung von Verträgen nicht im Sinne einer zwingenden Verknüpfung verstanden wird und mithin eine Verknüpfung nie gegen den Willen einer zugelassenen Händlerin oder einer zugelassenen Werkstattbetreiberin stattfindet, ist die Regelung grundsätzlich nicht zu beanstanden. Entscheidend ist die gelebte Vertragspraxis. Für eine zwingende Verknüpfung spricht der Vertragstext in Ziff. [...] M.-Partnervertrag, wonach die Vertriebspartnerinnen die «nachstehenden spezifischen Vereinbarungen [...] durch Unterzeichnung dieser Partnervertrag akzeptieren» sowie der Vertragstext in Ziff. [...] M.-Händlervertrag, Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag und Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung, wonach gilt: «Mit der Unterzeichnung [des Partnervertrags] akzeptieren Sie diese Ernennung», d. h. die Ernennung als «nicht exklusiver Händler», «nicht-exklusive [zugelassene Werkstatt]» oder «nicht exklusive[r] Dienstleister». Die Beratungsanfrage präzisiert nicht, inwiefern eine Vertragspartnerin nur eine Auswahl der aufgeführten Verträge abschliessen darf. Ziff. [...] M.-Händlervertrag und Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sehen zwar die Möglichkeit einer Unterauftragsvergabe vor. Soweit jedoch eine Verantwortlichkeit bzw. Haftung für an Subunternehmer vergebene Tätigkeiten besteht (was, soweit ersichtlich, einzig für die Weitervergabe von Tätigkeiten durch eine zugelassene Händlerin an eine zugelassene Werkstatt ausgeschlossen wird; Ziff. [...] M.-Händlervertrag), könnte dies nach Auffassung des Sekretariats gleichwohl eine faktische Verknüpfung darstellen, die laut der KFZ-Verordnung eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt. Zwar sprechen die Vertragstexte von Ziff. [...] M.-Händlervertrag und Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag, wonach die Vertriebspartnerinnen zum Kauf von M.-Produkten «berechtigt» (nicht verpflichtet) sind, gegen einen tatsächlichen Zwang. Im Fall einer Pflicht zum Abschluss entsprechender Verträge gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag scheint jedoch zumindest eine implizite Erwartung in dieser Hinsicht zu bestehen. In Bezug auf Werkstattleistungen ist angesichts des Wortlauts von Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sodann explizit von einer Verpflichtung zu [Werkstattleistungen] auszugehen («Sie erbringen [Werkstattleistungen]»).

3.5.2. Ziff. [...] M.-Partnervertrag – [Mehrmarkenvertrieb]

27. Ziff. [...] M.-Partnervertrag sieht Folgendes vor:

«Wenn Sie [Vertriebspartner] eine [Vereinbarung über den Vertrieb, Verkauf, Service oder Reparatur anderer Fahrzeugmarken] mit einem Dritten abschliessen, müssen Sie die Anforderungen an die Markentrennung erfüllen, die M. vernünftigerweise verlangen [kann], um sicherzustellen, dass solche Aktivitäten (einschliesslich [Verkaufsförderung]) nur in separaten Verkaufsräumen oder einem separaten Gebäude stattfinden und im Allgemeinen so, dass jegliche Verwechslung zwischen Ihren Geschäftstätigkeiten im Rahmen dieser Vereinbarung und einer Vereinbarung mit Dritten vermieden wird.»

28. Die Verpflichtung eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile konkurrierender Kraftfahrzeuganbieterinnen nicht zu verkaufen oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbieterinnen nicht zu erbringen, gilt als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 7 KFZ-Verordnung). In selektiven Vertriebssystemen können bestimmte qualitative Kriterien den Mehrmarkenvertrieb direkt oder indirekt erschweren und als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, z. B.:

- die Verpflichtung, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen in separaten Räumen zu verkaufen oder zu warten oder für verschiedene Kraftfahrzeuganbieterinnen eigenes Verkaufs- oder Wartungspersonal zu beschäftigen;
- die Verpflichtung, eine markenspezifische Empfangstheke zu verwenden, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschweren;
- überhöhte Anforderungen an die einer Kraftfahrzeuganbieterin vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge. Verpflichtet eine Kraftfahrzeuganbieterin zugelassene Händler, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung zu vermeiden, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet (Ziff. 17 Erläuterungen zur KFZ-Verordnung).

29. Die in Ziff. [...] M.-Partnervertrag vorgesehene Vorschrift, wonach Vertrieb, Verkauf, Service oder Reparatur von Kraftfahrzeugen anderer Fahrzeugmarken (einschliesslich Verkaufsförderung) «nur in separaten Verkaufsräumen oder einem separaten Gebäude» stattfinden dürfen, könnte eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen, soweit einer Verwechslungsgefahr auch mit milderer Mitteln begegnet werden kann.

3.5.3. Ziff. [...] M.-Partnervertrag – [...] M. Neufahrzeuge [...]

30. Ziff. [...] M.-Partnervertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [Vertriebspartner] verpflichten sich, Zugriff auf eine ausreichende Anzahl von M. Neufahrzeugen zu haben, die Sie z.B. als Werkstatt-Ersatzfahrzeuge nutzen können ([...]), d.h. (i)

durch Kauf bei uns [M.], einem [zugelassenen Händler] oder [zugelassenen Importeur] im EWR ([inkl. CH]) oder dem Vereinigten Königreich, (ii) durch Leasing bei uns oder über unser Vermietungsgeschäft und/oder (iii) durch anderweitiges Leasing oder Miete.»

31. [...] Ziff. [...] M.-Partnervertrag könnte dazu führen, dass der Kauf von Neufahrzeugen der Marke M. entweder bei M. oder bei einer zugelassenen Händlerin oder einer zugelassenen Importeurin im Vertragsgebiet erfolgen muss und mithin nicht bei einer zugelassenen Händlerin oder einer zugelassenen Importeurin ausserhalb des Vertragsgebiet erfolgend darf. Das könnte zu einer absoluten Gebietsabschottung (Art. 5 Abs. 4 KG) oder – falls Passivkäufe bzw. -verkäufe möglich sind – zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen oder Querlieferungen (Rz 12 ff.) führen. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 23 verwiesen werden.

32. Sofern Ziff. [...] M.-Partnervertrag für eine Vertriebspartnerin von M. dazu führt, dass sie mehr als 80 % ihres Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten von M. beziehen muss, könnte dies eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede darstellen. Gemäss Art. 7 VertBek gilt eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung der Abnehmerin, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % ihres Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten von der Anbieterin oder von einem anderen von der Anbieterin benannten Unternehmen zu beziehen, als Wettbewerbsverbot. Gemäss Art. 15 Bst. g VertBek werden vertikale Wettbewerbsverbote, die – wie vorliegend vorgesehen – für eine unbestimmte Dauer gelten, als qualitativ schwerwiegend betrachtet.

3.5.4. Ziff. [...] M.-Partnervertrag – Geschäftsinformationen

33. Ziff. [...] M.-Partnervertrag sieht Folgendes vor:

«[...] Sie [Vertriebspartner] übermitteln uns [M.] – unter Beachtung der geltenden kartellrechtlichen Bestimmungen, Vorschriften des Unlauteren Wettbewerbs und anderen rechtlicher Vorgaben

– [...] die für die Geschäftstätigkeit relevanten betriebswirtschaftlichen Informationen, die Wir für die wirksame Umsetzung [des Partnervertrags] für erforderlich halten, einschliesslich Finanz-/Buchhaltungsdaten und der verkaufsbezogenen Daten.

[...] Unter Vorbehalt einer anderweitigen Vereinbarung werden Wir die betriebswirtschaftlichen Daten, die Wir von Ihnen gemäss diesem Abschnitt [...] erhalten, dazu verwenden,

- i. um die Erstellung von Betriebsauswertungen [...] zu koordinieren und Ihnen Rückmeldungen zu Stärken und Schwächen [...] zu geben; und
- ii. [...] Initiativen zur Verbesserung der betrieblichen Leistungsfähigkeit [...] zu entwickeln [...].»

34. M. ist es insbesondere gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag, Ziff. [...] und Ziff. [...] M.-Händlervertrag gestattet, selbst M.-[Angebote] zu verkaufen und damit mit ihren zugelassenen Händlerinnen in Wettbewerb treten. Daneben können auch die zugelassenen Händlerinnen zueinander im Wettbewerb stehen. Für den Fall, dass die Händlerinnen ihre Endkundenpreise oder andere wettbewerbsensible Informationen an M. übermitteln, ist deshalb auf die Regeln zum Informationsaustausch (Rz 18) zu verweisen. Die M.-Vertriebsverträge dürfen weder zwischen M. und den zugelassenen Händlerinnen noch – über M. bzw. deren Systeme – zwischen den zugelassenen Händlerinnen zum Austausch wettbewerbsensibler Informationen unter Wettbewerberinnen führen.

3.6. Prüfung des M.-Händlervertrags

3.6.1. Ziff. [...] M.-Händlervertrag – [Kauf und Verkauf]

35. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sehen Folgendes vor:

«[...] Sie [Vertriebspartner] werden neue M.-Fahrzeuge und damit verbundene M.-[Angebote] aktiv nur an die folgenden natürlichen und juristischen Personen verkaufen:

Produkte	Käufer
M.-Neufahrzeuge (und damit verbundene M.-[Angebote], falls zutreffend)	Kunden, [zugelassene Händler] oder [zugelassene Importeure] im EWR ([inkl. CH]) und im Vereinigten Königreich. [...]

[...] Sie werden nicht wissentlich neue M.-Fahrzeuge oder M.-[Angebote] [...] aktiv an Personen für den Export in Gebiete ausserhalb des EWR oder des Vereinigten Königreichs verkaufen. Sie werden alle zumutbaren Massnahmen ergreifen ([...]), um sicherzustellen, dass Ihre Kunden keine neuen M. Fahrzeuge oder M.-[Angebote] in Gebiete ausserhalb des oben genannten Gebietes [...] exportieren.»

36. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sind für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass ausserhalb des Vertragsgebiets Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen und Querlieferungen führen (Rz 12 ff.), wenn aktive Verkäufe zugelassener Händlerinnen an Mitglieder des selektiven Vertriebssys-

tems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz beschränkt würden. Ziff. [...] M.-Händlervertrag, in dem von «exportieren» generell, nicht nur von «aktiven» Verkäufen die Rede ist, könnte in Verträgen mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen ausserhalb des Vertragsgebiets sodann zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz führen (Rz 12 ff.). In Bezug auf beide Punkte kann auf die Ausführungen in Rz 23 verwiesen werden.

3.6.2. Ziff. [...] M.-Händlervertrag – [Kauf und Verkauf]

37. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Wir [M.] können [...] entscheiden, Ihnen [zugelassener Händler] ein neues M.-Fahrzeugmodell oder ein M.-[Angebot] nicht oder nicht länger zum Weiterverkauf anzubieten, obwohl es von anderen [zugelassenen Händlern] im EWR oder im Vereinigten Königreich zum Weiterverkauf angeboten werden kann. Insbesondere können Wir uns dafür entscheiden, bestimmte neue M.-Fahrzeugmodelle oder ein M.-[Angebot] nur [zugelassenen Händlern] in der Schweiz anzubieten, die die zusätzlichen Bedingungen, Konditionen und Standards erfüllen, die wir von Zeit zu Zeit nach eigenem Ermessen festlegen können. Insbesondere können Wir uns dafür entscheiden, bestimmte neue M.-Fahrzeugmodelle oder ein M.-[Angebot] nur [zugelassenen Händlern] in der Schweiz anzubieten, die die zusätzlichen Bedingungen, Konditionen und Standards erfüllen, die wir von Zeit zu Zeit nach eigenem Ermessen festlegen können.»

38. Ziff. [...] M.-Händlervertrag könnte bewirken, dass nebeneinander selektive Vertriebssysteme mit abgestufter Sortimentstiefe bestehen, nämlich einerseits die ordentlichen zugelassenen Händlerinnen und andererseits eine kleinere Gruppe zugelassener Händler, «die die zusätzlichen Bedingungen, Konditionen und Standards erfüllen». Eine Folge hiervon könnte beispielsweise sein, dass Querlieferungen (Rz 15) nicht mehr zwischen sämtlichen zugelassenen Händlerinnen möglich sein könnten. Ob diesfalls die Voraussetzungen des Selektivvertriebs noch gegeben wären, müsste im Einzelfall geprüft werden. Wären sie es nicht, wären die Regelungen der Vertikalbekanntmachung für den Selektivvertrieb nicht mehr anwendbar und es wäre eine Einzelfallprüfung durchzuführen, wobei auch sachliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen wären (Rz 15).

39. Ziff. [...] M.-Händlervertrag könnte zudem dann kartellrechtlich problematisch sein, wenn durch sortimentsbezogene Differenzierungen ein verdeckter Gebietschutz umgesetzt wird (vgl. Rz 14 f.).

3.6.3. Ziff. [...] M.-Händlervertrag – [Preisgestaltung]

40. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Wir [M.] können unverbindliche Preisempfehlungen für den Weiterverkauf herausgeben und einen Höchstpreis für den Weiterverkauf von neuen M.-Fahrzeuge[n] und damit verbundenen M.-[Angebote][n] festlegen.

Wir behalten uns vor, Ihnen [zugelassener Händler] von Zeit zu Zeit anzubieten, die Bedingungen der zwischen uns und einem Kunden ausgehandelten Verträge zu erfüllen, wenn und soweit die Bedingungen zwischen Ihnen und uns für die Erfüllung eines solchen Vertrages für Sie zumutbar sind. In einem solchen Fall wird zwischen Ihnen und uns ein Erfüllungsvertrag geschlossen, in dessen Rahmen Sie sich verpflichten, die M.-Neufahrzeuge und alle damit verbundenen M.-[Angebote] an den Kunden zu den zwischen uns und dem Kunden vereinbarten Bedingungen (einschliesslich des Preises) zu verkaufen.»

41. In Bezug auf unverbindliche Preisempfehlungen gemäss Ziff. [...] M.-Händlervertrag wird auf die vorstehenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Pfizer betreffend Mindest- und Festpreise (Rz 13) verwiesen.

42. Gemäss Ziff. [...] M.-Händlervertrag kann M. ihren Händlerinnen «von Zeit zu Zeit» anbieten, einen Erfüllungsvertrag abzuschliessen. In der Schweiz besteht, soweit ersichtlich, noch keine kartellrechtliche Praxis zu Erfüllungsverträgen und die Beratungsanfrage enthält in dieser Hinsicht keinerlei Hinweise. Das Konzept des Erfüllungsvertrags hat im Jahr 2022 jedoch Eingang in die EU-Vertikalleitlinien gefunden, an denen sich auch das hiesige Kartellrecht orientiert.³³ Danach handelt es sich bei einem Erfüllungsvertrag um eine vertikale Vereinbarung zwischen einer Anbieterin (vorliegend M.) und einer Abnehmerin (vorliegend einer zugelassenen Händlerin) zum Zweck der Ausführung (Erfüllung) eines zuvor zwischen der Anbieterin und einer bestimmten Kundin geschlossenen Liefervertrags. Die EU-Vertikalleitlinien sehen eine kartellrechtliche Privilegierung von Erfüllungsverträgen vor für den Fall, dass die Anbieterin (nicht die Kundin) das Unternehmen auswählt, das die Erfüllungsdienstleistungen erbringen wird. Diesfalls gilt die Festsetzung eines Wiederverkaufspreises durch die Anbieterin nicht als Preisbindung der zweiten Hand, weil der im Erfüllungsvertrag vorgeschriebene Wiederverkaufspreis weder den Wettbewerb bei der Lieferung der Waren oder Dienstleistungen an die Kundinnen und Kunden noch den Wettbewerb bei der Erbringung der Erfüllungsdienstleistungen einschränkt.³⁴ Diese Überlegungen sind auch vorliegend zu berücksichtigen. Wird ein Erfüllungsvertrag jedoch nur vorgespiegelt (z. B. wenn eine Abnehmerin in Tat und Wahrheit zum Abschluss des Liefervertrags zwischen Anbieterin und Kundin beigetragen hat), entfällt die kartellrechtliche Privilegierung und es könnten insbesondere Preisvorgaben durch die Anbieterin für unzulässig und sanktionierbar befunden werden.

³³ Erw.-Gr. VII. VertBek.

³⁴ EU-Vertikalleitlinien, Rz 193.

3.6.4. Ziff. [...] M.-Händlervertrag – [Tätigkeitsgebiet]

43. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassener Händler] sind ein nicht-exklusiver [zugelassener Händler], d.h. Sie haben kein exklusives Gebiet, in dem Sie tätig sind. Stattdessen werden Wir [M.] Ihnen [...] [ein Tätigkeitsgebiet³⁵] zuweisen, [das] Wir zur Messung Ihrer Leistung verwenden werden. Sie werden sich auf die Werbung und den Verkauf von M.-Neufahrzeugen und M.-[Angeboten] in [Ihrem Tätigkeitsgebiet] konzentrieren, aber es steht Ihnen frei, neue M.-Fahrzeuge und entsprechende M.-[Angebote] auch ausserhalb [Ihres Tätigkeitsgebiets] zu bewerben und zu verkaufen.»

44. Gemäss Ziff. [...] M.-Händlervertrag wird zur Messung der Leistung zugelassener Händlerinnen [ein Tätigkeitsgebiet] verwendet. Gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag können leistungsbasierte Bonusprogramme eingeführt werden. Soweit ein Bonusprogramm dazu führt, dass eine Händlerin Anfragen von ausserhalb [ihres Tätigkeitsgebiets] tendenziell nicht mehr oder nur noch zurückhaltend erfüllen wird, könnte dies zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz führen (Rz 14). Inwiefern dies zutrifft, kann nur in einem konkreten Einzelfall beurteilt werden.

3.6.5. Ziff. [...] M.-Händlervertrag – [Händlerstätigkeit]

45. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassener Händler] werden nicht wesentlich Teile (...) oder Zubehöerteile verwenden oder verkaufen, die unsere [M.] geistigen Eigentumsrechte oder die eines mit M. Verbundenen Unternehmens verletzen oder die Leistung eines M.- Fahrzeugs nachteilig beeinflussen»

46. Ziff. [...] M.-Händlervertrag ist in Bezug auf den Wortlaut kartellrechtlich unbedenklich. Soweit M. hierdurch jedoch ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen die Möglichkeit zugelassener Händlerinnen beschränken würde, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einer Herstellerin oder einer Händlerin dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden, würde dies eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 15) darstellen (Art. 5 Bst. h KFZ-Verordnung).

3.7. Prüfung des M.-Werkstattvertrags

3.7.1. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag – [Kauf und Verkauf]

47. Ziff. [...] M.-Händlervertrag sehen Folgendes vor:

«[...] Sie [zugelassene Werkstatt] werden neue M.-Fahrzeuge und damit verbundene M.-[Angebote] aktiv nur an die folgenden natürlichen und juristischen Personen verkaufen:

Produkte	Käufer
M. Originalteile	Kunden, unabhängige [Werkstätten], [zugelassene Händler], [zugelassene Werkstätten] oder [zugelassene Importeure] im EWR ([inkl. CH]) und im Vereinigten Königreich.
M. Zubehör	Kunden, [zugelassene Händler], [zugelassene Werkstätten] oder [zugelassene Importeure] im EWR ([inkl. CH]) und im Vereinigten Königreich.
M.-[Angebote] (falls zutreffend)	Kunden, [zugelassene Händler], [zugelassene Werkstätten] oder [zugelassene Importeure] im EWR ([inkl. CH]) und im Vereinigten Königreich.

[...] Sie werden nicht wesentlich M. Originalteile oder M. Zubehör aktiv an Personen für den Export in Gebiete ausserhalb des EWR oder des Vereinigten Königreichs verkaufen.

Sie werden alle zumutbaren Massnahmen ergreifen ([...]), um sicherzustellen, dass Ihre Kunden keine neuen M. Originalteile oder M. Zubehör in Gebiete ausserhalb des oben genannten Gebietes exportieren.»

³⁵ Vgl. Ziff. 1.4 M.-Partnervertrag.

48. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sind für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass ausserhalb des Vertragsgebiets Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen und Querlieferungen führen (Rz 12 ff.), wenn aktive Verkäufe zugelassener Werkstätten an Mitglieder des selektiven Vertriebssystems oder Endverbraucherinnen und Endverbraucher in der Schweiz beschränkt würden. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag, in dem von «exportieren» generell, nicht nur von «aktiven» Verkäufen die Rede ist, könnte in Verträgen mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen ausserhalb des Vertragsgebiets sodann zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz führen (Rz 12 ff.). In Bezug auf beide Punkte kann auf die Ausführungen in Rz 23 verwiesen werden.

3.7.2. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag – [Kein Gebietschutz]

49. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassene Werkstatt] sind eine nicht-exklusive [zugelassene Werkstatt], d.h. Sie haben kein exklusives Gebiet, in dem Sie tätig sind. Dementsprechend steht es Ihnen frei, für M. Originalteile, M. Zubehör, geltende M. [Angebote] und [Werkstattleistungen] bei allen Kunden innerhalb des EWR (inkl. CH) und des Vereinigten Königreichs zu werben und diese zu verkaufen.»

50. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Für den Fall, dass ausserhalb des Vertragsgebiets Verträge mit vergleichbaren Vertragsbestimmungen bestehen, könnte dies zu einem unzulässigen und sanktionierbaren absoluten Gebietsschutz oder – falls Passivkäufe bzw. -verkäufe möglich sind – zu einer im Selektivvertrieb als qualitativ schwerwiegend betrachteten Beschränkung von Aktivverkäufen oder Querlieferungen führen (Rz 12 ff.). Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 23 verwiesen werden.

3.7.3. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag – [...] Werkstattleistungen

51. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassene Werkstatt] werden keine Teile ([...]) oder Zubehöerteile verwenden oder verkaufen, die unsere [M.] geistigen Eigentumsrechte oder diejenigen eines mit M. Verbunden Unternehmens verletzen oder die Leistung eines M. Fahrzeugs nachteilig beeinflussen.»

52. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag ist in Bezug auf den Wortlaut kartellrechtlich unbedenklich. Soweit M. hierdurch jedoch ausserhalb von Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, des unentgeltlichen Kundendienstes oder von Rückrufaktionen die Möglichkeit zugelassener Händlerinnen beschränken würde, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einer Herstellerin oder einer Händlerin dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden, würde dies eine qualitativ schwerwiegende vertikale Wettbewerbsabrede (Rz 15) darstellen (Art. 5 Bst. h Kfz-Verordnung).

3.7.4. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag – [...] M. Fahrzeuge [...]

53. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassene Werkstatt] verpflichten sich, entsprechend den Standards Zugang zu einer ausreichenden Anzahl von M. Fahrzeugen zu haben, die als Werkstatt-Ersatzfahrzeuge genutzt werden können (entsprechend den von uns nach billigem Ermessen festgelegten Anforderungen an Ihre Werkstattleistungen).»

54. Sofern Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag für eine Vertriebspartnerin von M. dazu führt, dass sie mehr als 80 % ihres Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten von M. beziehen muss, könnte dies eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede mittels eines Wettbewerbsverbots darstellen, wozu auf Rz 31 verwiesen werden kann.

3.7.5. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag – [Geschäftsinformationen]

55. Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [zugelassene Werkstatt] übermitteln uns [M.] in der von uns festgelegten Weise und rechtzeitig betriebswirtschaftliche Informationen, einschliesslich buchhalterische und verkaufsbezogene Daten. Sie übermitteln uns auch Informationen in Bezug auf [Werkstattleistungen], damit M. Arbeits- und Reparaturmethoden, technische und kundenbezogene Belange bewerten, [...] Fehler-trends erkennen und sicherstellen kann, dass [...] Kundenbeschwerden effizient bearbeitet werden. [...] Diese Informationen sind in der von uns vorgeschriebenen Weise zu übermitteln. Die Bestimmungen von Abschnitt [...] Partnervertrag sind im Übrigen analog anwendbar.»

56. M. ist es gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag und gemäss Ziff. [...] und Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag gestattet, selbst M.-[Angebote] zu verkaufen und damit mit ihren zugelassenen Werkstätten in Wettbewerb treten. Daneben können auch die zugelassenen Werkstätten zueinander im Wettbewerb stehen. Für den Fall, dass die Werkstätten ihre Endkundenpreise oder andere wettbewerbssensible Informationen an M. übermitteln, ist deshalb auf die Regeln zum Informationsaustausch (Rz 18) zu verweisen. Die M.-Vertriebsverträge dürfen weder zwischen M. und den zugelassenen Werkstätten noch – über M. bzw. deren Systeme – zwischen den zugelassenen Werkstätten zum Austausch wettbewerbs-sensibler Informationen unter Wettbewerberinnen führen.

3.8. Prüfung der M.-Servicevereinbarung

3.8.1. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung – [Aufnahme in das Vertriebssystem] / [...] M.-Servicevereinbarung – [Vertrieb von M. Angeboten im Namen von M.]

57. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«Wir [M.] freuen uns, Sie [Dienstleister] als nicht exklusiven Dienstleister zu ernennen, um die in dieser Servicevereinbarung beschriebenen

Dienstleistungen. [sic] Sie werden diese Dienstleistungen für uns oder für [eine andere M.-Gruppengesellschaft] erbringen. [...] Dabei werden Sie in unserem Namen und als unser Partner mit den Kunden interagieren.»

58. Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«In Bezug auf die M.-[Angebote], die Wir [M.] Ihnen [Dienstleister] zur Verfügung stellen, [...], haben Wir die vertragliche Beziehung direkt mit den Kunden. Wir legen daher die Kundenpreise und die Bedingungen für die von uns direkt verkauften M.-[Angebote] fest, und Sie dürfen nicht versuchen, (i) die [...] Kundenpreise zu beeinflussen (ohne Ihre Möglichkeiten einzuschränken, [...] Ihre Provision mit dem Kunden [zu] teilen, [...]), (ii) dem Kunden Ihre Tätigkeit in Rechnung zu stellen und dies dem Kunden als Teil des M.-[Angebots] zu präsentieren, oder (iii) zu versuchen, die Bedingungen der M.-[Angebote] zu ändern. [...] Falls Wir Sie bitten, Kundenbestellungen für M.-[Angebote] entgegenzunehmen und zu bearbeiten, werden Sie sich an alle Zahlungs- und sonstigen [Vorgaben] halten, die Wir in diesem Zusammenhang erteilen werden.»

59. Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«Sie [Dienstleister] erhalten eine Provision für Ihre Verkaufstätigkeiten im Zusammenhang mit anwendbaren M.-[Angeboten]. Ausgaben, die Ihnen im Zusammenhang mit solchen Verkaufstätigkeiten entstehen, gelten als durch diese Vergütung abgedeckt.»

60. Aus den vorliegend zu prüfenden Bestimmungen wird nicht eindeutig klar, welches Vertriebsmodell im Rahmen der M.-Servicevereinbarung beabsichtigt ist. Weil M. der Dienstleisterin Wiederverkaufspreise vorschreiben will und insbesondere ein Erfüllungsvertrag angesichts der gemäss Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung vorgesehenen aktiven Rolle der Dienstleisterin («werden Sie in unserem Namen und als unser Partner mit den Kunden interagieren») ausser Betracht fällt, wird vor dem Hintergrund der obenstehenden Regelung – mangels anderslautender Angaben – nachfolgend davon ausgegangen, dass ein Vertrieb im echten Agenturmodell beabsichtigt sein könnte, auf dessen Voraussetzungen nachfolgend einzugehen ist.

61. In der Vorabklärung *Y.-Agenturverträge* hat das Sekretariat eine eingehende Prüfung eines Agenturmodells im Kraftfahrzeugbereich vorgenommen.³⁶ Danach kann die Beziehung zwischen einem Auftraggeber und einem Agenten unter bestimmten Voraussetzungen als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Agent nicht mehr als unabhängiger Marktteilnehmer handelt. Dies trifft dann zu, wenn der Auftraggeber sämtliche nicht nur unbedeutenden finanziellen oder wirtschaftlichen Risiken (nachfolgend: wesentliche Kosten und Risiken) des Agenten übernimmt.³⁷ Die Prüfung der Einhaltung dieses Kriteriums ist aufwändig und beschlägt Themenbereiche wie die Ausgestaltung des Eigentumserwerbs, Kosten im Zusammenhang mit der Warenlieferung, Lagerkosten,

Werbekosten, Haftungsfragen und marktspezifische Investitionen.³⁸ Führt die Prüfung zum Schluss, dass der Auftraggeber nicht alle wesentlichen Kosten und Risiken des Agenten deckt, entfällt eine kartellrechtliche Privilegierung, so dass beispielsweise Preisvorgaben eine sanktionierbare vertikale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen können.³⁹ Was parallele Tätigkeiten einer Vertriebspartnerin im Händlermodell und im Agenturmodell angeht, wurde Folgendes festgehalten: «Sind die Vertriebspartner eines Anbieters für diesen neben ihrer Tätigkeit im Agenturmodell parallel auch als Händler auf eigenes Risiko tätig, kann sich die Gefahr eines Missbrauchs des Agenturkonzepts realisieren. Dies betrifft (1) Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit der Vertriebspartner bei ihrer Tätigkeit im Händlermodell und (2) Fragen im Zusammenhang mit der Kostentragung für Investitionen, die sowohl ihren Tätigkeiten im Agenturmodell als auch ihren Tätigkeiten im Händlermodell zugutekommen. In Bezug auf die Entscheidungsfreiheit ist sicherzustellen, dass die Vertriebspartner durch die Verpflichtungen, die ihnen als Agenten auferlegt wurden (z. B. Preisvorgaben), nicht auch beim Verkauf von Produkten als unabhängige Händler beeinflusst oder eingeschränkt werden. In Bezug auf die Kostentragung für Investitionen ist sicherzustellen, dass dem Vertriebspartner sämtliche Investitionen, die sich nur oder auch auf die Vertretungsfunktion im Agenturmodell beziehen, erstattet werden [...]».⁴⁰

62. Die Provisionsregelung gemäss Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung («Ausgaben, die Ihnen im Zusammenhang mit solchen Verkaufstätigkeiten entstehen, gelten als durch diese Vergütung [d. h. die Provision] abgegolten») ist vor dem Hintergrund dieser Praxis nur dann zureichend, wenn tatsächlich die Übernahme aller wesentlichen Kosten und Risiken der Agenten gewährleistet ist. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung und es könnten insbesondere Preisvorgaben durch M. für unzulässig und sanktionierbar befunden werden (Rz 61). Auch die Möglichkeit, gemäss Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung die «Provision mit dem Kunden [zu] teilen», kann vor diesem Hintergrund kartellrechtlich problematisch sein.

³⁶ RPW 2024/3, 656 ff., *Y. Agenturverträge*.

³⁷ RPW 2024/3, 666 Rz 80, *Y. Agenturverträge*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 30.

³⁸ RPW 2024/3, 666 ff. Rz 80 ff., *Y. Agenturverträge*.

³⁹ RPW 2024/3, 667 Rz 83, *Y. Agenturverträge*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 34.

⁴⁰ RPW 2024/3, 667 Rz 84, *Y. Agenturverträge*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 36–39, 45.

3.8.2. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung – [...] M. Neufahrzeuge [...]

63. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«Sie [Dienstleister] verpflichten sich entsprechend allfälliger Vorgaben für Dienstleister Zugang zu einer ausreichenden Anzahl von M.-Fahrzeugen zu haben, die als Dienstfahrzeuge genutzt werden können ([...]). Sie können von uns [M.] auch neue M.-Fahrzeuge erwerben, die als Firmenwagen genutzt werden sollen. Für solche Käufe gelten unsere gesonderten Bedingungen.»

64. Hinsichtlich der Voraussetzungen der echten Agentur (Rz 61) ist zu beachten, dass sich ein echter Agent insbesondere nicht an den Kosten im Zusammenhang mit dem Warenerwerb, der Warenlieferung oder der Verkaufsförderung beteiligt und keine marktspezifischen Investitionen tätigt, insbesondere in Ausrüstungen, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.⁴¹ Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung und es könnten insbesondere Preisvorgaben durch M. für unzulässig und sanktionierbar befunden werden (Rz 62).

65. Sofern Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung für eine Vertriebspartnerin von M. dazu führt, dass sie mehr als 80 % ihres Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten von M. beziehen muss, würde dies eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede mittels eines Wettbewerbsverbots darstellen, wozu auf Rz 31 verwiesen werden kann, zumal auch die M.-Servicevereinbarung unbefristet ist.

3.8.3. Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung – [Verkauf von M.-Angeboten im Namen von M.]

66. Abschnitt [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«[...] Von Zeit zu Zeit können Wir [M.] Ihnen [Dienstleister] bestimmte M.-[Angebote] zur Verfügung stellen, damit Sie den Verkauf solcher M.-[Angebote] bewerben sowie (ii) den Verkauf solcher M.-[Angebote] fördern und/oder in unserem Namen unterstützen können. Für diese Angebote gilt das Folgende.

[...] Sie sind nur berechtigt, den Verkauf von M.-[Angeboten] an Kunden zu bewerben, zu fördern und zu unterstützen.»

67. Hinsichtlich der Voraussetzungen der echten Agentur (Rz 61) ist zu beachten, dass ein echter Agent keine marktspezifischen Investitionen tätigt, insbesondere in Werbung, es sei denn, diese Kosten werden vom Auftraggeber vollständig erstattet.⁴² Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, entfällt die kartellrechtliche Privilegierung und es könnten insbesondere Preisvorgaben durch M. für unzulässig und sanktionierbar befunden werden (Rz 62).

3.8.4. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung – [Vertragsbeendigung]

68. Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung sieht Folgendes vor:

«Wir [M.] oder Sie [Dienstleister] können diesen Dienstleistungsvertrag mit einer Frist von einem (1) Jahr schriftlich kündigen.»

69. Zu prüfen ist, ob Art. 8 KFZ-Verordnung betreffend Beschränkungen bei der Vertragsauflösung auf echte Agenturverträge anwendbar ist. Dies setzt voraus, dass auch bei echten Agenturverträgen in Bezug auf die Kündigungsfristen von einer (vertikalen) Wettbewerbsabrede ausgegangen werden kann (Art. 2 Abs. 1 KFZ-Verordnung). Während die Vertriebspartnerin einer Kraftfahrzeuganbieterin beim Vertrieb im echten Agenturmodell *in Bezug auf den Vertrieb der Vertragsprodukte* (z. B. die Festsetzung der Verkaufspreise) kein eigenständiges Unternehmen ist, so dass in dieser Hinsicht keine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen kann (Rz 61), sind die Kraftfahrzeuganbieterin und ihre Vertriebspartnerin *in Bezug auf die Vereinbarung des echten Agenturvertrags* einschliesslich der Kündigungsfristen eigenständige Unternehmen, so dass in Bezug auf die Kündigungsfristen eine Abrede vorliegen kann.⁴³ Art. 8 KFZ-Verordnung kann deshalb auch auf die Kündigungsfristen in einem echten Agenturvertrag angewandt werden. Entsprechend stellt die einjährige Kündigungsfrist gemäss Ziff. [...] M.-Servicevereinbarung eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 8 Bst. b KFZ-Verordnung dar.

3.9. Prüfung des M.-Gebrauchtwagenvertrags

3.9.1. Ziff. [...] M.-Gebrauchtwagenvertrag – [Gebrauchtwagengeschäft]

70. Ziff. [...] M.-Gebrauchtwagenvertrag sieht Folgendes vor:

«Sie [Vertriebspartner] sind ein nicht-exklusiver M. Gebrauchtwagen Partner, d.h. Sie haben kein exklusives Gebiet, in dem Sie tätig sind. Stattdessen werden Wir [M.] Ihnen [ein Tätigkeitsgebiet] [Rz 43] zuweisen, [das] Wir zur Messung Ihrer Leistung verwenden werden. Sie werden sich auf die Förderung und den Verkauf von M. Gebrauchtwagen Fahrzeugen in Ihrem [Tätigkeitsgebiet] konzentrieren, aber es steht Ihnen frei, M. Gebrauchtwagen Fahrzeuge auch ausserhalb Ihres [Tätigkeitsgebiets] zu fördern und zu verkaufen.»

⁴¹ RPW 2024/3, 667 Rz 90, 671 Rz 113, Y. *Agenturverträge*.

⁴² RPW 2024/3, 667 Rz 90, 671 Rz 113, Y. *Agenturverträge*.

⁴³ Die Kraftfahrzeuganbieterin und ihre Vertriebspartnerin sind *in Bezug auf die Vereinbarung des echten Agenturvertrags* einschliesslich der Kündigungsfristen Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, weil sie beide Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess sind. Auch die Vertriebspartnerin tritt als Unternehmen auf, zumal sie insbesondere Vertriebsleistungen anbietet. Sie trägt auch das entsprechende Risiko. Die EU-Vertikalleitlinien anerkennen dies, wenn sie festhalten, dass die Vertriebspartnerin Risiken selbst trägt, die mit der Erbringung von Agentenleistungen im Allgemeinen zusammenhängen (z. B. die Abhängigkeit des Einkommens des Agenten von seinem Erfolg) (vgl. RPW 2024/3, 667 Rz 83, Y. *Agenturverträge*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 32).

71. Gemäss Ziff. [...] M.-Gebrauchtwagenvertrag wird zur Messung der Leistung zugelassener Händlerinnen [ein Tätigkeitsgebiet] verwendet. Gemäss Ziff. [...] M.-Partnervertrag können leistungsorientierte Bonusprogramme eingeführt werden. Soweit ein Bonusprogramm dazu führt, dass eine Händlerin Anfragen von ausserhalb [ihres Tätigkeitsgebiets] tendenziell nicht mehr oder nur noch zurückhaltend erfüllen wird, könnte dies zu einem indirekten absoluten Gebietsschutz führen (Rz 14). Inwiefern dies zutrifft, kann nur in einem konkreten Einzelfall beurteilt werden.

3.9.2. Ziff. [...] M.-Gebrauchtwagenvertrag – [Garantie für Gebrauchtwagen]

72. Ziff. [...] M.-Gebrauchtwagenvertrag sehen Folgendes vor:

«[...] Sie [Vertriebspartner] sind verpflichtet, für jedes verkaufte M. Gebrauchtwagen Fahrzeug die in der M.-Gebrauchtwagen-Lizenzvereinbarung beschriebene Garantie zu gewähren und die Kosten für die Garantie zu zahlen. [...]

[...] Boni für gekaufte/verkaufte M. Gebrauchtwagen Fahrzeuge sind nur zahlbar, wenn das M. Gebrauchtwagen Fahrzeug mit einer registrierten M. Gebrauchtwagen Garantie mit einer Laufzeit von mindestens zwölf Monaten verkauft wurde.»

73. Die genauen Modalitäten der *händlerfinanzierten* Garantie ergeben sich nicht aus den zu prüfenden Bestimmungen des M.-Gebrauchtwagenvertrags. Hiervon abgesehen und vorbehaltlich einer Prüfung unter Gesichtspunkten des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder von relativer Marktmacht (Rz 9) ist sie kartellrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass M. im M.-Werkstattvertrag vorschreibt, dass «nur M. Originalteile für Garantie-[...]arbeiten» verwendet werden dürfen (Ziff. [...] M.-Werkstattvertrag). Während dies für *kraftfahrzeuganbieterfinanzierte* Garantiewerke kartellrechtlich unbedenklich ist, wäre eine entsprechende Vorgabe für *händlerfinanzierte* Garantiewerke eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede (Art. 5 Bst. h KFZ-Verordnung).

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).

A Sachverhalt

1. Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und die PRIORIS Verbund AG¹ (nachfolgend: PRIORIS) planen eine Vereinbarung zu treffen, um die beteiligten Gemeinden in der Region Luzern West mit Glasfaser zu erschliessen. Geplant ist sowohl Liegenschaften innerhalb als auch ausserhalb der Bauzone zu erschliessen. Hierzu muss die bestehende Rohrleitungsinfrastruktur an verschiedenen Stellen durch entsprechende Tiefbauarbeiten erweitert werden (sog. Engpassbeseitigung).

2. Gemäss Beratungsanfrage schliesst Swisscom regelmässig Verträge mit Gemeinden über den Ultrabreitbandausbau ab, die sich mit einem einmaligen Investitionskostenbeitrag oder mit einer materiellen Beteiligung am Glasfaserausbau beteiligen möchten. Der vorliegende Kooperationsvertrag weise zwei Besonderheiten auf. Zum einen werde der Vertrag nicht direkt mit den betroffenen Gemeinden, sondern mit PRIORIS abgeschlossen. Zum anderen beruhe dessen Beteiligung auf einem Solidaritätsgedanken.

3. Die Bedingungen der Zusammenarbeit sind im Rahmenvertrag über den Ultrabreitbandausbau² (nachfolgend: UBB-Rahmenvertrag) festgehalten.

4. Es ist darauf hinzuweisen, dass in der dem Sekretariat vorliegenden Version erst einer der vier vorgesehenen separaten Vertragsbestandteile enthalten ist. Swisscom gibt diesbezüglich an, dass die übrigen Vertragsbestandteile zurzeit noch nicht in einer bereinigten Fassung vorliegen würden. Auch die UBB-Einzelverträge mit den Gemeinden liegen dem Sekretariat nicht vor. Das Sekretariat hält an dieser Stelle fest, dass es den Inhalt der übrigen Vertragsbestandteile und der UBB-Einzelverträge nicht kennt und entsprechend auch keine Beurteilung der übrigen Vertragsbestandteile und der UBB-Einzelverträge vorgenommen werden kann.

A.1 Inhalt des UBB-Rahmenvertrags

5. Im UBB-Rahmenvertrag sind die Rahmenbedingungen sowie die Grundzüge des Glasfaserausbaus durch Swisscom und der Beitrag von PRIORIS im Vertragsgebiet geregelt. Für die vorliegende Beurteilung erscheinen diejenigen Vertragsinhalte in Bezug auf die Beratungsfragen (vgl. Abschnitt B) in kartellrechtlicher Hinsicht relevant, die nachfolgend behandelt werden.

6. Die Vertragsparteien sind übereingekommen, dass PRIORIS die Engpassbeseitigung in den Kabelkanalisationen im sogenannten Vertragsgebiet vornimmt und danach das Eigentum an der errichteten Rohrleitungsinfrastruktur gegen ein Entgelt an Swisscom übertragen wird. Gemäss Beratungsanfrage handelt es sich dabei um das Gemeindegebiet, das gemäss den Bedürfnissen

der PRIORIS-Gemeinden zusätzlich zu den beiden Swisscom Ausbaugebieten (vgl. Abbildung 1) mit FTTH erschlossen werden solle.

7. Für die Finanzierung der Rohrleitungsinfrastruktur ist alleine PRIORIS verantwortlich. Hierzu werden sowohl finanzielle Mittel seitens der Gemeinde bereitgestellt als auch Anschlussgebühren von Eigentümern, deren Liegenschaften ausserhalb der Bauzone liegen, erhoben. Zudem werden diejenigen Eigentümer, deren Liegenschaften innerhalb der Bauzone liegen, um eine solidarische finanzielle Beteiligung gebeten, um die Region flächendeckend mit Glasfaser erschliessen zu können. Dieser Beitrag ist gemäss Beratungsanfrage nicht verpflichtend.

8. Swisscom gibt an, nicht sämtliche Liegenschaften ausserhalb der Bauzone aus wirtschaftlichen Gründen erschliessen zu können. Vielmehr würde Swisscom ohne die Beteiligung der Gemeinden, die an PRIORIS beteiligt sind, lediglich einen Teil der Liegenschaften ausserhalb der Bauzone erschliessen (so genanntes Ausbaugebiet II). Für diejenigen Liegenschaften, die von Swisscom nicht erschlossen würden, müssen gemäss Angaben von Swisscom ca. [100–200] km Kabelkanalisationsabschnitte gebaut werden, was für Swisscom wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen sei. Im Rahmen des regulären Flächenausbaus würde Swisscom die Liegenschaften im Ausbaugebiet II für die Liegenschaftseigentümer kostenlos erschliessen.

9. Abbildung 1 zeigt eine schematische Darstellung des geplanten Breitbandausbaus in den beteiligten Gemeinden mit den drei Ausbaugebieten, die im Rahmen der vorliegenden Kooperation mit Glasfaser erschlossen werden sollen. Ohne die Beteiligung von PRIORIS würde Swisscom einzig die Nutzungseinheiten in Ausbaugebiet I (ca. [10'000–20'000] NE) und Ausbaugebiet II (ca. [0–5'000] NE) mit FTTH erschliessen. Durch die Kooperation sollen zusätzlich die Nutzungseinheiten im Vertragsgebiet ([5'000–10'000] NE) mit FTTH erschlossen werden.

¹ Die PRIORIS Verbund AG ist eine von verschiedenen Gemeinden der Region Luzern West gegründete Gesellschaft zur Förderung der Umsetzung der Errichtung und des Betriebs eines flächendeckenden Glasfasernetzes in den PRIORIS-Gemeinden sowie allenfalls auch weiteren Gemeinden.

² Beratungsanfrage, Beilage UBB-Rahmenvertrag (unterschriftsreife Version vom 20.2.2025).

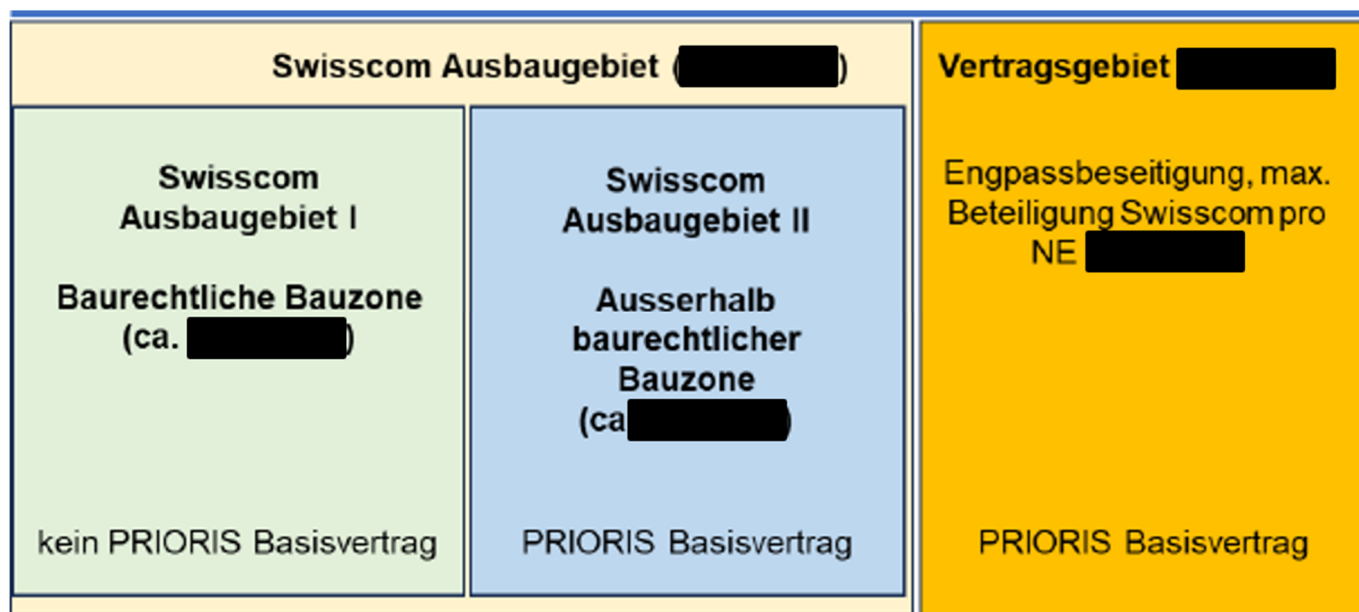


Abbildung 1: Darstellung der Swisscom Ausbauggebiete und des Vertragsgebiets³

10. Damit sichergestellt werden kann, dass ausreichende finanzielle Mittel für die Engpassbeseitigung zur Verfügung stehen, wird PRIORIS in einer so genannten Akquisitionsphase versuchen die Liegenschaftseigentümer ausserhalb der Bauzone (Ausbauggebiet II und nicht durch Swisscom zu erschliessende Ausbauggebiete) zum Abschluss eines Erschliessungsvertrags zu bewegen, welcher vorsieht, dass die Liegenschaftseigentümer für die Erschliessung mit Glasfaser durch Swisscom und PRIORIS einen Betrag von CHF 1'900.– pro Liegenschaft zuzüglich CHF 600.– pro OTO⁴ bzw. Nutzungseinheit bezahlen (sogenannter PRIORIS-Basisvertrag mit den Liegenschaftseigentümern über die solidarische Beteiligung am Glasfaserausbau im PRIORIS-Gebiet). Während der Akquisitionsphase wird Swisscom keinen Glasfaserausbau im Ausbauggebiet II durchführen und entsprechend keine Erschliessungsverträge direkt mit den Liegenschaftseigentümern abschliessen.

11. Der UBB-Einzelvertrag je PRIORIS-Gemeinde kommt in jedem Fall zu Stande, wenn [...] der Liegenschaftseigentümer innerhalb des Ausbauggebiets II einen Erschliessungsvertrag mit PRIORIS abschliessen. Schliessen weniger als [...] der Liegenschaftseigentümer einen Anschlussvertrag mit PRIORIS ab, so kommt der Vertrag nicht zustande. Fragen weniger als [...] aber mehr als [...] der Liegenschaftseigentümer einen Anschlussvertrag mit PRIORIS nach, entscheiden die Parteien gemeinsam, ob sie den geschlossenen Vertrag umsetzen. Wird der Vertrag nicht umgesetzt, wird Swisscom Ausbauggebiet I und Ausbauggebiet II ausbauen. Diejenigen Liegenschaften, die sich ausserhalb der Swisscom Ausbauggebiete befinden, werden nicht von Swisscom mit Glasfaser erschlossen.

12. Voraussetzung für die kostenlose Erschliessung von Liegenschaften ausserhalb der Bauzone ist gemäss Beratungsanfrage die vorgängige Unterzeichnung eines Vertrages mit PRIORIS über die solidarische Beteiligung

am Glasfaserausbau. Liegenschaftseigentümer, die mit PRIORIS keinen Vertrag über die solidarische Beteiligung abschliessen, werden von Swisscom nicht erschlossen. PRIORIS übergibt Swisscom hierzu eine Liste, aus welcher ersichtlich ist, welche Liegenschaftseigentümer den Solidaritätsbeitrag bezahlt haben und welche nicht. Die Erschliessung durch Swisscom kann zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen einer Nacherschliessung auf Basis eines sogenannten Nacherschliessungsvertrages von Swisscom erfolgen, der für den Liegenschaftseigentümer mit Kosten verbunden ist.

13. Werden Liegenschaften nicht im Rahmen des Flächenausbaus erschlossen und erfolgt eine nachträgliche Erschliessung, so verlange Swisscom gemäss Beratungsanfrage derzeit für die nachträgliche Erschliessung einen Betrag von CHF 2'500.– pro Liegenschaft zuzüglich CHF 500.– pro Nutzungseinheit.

B Fragestellungen

14. Swisscom stellt die nachfolgenden Beratungsfragen:

1. *Birgt die im vorliegenden Beratungsschreiben geschilderte Zusammenarbeit zwischen Swisscom und PRIORIS generell kartellrechtliche Risiken nach Art. 5 und/oder 7 KG.*
2. *Stellt der Umstand, dass PRIORIS Swisscom mitteilt, welche Eigentümer im Ausbauggebiet II und im Vertragsgebiet einen FTTH-Erschliessungsvertrag mit Swisscom abschliessen dürfen, allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede (insbesondere eine Mengenabrede, Gebiets- oder Kundenaufteilung) im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar?*

³ Quelle: UBB-Rahmenvertrag, Ziffer 4.11.

⁴ Optical Telecommunications Outlet, Glasfasersteckdose beim Endkunden.

3. Ist es im Lichte von Art. 7 KG zulässig, den Abschluss eines Swisscom FTTH-Erschliessungsvertrags an die Bedingung zu knüpfen, dass der Eigentümer im Ausbaugebiet II und im Vertragsgebiet vorgängig einen Vertrag mit PRIORIS über die solidarische Beteiligung am Glasfaserausbau im PRIORIS-Gebiet abschliesst?
4. Stellt die Engpassbeseitigung durch PRIORIS gemäss Kapitel 8 des UBB-Rahmenvertrags (etwaige Nichterschliessung von Liegenschaften, Übergang der von PRIORIS erstellten Kabelkanalisationen in das Eigentum von Swisscom, Erhebung der Beiträge als Einmalzahlung ohne Verknüpfung mit einem Servicevertrag) eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 5 und/oder 7 KG dar?
5. Sind die Bestimmungen zur Nacherschliessung gemäss den Ziffern 10.1 und 10.2 des UBB-Rahmenvertrags (Pflicht zum Abschluss des PRIORIS-Basisvertrags und eines Vertrags mit Swisscom und Übernahme der im UBB-Rahmenvertrag festgehaltenen Kostenbeteiligung) problematisch gemäss Art. 5 und/oder Art. 7 KG?
6. Sind die Regelungen für teure Anschlüsse im Vertragsgebiet gemäss den Ziffern 11.4 und 11.5 des UBB-Rahmenvertrags problematisch gemäss Art. 5 und/oder 7 KG?

C Beurteilung

15. Gemäss Art. 23 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) berät das Sekretariat Unternehmen bei Fragen zum Kartellgesetz. In diesem Rahmen gibt das Sekretariat keine allgemeinen und umfassenden Stellungnahmen ab und beurteilt keine umfassenden Sachverhalte. Vielmehr berät das Sekretariat in Erfüllung seines gesetzlichen Auftrags Unternehmen zu einzelnen und spezifischen Fragen, die sich bei der Anwendung des Kartellgesetzes stellen können. Das Sekretariat führt dabei keine eigenen Sachverhaltsabklärungen durch. Der in Art. 23 KG verankerte gesetzliche Auftrag ist nicht dazu geeignet für Unternehmen generelle kartellrechtliche Risiken unternehmerischen Handelns zu identifizieren. Es ist vielmehr Sache der beratenen Unternehmen eine kartellrechtliche Risikoabschätzung ihres unternehmerischen Handelns vorzunehmen.

16. Bei der vorliegenden Beurteilung geht das Sekretariat von der Annahme aus, dass trotz einer Beteiligung der Gemeinden und Swisscom an den Ausbaukosten der Kabelkanalisationen die notwendige Errichtung der noch fehlenden Kabelkanalisationen und des vorgesehenen Glasfaserausbaus ohne diese Solidaritätsbeiträge nicht möglich wäre. Soweit Gemeinden, Swisscom und die Liegenschaftseigentümer (über die solidarische Beteiligung) einen Beitrag zur Errichtung der Netzinfrastruktur leisten, kann gewährleistet werden, dass von der Gesamtheit der Liegenschaftseigentümer des Gebiets keine Einnahmen generiert werden, die über die für den Netzausbau entstehenden Kosten hinausgehen. Auch bezüglich des von Swisscom im Jahr 2035 zu entrichtenden Kaufpreises für die Übernahme der von PRIORIS erstellten Rohrleitungsnetzinfrastruktur (vgl. nachfolgend Rz 52) geht das Sekretariat davon aus, dass

dieser nicht über die Beteiligung von PRIORIS bzw. der Gemeinden im PRIORIS-Gebiet hinausgeht.

17. Ebenfalls wird davon ausgegangen, dass die von den Anwohnern im PRIORIS-Gebiet zu leistenden Beiträge⁵ tiefer sind als die Erschliessungskosten, welche für den Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur (insbesondere die Verlegung der Kabel und Kabelkanalisationen im Inhouse-Bereich) anfallen würden. Soweit diese Annahme erfüllt ist, kann gewährleistet werden, dass die Einnahmen aus den Solidaritätsbeiträgen der jeweiligen Liegenschaftseigentümer des Vertragsgebiets nicht über die für Swisscom für die Erschliessung der jeweiligen Nutzungseinheiten entstehenden Kosten hinausgehen.

18. Weiter wird davon ausgegangen, dass sich Swisscom beim Ausbau der Glasfasernetzinfrastruktur im PRIORIS-Gebiet an die Entscheide der Behörden und Gerichte hält. Zudem muss gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. f des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) Dritten der Zugang zu Kabelkanalisationen zur Verfügung gestellt werden, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. Wir gehen davon aus, dass das FMG spätestens mit dem Übergang der Kabelkanalisationen an Swisscom zur Anwendung kommt.

19. Die Einschätzungen des Sekretariats in den nachfolgenden Beratungsantworten erfolgen gestützt auf diese getroffenen Annahmen (Rz 16 bis 18). Von diesen Annahmen abweichende oder zusätzliche tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen.

20. Vor diesem Hintergrund und den vom Sekretariat abgeleiteten bzw. getroffenen Annahmen nimmt das Sekretariat zu den aufgeworfenen Fragen wie folgt Stellung:

C.1 Zu den generellen kartellrechtlichen Risiken (Frage 1)

21. Die Beantwortung der ersten Beratungsfrage würde ausführliche Sachverhaltsabklärungen sowie eine umfassende kartellrechtliche Einschätzung sämtlicher Aspekte der Kooperation zwischen Swisscom und PRIORIS nach sich ziehen. Dies übersteigt offensichtlich den Umfang der im Rahmen einer Beratung möglichen Abklärungen und den gesetzlichen Auftrag von Art. 23 KG. Daher wird auf die Beantwortung der ersten Beratungsfrage verzichtet.

C.2 Mitteilung derjenigen Kunden, die einen Basisvertrag abgeschlossen haben (Frage 2)

22. Die zweite Beratungsfrage bezieht sich nach Auffassung des Sekretariats auf Teile der Ziffern 7.3, 7.4 und 7.5 des UBB-Rahmenvertrags. Basierend auf diesen Bestimmungen erfolgt die kartellrechtliche Einschätzung des Sekretariats bezogen auf die Frage, ob die darin getroffenen Vereinbarungen (vgl. insbesondere Rz 12) eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellen können.

⁵ Gemäss Beratungsanfrage werden sich die Beiträge auf CHF 100.- innerhalb der Bauzone (freiwillig) und CHF 1'900 pro Gebäude plus CHF 600.- je Nutzungseinheit ausserhalb der Bauzone belaufen, wobei Höhe und das Inkasso dieser Anschlussgebühren alleine Sache von PRIORIS sei.

23. Die Parteien vereinbaren in den betrachteten Vertragsbestimmungen Folgendes:

7.3 *Der PRIORIS-Akquisitionsstatus im Swisscom Ausbauggebiet II wird von PRIORIS laufend überprüft und Swisscom mitgeteilt. Zeichnet sich ab, dass der möglichst vollständige Akquisitionsstatus nicht erreicht werden kann, definieren die Parteien Massnahmen (z.B. Gemeindeinformation, gezielte persönliche Nachfassaktionen durch PRIORIS bzw. PRIORIS-Gemeinden etc.), um den möglichst vollständigen PRIORIS-Akquisitionsstatus in dieser PRIORIS-Gemeinde zeitnah zu erreichen. [...] [...] definieren die Parteien gemeinsam das weitere Vorgehen gemäss nachfolgender Regelung.*

7.4 [...] *Für das weitere Vorgehen bei Nichterreichen des vereinbarten Akquisitionsstatus in einer PRIORIS-Gemeinde im Swisscom Ausbauggebiet II stehen den Parteien deshalb zwei Möglichkeiten offen:*

a) [...]

b) [...]

[...]

7.5 *Nur wenn die Eigentümer, welche dem PRIORIS-Basisvertrag zustimmen, danach auch den Swisscom FTTH-Erschliessungsvertrag unterzeichnen, kann der Ultrabreitbandausbau im PRIORIS-Gebiet gestartet werden. [...]*

Für Erschliessungen im Vertragsgebiet erfolgt diese Zusage unter dem Vorbehalt, dass die Erschliessung gemäss [...] als zu erschliessende Nutzungseinheiten im Vertragsgebiet vereinbart wurden.

24. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG sind Abreden von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, soweit sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie solche Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen und sie eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern treffen.

25. Dem Sekretariat ist bekannt, dass sich ursprünglich sowohl PRIORIS als auch Swisscom in den beteiligten Gemeinden darum bemühten eine Glasfasererschliessung für die Liegenschaftseigentümer anzubieten. Hinsichtlich des Angebots von Glasfaseranschlüssen gegenüber Liegenschaftseigentümern in den Gemeindegebieten standen sich PRIORIS und Swisscom demnach zumindest potenziell als Wettbewerber gleicher Marktstufe gegenüber.

26. Aus dem UBB-Rahmenvertrag geht in diesem Zusammenhang hervor, dass der Zweck von PRIORIS sei, ihrer Bevölkerung eine flächendeckende glasfaserba-

sierte Telekommunikationsinfrastruktur (FTTH) zur Verfügung zu stellen. Weiter heisst es, dass PRIORIS mit einem externen Partner zusammengearbeitet habe, wobei aber die gewünschten Ziele nicht erreicht werden konnten. Daher habe eine Annäherung zwischen Swisscom und PRIORIS stattgefunden. Dem Sekretariat wäre auch nicht bekannt, dass PRIORIS bereits Liegenschaften in den beteiligten Gemeinden mit Glasfaser erschlossen hat.

27. Hieraus ist abzuleiten, dass PRIORIS allein nicht willens und in der Lage ist, eine Glasfasererschliessung in den PRIORIS-Gemeinden selbst vorzunehmen und mit Swisscom hinsichtlich der Erschliessung der Gemeindegebiete in Wettbewerb zu treten. Vielmehr liegen die Ziele von PRIORIS darin, die Errichtung und den Betrieb eines flächendeckenden Glasfasernetzes in den PRIORIS-Gemeinden zu fördern, wofür PRIORIS auch entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung stellt. In dieser Hinsicht sucht PRIORIS nach einem geeigneten Erschliessungspartner, um diese Ziele in den Gemeindegebieten erreichen zu können. Damit stehen vorliegend allenfalls potenzielle Erschliessungspartner von PRIORIS mit Swisscom auf gleicher Marktstufe in Wettbewerb um die Förderung durch die PRIORIS-Gemeinden, nicht aber PRIORIS.

28. Nur wenn sich PRIORIS für einen anderen Kooperationspartner entschieden hätte und sie ein paralleles Glasfasernetz erstellen würden, stünden Swisscom und PRIORIS, zusammen mit ihrem Kooperationspartner, auf gleicher Marktstufe in Wettbewerb zueinander. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Mangels Wettbewerbs auf gleicher Marktstufe zwischen PRIORIS und Swisscom um die Erschliessung von Liegenschaften in den Gemeindegebieten, ist deshalb nicht ersichtlich, dass mit den unter diesem Abschnitt genannten Vertragsbestimmungen des UBB-Rahmenvertrags eine entsprechende Wettbewerbsbeschränkung auf gleicher Marktstufe bewirkt oder bezweckt wird.

29. Daher ist die Frage, ob der Umstand, dass PRIORIS Swisscom mitteilt, welche Liegenschaftseigentümer im Ausbauggebiet II und im Vertragsgebiet einen FTTH-Erschliessungsvertrag mit Swisscom abschliessen dürfen, allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede (insbesondere eine Mengenabrede, Gebiets- oder Kundenaufteilung) im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellt, vorliegend zu verneinen.

C.3 Verknüpfung des Glasfaserausbau durch Swisscom an die Leistung der Beiträge an PRIORIS (Frage 3)

30. Die dritte Beratungsfrage bezieht sich nach Auffassung des Sekretariats auf Ziffer 4.7 ff. und Abschnitt 7 des UBB-Rahmenvertrags, wonach bei Zustandekommen des Projekts die Liegenschaftseigentümer im Ausbauggebiet II und im Vertragsgebiet vor Abschluss eines FTTH-Erschliessungsvertrags mit Swisscom den PRIORIS-Basisvertrag abzuschliessen haben. Diejenigen, die den PRIORIS-Basisvertrag nicht abschliessen und die Beiträge an PRIORIS nicht leisten, werden von Swisscom, gewisse Ausnahmen vorbehalten, nicht mit Glasfaser erschlossen. Zudem werden laut Ziffer 7.4 des UBB-Rahmenvertrags Liegenschaftseigentümer, die auf eine Glasfasererschliessung im Rahmen des Projekts

mit PRIORIS verzichten, von Swisscom ein Schreiben mit der Information erhalten, dass eine spätere Erschliessung als Nacherschliessung behandelt werde und in der Regel mit Kosten verbunden sei. Weiter bezieht sich die dritte Beratungsfrage nach unserem Dafürhalten auch auf Ziffer 7.5 des UBB-Rahmenvertrags, wonach die Glasfasererschliessung nur dann zustande kommen würde, wenn nach der Unterzeichnung des Basisvertrags mit PRIORIS auch ein FTTH-Erschliessungsvertrag mit Swisscom unterschrieben werde.

31. Laut Beratungsanfrage und UBB-Rahmenvertrag würde Swisscom, wenn sie keine Kooperation mit PRIORIS eingehen würde, das Ausbauggebiet II (vgl. Abbildung 1) im Rahmen des üblichen Flächenrollouts vollständig und für die Liegenschaftseigentümer kostenlos erschliessen. Im Rahmen der Kooperation fallen für die im Ausbauggebiet II befindlichen Liegenschaften aufgrund des zusätzlich abzuschliessenden PRIORIS-Basisvertrags Erschliessungskosten in Höhe von CHF 1'900.– pro Liegenschaft und CHF 600.– pro Nutzungseinheit an. Ist der Liegenschaftseigentümer nicht bereit diese Erschliessungskosten zu übernehmen erfolgt keine Erschliessung im Rahmen des Flächenrollouts. Dem Liegenschaftseigentümer bietet Swisscom dann nur noch eine Nacherschliessung an, wofür gemäss Beratungsanfrage aktuell CHF 2'500.– pro Liegenschaft und CHF 500.– pro Nutzungseinheit in Rechnung gestellt wird.

32. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellungnahme auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

33. Für die Zwecke der vorliegenden Beratungsantwort wird, ohne dies vorgängig überprüft zu haben, davon ausgegangen, dass Swisscom als marktbeherrschendes oder relativ marktmächtiges Unternehmen im Sinne von Art. 4 Bst. 2 KG zu qualifizieren wäre, weil sich ansonsten eine Prüfung nach Art. 7 KG von vorneherein erübrigen würde.

34. Die in Rz 30 f. beschriebene geplante Verhaltensweise könnte damit in erste Linie die nachfolgenden Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen:

- Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG).
- Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).
- Die Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

35. Ob weitere Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG direkt oder indirekt betroffen sein könnten, wird im Rahmen der vorliegenden Beratungsanfrage nicht geprüft, da dies auf eine umfassende kartellrechtliche Einschätzung hinauslaufen würde und damit den in Art. 23 Abs. 2 KG verankerten gesetzlichen Auftrag übersteigen würde.

Verweigerung einer Geschäftsbeziehung (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

36. Hinsichtlich einer möglichen Verweigerung einer Geschäftsbeziehung muss angemerkt werden, dass Swisscom den Liegenschaftseigentümern eine solche im Rahmen der Kooperation mit PRIORIS sowie im Rahmen der Nacherschliessung anbietet. Die jeweils angebotenen Bedingungen können angesichts der mutmasslichen Kosten einer entsprechenden Erschliessung mit Glasfaserleitungen nicht als prohibitiv angesehen werden (gegeben die getroffenen Annahmen des Sekretariats in Rz 17 sind erfüllt). Vor diesem Hintergrund scheint die Erfüllung des Beispieltatbestands von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG nicht gegeben zu sein.

Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

37. Im Rahmen des normalen Flächenausbaus würde Swisscom sowohl Liegenschaften innerhalb als auch ausserhalb der Bauzone mit Glasfaser erschliessen, wobei nur ein Teil der Liegenschaften ausserhalb der Bauzone mit Glasfaser erschlossen würde (vgl. Abbildung 1). Im UBB-Rahmenvertrag wird das Swisscom-Ausbauggebiet in zwei Teilgebiete unterteilt: Ausbauggebiet I und Ausbauggebiet II. Falls Swisscom die Glasfasernetzinfrastruktur ohne Kooperation mit PRIORIS errichtet, werden die Liegenschaften gemäss Angaben von Swisscom für die Liegenschaftseigentümer kostenlos erschlossen. Wenn die Kooperation mit PRIORIS zustande kommt, haben die Liegenschaftseigentümer in Ausbauggebiet II die Wahl, ob sie einen Basisvertrag mit PRIORIS abschliessen, was zu Kosten in Höhe von CHF 1'900.– pro Liegenschaft und CHF 600.– pro Nutzungseinheit führt, oder ob sie zunächst auf eine Erschliessung verzichten. Für Liegenschaftseigentümer im Ausbauggebiet I bleibt die Erschliessung durch Swisscom kostenlos. Beiträge an PRIORIS sind freiwillig. Damit könnte allenfalls durch die Kooperation eine Ungleichbehandlung zwischen Liegenschaftseigentümern in den beiden Ausbaugebieten I und II vorliegen.

38. Um festzustellen, ob diese mögliche Ungleichbehandlung kartellrechtlich problematisch sein kann, muss zunächst geprüft werden, ob die Ungleichbehandlung sachbezogen ist, sprich ob die Gründe für die Ungleichbehandlung darin zu verorten sind, dass unterschiedliche Ausgangslagen für die ungleiche Behandlung vorliegen. Mit anderen Worten, ob mit dem vorliegenden Kooperationsvertrag das einem Diskriminierungsverbot inhärente Gebot gleiches nach seiner Massgabe gleich und ungleiches nach seiner Massgabe ungleich zu behandeln, verletzt sein könnte.

39. Die beiden Swisscom Ausbaugebiete unterscheiden sich dahingehend, dass sich die in Ausbauggebiet I befindlichen Liegenschaften in der Bauzone und die Liegenschaften in Ausbauggebiet II ausserhalb der Bauzone befinden. Swisscom orientiert sich allerdings hinsichtlich des Ausbaus grundsätzlich nicht an Bauzonen, sondern an den entstehenden Kosten für einen Ausbau einer Liegenschaft.⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass

⁶ WEKO, 4.12.2024, Rz 215, Netzbaustrategie Swisscom, <www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html> (18.3.2025).

sämtliche Liegenschaften im Ausbaubereich II noch innerhalb der von Swisscom definierten Wirtschaftlichkeitsgrenze liegen und damit nur solche Kosten verursachen, welche Swisscom im Rahmen des Flächenausbaus selbst zu tragen bereit ist. Dies zeigt sich auch darin, dass Swisscom angibt die Liegenschaften im Ausbaubereich II kostenlos auszubauen, falls die Kooperation mit einer oder mehreren PRIORIS-Gemeinden nicht zustande kommt. Damit zeigt Swisscom indirekt auf, dass gemäss ihr keine massgeblich unterschiedlichen Voraussetzungen bestehen, welche eine Ungleichbehandlung beim Glasfaserausbau der Liegenschaften in den Ausbaubereichen I und II notwendig machen würden. Weder in der Beratungsanfrage noch im UBB-Rahmenvertrag werden Gründe genannt, weshalb die Ausbaubereiche I und II nicht gleich zu behandeln sind.

40. Soweit Swisscom bei Zustandekommen des UBB-Rahmenvertrags für die Liegenschaften in Ausbaubereich II von den Liegenschaftseigentümern den Abschluss eines PRIORIS-Basisvertrags fordert und zwischen Ausbaubereich I und Ausbaubereich II gemäss den von Swisscom gelieferten Angaben keine massgeblichen Unterschiede ersichtlich sind, könnte dies als Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG qualifiziert werden.

41. Ob diese durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein könnte, wird nachfolgend unter dem Abschnitt sachliche Gründe behandelt.

Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

42. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt ein Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und der Unangemessenheiten von Preisen nicht.⁷ Vielmehr muss das Erzwingungsverhalten kausal für die Wettbewerbsbehinderung sein.⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird keine Notlage verlangt, sondern lediglich, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat respektive diesem nicht ausweichen kann.⁹ Soweit die Marktgegenseite daher lediglich vor die Wahl gestellt ist, auf einen Vertragsabschluss zu verzichten oder die entsprechenden Vertragsbestimmungen zu akzeptieren, so ist die Erzwingung zu bejahen. Vorliegend stellt Swisscom die Liegenschaftseigentümer vor die Wahl, entweder das gemeinsam mit PRIORIS unterbreitete Angebot zu akzeptieren oder eine mit Kosten verbundene Nacherschliessung zu akzeptieren. Ansonsten müssten die Liegenschaftseigentümer ganz auf eine Erschliessung mit Glasfasern verzichten. Soweit in den Gemeindegebieten keine alternativen Netzbauer existieren, auf welche die Marktgegenseite ausweichen könnte, kann damit Erzwingung vorliegen.

43. Für die Zwecke der vorliegenden Beratungsanfrage und ohne dies im Detail geprüft zu haben, wird davon ausgegangen, dass die Erschliessungskosten in Höhe von CHF 1'900.– pro Liegenschaft und CHF 600.– pro Nutzungseinheit nicht als unangemessen zu qualifizieren sind. Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich Swisscom dazu verpflichtet im Vertragsgebiet im Durchschnitt einen Beitrag in Höhe von CHF [2'000–5'000].– der anfallenden Kosten des Ausbaus zu tragen, was

deutlich über dem Solidaritätsbeitrag liegt. Vor diesem Hintergrund scheinen keine unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen vorzuliegen.

44. Damit scheint im Ergebnis keine Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen vorzuliegen.

Sachliche Gründe

45. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung der Marktgegenseite oder die Behinderung von Wettbewerbern vorliegt.¹⁰ Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb. Sachliche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann. So stellt beispielsweise das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners einen sachlichen Grund dar. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.¹¹ Ebenfalls als sachliche Gründe können Gründe wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG herangezogen werden.

46. Swisscom modernisiert ihre bestehende Netzinfrastruktur in der Schweiz kontinuierlich auf Basis von Glasfasern unter Berücksichtigung gewisser finanzieller Restriktionen sowie technischen und topografischen Gegebenheiten. Hierzu soll das derzeit bestehende Kupferkabelnetz im Rahmen der Swisscom zur Verfügung stehenden Ressourcen zu einem Glasfasernetz umgebaut werden. PRIORIS verfolgt mit der geplanten Kooperation mit Swisscom in den beteiligten Gemeinden eine flächendeckende glasfaserbasierte Telekommunikationsinfrastruktur (FTTH) zur Verfügung zu stellen. Ein flächendeckender Glasfaserausbau ist in erster Linie ein versorgungspolitisches Ziel, welches keinen sachlichen Grund im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. Swisscom macht in der Beratungsanfrage geltend, dass zusätzlich auch die Endkunden und die Mitbewerber, von einem erweiterten FTTH-Ausbau profitieren könnten. Letztere erhielten im ausgebauten PRIORIS-Gebiet Zugang zum Layer 1-Angebot (ALO) und zum Layer 3-Wholesaleangebot von Swisscom und – bei ausreichenden Platzverhältnissen bzw. -reserven – Zugang zu den Kabelkanalisationen. Als möglicher Rechtfertigungsgrund kann daher die rationellere Nutzung der Swisscom zur Verfügung stehenden Ressourcen herangezogen werden.

⁷ BGE, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 12.2.1.

⁸ BGE, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 12.2.2.

⁹ BGE, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 12.2.4.

¹⁰ Vgl. BGE 146 II 217, 227 f. E. 4.2.

¹¹ BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2.

47. Indem Swisscom eine Kooperation mit PRIORIS eingeht, kann Swisscom die ihr für die Erschliessung der Gemeindegebiete zur Verfügung stehenden Ressourcen so einsetzen, dass sie nicht nur die Ausbaugebiete I und II, sondern zusätzlich das Vertragsgebiet mit insgesamt bis zu ca. [5'000–10'000] weiteren Nutzungseinheiten erschliessen kann. Bei einer Vollerschliessung stünde anderen Fernmeldediensteanbietern im PRIORIS-Gebiet ein Layer 1-Zugang zu [20–30] % zusätzliche Nutzungseinheiten zur Verfügung. Damit kann die Kooperation dazu geeignet sein, dass Swisscom die ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen rationaler nutzen kann. Dies soweit Swisscom mit einem vergleichbaren oder geringeren Ressourceneinsatz eine grössere Anzahl an Nutzungseinheiten erschliessen und im Anschluss daran betreiben kann. Vor diesem Hintergrund kann in der rationelleren Nutzung von Ressourcen ein sachlicher Grund vorliegen, soweit der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt. Da die Glasfasernetzinfrastruktur in einer Art und Weise errichtet wird, die einen Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht, können zudem die Voraussetzungen für Infrastrukturwettbewerb für die zusätzlich erschlossenen Liegenschaften gegeben sein.

48. Zur Wahrung der Verhältnismässigkeit muss die Verhaltensweise geeignet und notwendig sein, um den sachlichen Grund realisieren zu können. Zudem muss die Zweck-Mittel-Relation gewahrt werden.

49. Da die Kooperation lediglich zustande kommt, wenn auch die Ziele von PRIORIS erreicht werden können, können die im Rahmen der Kooperation unter Umständen unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallenden Verhaltensweisen als geeignet qualifiziert werden. Soweit keine anderen Möglichkeiten bestehen, die Swisscom zur Verfügung stehenden Ressourcen ebenso rationell zu nutzen und die Höhe des verlangten Entgelts für den Basisvertrag tatsächlich notwendig ist, um den Ausbau im Vertragsgebiet zu finanzieren, und daher nur aufgrund dieser Vertragsbedingungen ein die Ausbaugebiete I und II sowie das Vertragsgebiet umfassender Ausbau realisiert werden kann, können die im Rahmen der Kooperation möglicherweise unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallenden Verhaltensweisen auch als notwendig qualifiziert werden.

50. Hinsichtlich der Zweck-Mittel-Relation ist zu berücksichtigen, dass die Liegenschaftseigentümer grundsätzlich keinen rechtlichen Anspruch darauf haben, dass Swisscom ihre Liegenschaft kostenfrei erschliesst. Vor dem Hintergrund, dass Swisscom derzeit für die Nacherschliessung CHF 2'500.– pro Liegenschaft und CHF 500.– pro Nutzungseinheit an die Endkunden verrechnet und sich gemäss Kooperationsvertrag mit durchschnittlich CHF ([2'000–5'000].– pro Nutzungseinheit beteiligt, ist davon auszugehen, dass der im Kooperationsvertrag vereinbarte Basisvertrag einer Kostenbeteiligung der Liegenschaftseigentümer von CHF 1'900.– pro Liegenschaft und CHF 600.– pro Nutzungseinheit nicht unverhältnismässig im engeren Sinne ist, soweit die über den Basisvertrag zu erwartenden Einnahmen aus dem Ausbaugebiet II auch tatsächlich notwendig sind, um den nachgefragten Ausbau im Vertragsgebiet zu finanzieren. Sollte sich hingegen aufgrund einer geringen Nachfrage nach einer Anbindung von Liegenschaften im Vertragsgebiet ergeben, dass die Kostenbe-

teilung der Liegenschaftseigentümer im Ausbaugebiet II zu hoch angesetzt wurde, könnte die Zweck-Mittel-Relation nicht gewahrt sein. Es wäre Sache der Vertragsparteien den Nachweis zu erbringen, dass die Zweck-Mittel-Relation gewahrt wird und gegebenenfalls entsprechend für Abhilfe zu sorgen.

51. Bei der kartellrechtlichen Einschätzung der sachlichen Gründe kann zudem berücksichtigt werden, dass der Abschluss eines Basisvertrags für die Liegenschaftseigentümer nicht verpflichtend ist und der UBB-Rahmenvertrag nur dann zur Anwendung kommt, wenn eine ausreichende Anzahl an Liegenschaftseigentümern den Solidaritätsgedanken unterstützen und entsprechend einen Basisvertrag unterzeichnen. Sollte die Akquisitionsrates im Anschlussgebiet II in einer oder mehreren PRIORIS-Gemeinden unter [...] liegen, kommt der UBB-Einzelvertrag in dieser Gemeinde nicht zustande und den Liegenschaftseigentümern stünde im Ausbaugebiet II die Möglichkeit offen, von einem kostenfreien Glasfaserausbau durch Swisscom zu profitieren.

52. Insgesamt können daher die möglicherweise unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallenden Verhaltensweisen bzw. Vertragsbestandteile sachlich gerechtfertigt sein.

C.4 Engpassbeseitigung (Frage 4)

53. In Abschnitt 8 des UBB-Rahmenvertrags wird im Wesentlichen vereinbart, dass sich PRIORIS an den Ausbauarbeiten dahingehend beteiligt, dass PRIORIS die fehlenden Kabelkanalisationen bzw. Kabelkanalisationsabschnitte entsprechend baulich erweitert (Ziffer 8.1 und 8.2 des UBB-Rahmenvertrags). Weiter wird festgelegt, wie sich die Parteien hinsichtlich der konkreten Umsetzung der Ausbauarbeiten koordinieren (Ziffer 8.3 bis 8.11 des UBB-Rahmenvertrags). Zudem wird vereinbart, dass Swisscom die durch PRIORIS erstellten Kabelkanalisationsabschnitte für einen Betrag von maximal CHF [0–5] Mio. übernimmt (Ziffer 8.12 des UBB-Rahmenvertrags). Die weiteren Ausführungen (Ziffer 8.13 bis 8.15 des UBB-Rahmenvertrags) stellen aus Sicht des Sekretariats rein deklaratorische Aussagen dar, ohne dass diese zwischen den Parteien eine Bindungswirkung entfalten, weshalb auf diese nicht weiter eingegangen wird.

54. Hinsichtlich der in den Ziffern 8.1 bis 8.12 des UBB-Rahmenvertrags vereinbarten Verhaltensweisen kann auf die Ausführungen in Rz 23 ff. verwiesen werden. Entsprechend ist prima vista nicht ersichtlich, inwiefern die vereinbarte operative Durchführung der Engpassbeseitigung durch PRIORIS eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellen könnte.

55. Der Inhalt von Abschnitt 8 des UBB-Rahmenvertrags bezieht sich auf die Zusammenarbeit zwischen Swisscom und PRIORIS und die Übernahme der im Rahmen der Engpassbeseitigung erstellten Kabelkanalisationsabschnitte. Es wird in der Beratungsanfrage weder umschrieben, auf welchem Markt Swisscom oder PRIORIS im Rahmen dieser Verhaltensweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte, noch worin ein potenziell missbräuchliches Verhalten liegen könnte. Auch ist eine allfällige marktbeherrschende Stellung oder ein möglicherweise missbräuchliches Verhalten von Swisscom oder PRIORIS aus Abschnitt 8 des

UBB-Rahmenvertrags nicht offensichtlich ersichtlich. Vor diesem Hintergrund ist prima vista nicht ersichtlich, worin in den in Abschnitt 8 des UBB-Rahmenvertrags beschriebenen Verhaltensweise ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens liegen könnte.

C.5 Nacherschliessung (Frage 5)

56. Im Rahmen der Nacherschliessung sieht die Vereinbarung zwischen Swisscom und PRIORIS vor, dass die Liegenschaftseigentümer im Ausbaugebiet II nachträglich einen Basisvertrag mit PRIORIS abschliessen, gemäss welchem sie im Rahmen der Finanzierung der Engpassbeseitigung nach derzeitigem Kenntnisstand Kosten in Höhe von CHF 1'900.– pro Liegenschaft und CHF 600.– pro Nutzungseinheit zu entrichten haben. Darüber hinaus ist mit Swisscom ein Nacherschliessungsvertrag abzuschliessen, gemäss welchem die Liegenschaftseigentümer zusätzlich Kosten in Höhe von CHF 2'500.– pro Liegenschaft und CHF 500.– pro Nutzungseinheit zu entrichten haben (Ziffer 10.1 des UBB-Rahmenvertrags). Damit würden für die Liegenschaftseigentümer für die Nacherschliessung Kosten in Höhe von CHF 4'400.– pro Liegenschaft und zusätzlich CHF 1'100.– pro Nutzungseinheit anfallen.

Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

57. Gemäss UBB-Rahmenvertrag erbringt PRIORIS die Engpassbeseitigung bei der bereits bestehenden Kabelkanalisationsinfrastruktur und Swisscom kümmert sich um den Einzug der Glasfaserkabel in die dann vorliegende Kabelkanalisationsinfrastruktur.

58. Indem PRIORIS und Swisscom gemeinsam vereinbaren gegenüber dem Liegenschaftseigentümer für die Erschliessung sowohl die Beträge für den Basisvertrag von PRIORIS als auch die Kosten für die Nacherschliessung von Swisscom zu verrechnen, setzen sie indirekt den Preis für die Erschliessung für die Liegenschaftseigentümer auf CHF 4'400.– pro Liegenschaft und CHF 1'100.– pro Nutzungseinheit fest. Dieser Preis liegt zudem deutlich über dem von Swisscom üblicherweise für Nacherschliessung verlangten Preis in Höhe von CHF 2'500.– pro Liegenschaft und CHF 500.– pro Nutzungseinheit. Damit könnte eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegen.

59. Gemäss 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. Damit eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt, muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Abrede und der Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen. Besteht bereits vor der Abrede auf dem fraglichen Markt kein wirksamer Wettbewerb, so kann auch eine auf dem Markt stattfindenden Abrede nicht kausal für eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führen.¹²

60. Wie die Vertragsparteien ausführen, würde derzeit lediglich Swisscom in Kooperation mit PRIORIS oder, falls die Kooperation nicht zustande kommt, Swisscom allein eine Glasfasernetzinfrastruktur in den vom UBB-

Rahmenvertrag betroffenen Gemeinden aufbauen. Es wird im Rahmen der Beratungsanfrage nicht ausgeführt, ob weitere aktuelle oder potenzielle Wettbewerber bestehen, die eine entsprechenden Glasfasernetzinfrastruktur in diesen Gemeinden errichten würden und wie diese durch den UBB-Rahmenvertrag hinsichtlich der Erschliessung der Gemeinden mit Glasfaserleitungen im Wettbewerb beeinträchtigt werden könnten. Mit anderen Worten scheint gemäss Beratungsanfrage in einem möglichen Markt für den Anschluss der Liegenschaften in dieser Region an ein Glasfasernetz weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb zu bestehen, der durch eine Wettbewerbsabrede erheblich beeinträchtigt werden könnte. Unter diesen Voraussetzungen wäre Art. 5 KG vorliegend nicht erfüllt.

Missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens

61. Hinsichtlich der möglichen Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG kann auf die Ausführungen in Rz 30 bis 40 verwiesen werden. Es stellt sich vorliegend insbesondere die Frage, ob mit den Vertragsbedingungen bezüglich Nacherschliessung zudem eine Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) vorliegen könnte.

62. Hinsichtlich der für Liegenschaftseigentümer anfallenden Preise von CHF 4'400.– pro Gebäude und CHF 1'100.– pro Nutzungseinheit kann vorliegend aufgrund fehlender Informationen zu den tatsächlichen Kosten nicht abschliessend evaluiert werden, ob diese im Sinne des Kartellgesetzes als unangemessen zu qualifizieren wären. Es muss daher im Rahmen der vorliegenden Beratung offengelassen werden, ob mit der im UBB-Rahmenvertrag festgehaltenen Preisgestaltung die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt sein können.

63. Aufgrund der fehlenden Angaben kann eine mögliche Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.

64. Die im UBB-Rahmenvertrag umschriebenen Verhaltensweisen könnten ebenfalls als mögliche Diskriminierung von Handelspartnern im Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG qualifiziert werden.

65. Es stellt sich bei den Vertragsbedingungen der Nacherschliessung wiederum die Frage, ob diese Verhaltensweisen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein könnten.

66. Hinsichtlich der sachlichen Gründe kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in Rz 44 ff. verwiesen werden. Als möglicher sachlicher Grund kann die rationellere Nutzung der Swisscom zur Verfügung stehenden Ressourcen angeführt werden. Dieser sachliche Grund müsste sich im Vergleich zu den möglichen bewirkten Wettbewerbsbehinderungen bzw. -benachteiligungen als verhältnismässig erweisen.

¹² Vgl. analog BGE 133 II 104, 109 E. 6.4.

67. Die Vertragsbestimmungen von Abschnitt 10 des UBB-Rahmenvertrags beziehen sich auf die Nacherschliessung und Neubauten. Sie gelten unabhängig vom Akquisitionsstatus (Ziffer 7.3 und 7.4 des UBB-Rahmenvertrags). Sie erscheinen daher nicht kausal für das Zustandekommen des kooperativen Ausbaus im Rahmen des Flächenrollouts. Dies insbesondere, weil die Finanzierung des Flächenrollouts nach Verständnis des Sekretariats durch die bis zum jeweiligen Entscheidungstag abgeschlossenen Basisverträge (Akquisitionsrate) finanziert werden sollen.

68. Gemäss der Beratungsanfrage und dem UBB-Rahmenvertrag kommt der UBB-Einzelvertrag je PRIORIS-Gemeinde zustande, wenn [...] der Liegenschaftseigentümer im Ausbaugebiet II den PRIORIS-Basisvertrag unterzeichnen. Damit muss also davon ausgegangen werden, dass die Glasfasererschliessung im Vertragsgebiet ab Erreichen dieser Schwelle wirtschaftlich tragbar ist.

69. Läge der Akquisitionsstatus zwischen [...] würden entsprechende Anpassungen vorgenommen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei Zustandekommen der Kooperation die Höhe der Solidaritätsbeiträge ausreichend gross ist, um die Engpassbeseitigung nach den getroffenen Anpassungen vorzunehmen. Damit ist die Notwendigkeit, dass zur Finanzierung der angepassten und im Flächenausbau geplanten Engpassbeseitigung nachträglich ein PRIORIS-Basisvertrag abgeschlossen und der entsprechende Solidaritätsbeitrag geleistet werden muss, nicht ersichtlich.

70. Weiter kann aufgrund der zur Verfügung stehenden Angaben nicht abgeschätzt werden, wie hoch der Anteil der Liegenschaften im Vertragsgebiet ist, die bereits im Rahmen des Flächenausbaus erschlossen werden. Ebenso unklar ist, welche Anzahl an Liegenschaften im Rahmen einer Nacherschliessung im Vertragsgebiet zu erschliessen wären. Daher kann nicht abgeschätzt werden, inwieweit für die Nacherschliessung der zusätzliche Abschluss eines Basisvertrags tatsächlich geeignet und notwendig ist, um eine allfällige Nacherschliessung im Vertragsgebiet durchzuführen.

71. Damit die Verknüpfung der Nacherschliessung mit einem PRIORIS-Basisvertrag auf seine Verhältnismässigkeit sinnvoll geprüft werden kann, müssten wiederum die vom Sekretariat getroffenen Annahmen erfüllt sein (vgl. Rz 16 - 18). Ob diese Annahmen so noch getroffen werden könnten, wäre dann aufgrund des bereits vollendeten Flächenausbaus und des sich aus dem Flächenrollout und insbesondere der Anzahl der entsprechend abgeschlossenen PRIORIS-Basisverträge neu zu betrachten.

72. Aufgrund der tatsächlichen Unsicherheiten des Umfangs des Flächenausbaus in Ausbaugebiet II und im Vertragsgebiet kann zum Zeitpunkt der Beratungsantwort daher keine abschliessende kartellrechtliche Einschätzung des Vertragsinhalts der Nacherschliessung vorgenommen werden.

C.6 Behandlung teurer Anschlüsse (Frage 6)

73. Gemäss UBB-Rahmenvertrag soll für die Erschliessung der einzelnen an PRIORIS beteiligten Gemeinden ein UBB-Einzelvertrag geschlossen werden, in welchem

die auszubauenden Nutzungseinheiten im Vertragsgebiet (nachfolgend: vereinbarte Nutzungseinheiten) definiert werden. Swisscom leistet hierbei einen Investitionsbeitrag von durchschnittlich CHF [2'000–5'000].– pro vereinbarter Nutzungseinheit. Dieser Beitrag (Anzahl vereinbarte Nutzungseinheiten im Vertragsgebiet multipliziert mit CHF [2'000–5'000].–) stellt die maximale Beteiligung von Swisscom für die von ihr übernommenen Aufgaben im Vertragsgebiet dar. Die Parteien vereinbaren, dass sie sich über das weitere Vorgehen und die Bereinigung der Anzahl Nutzungseinheiten einigen werden, soweit Swisscom zur Erschliessung sämtlicher Nutzungseinheiten in der Gemeinde, für die ein Basisvertrag geschlossen wurde, einen höheren durchschnittlichen Beitrag als CHF [2'000–5'000].– zu entrichten hätte. Als Beispiele für Massnahmen führen die Parteien die Reduktion der teuersten zu erschliessenden Nutzungseinheiten und die Besorgung weiterer Beteiligungsmöglichkeiten durch PRIORIS an. Werden hingegen die Beiträge von Swisscom in Höhe der Summe der durchschnittlich CHF [2'000–5'000].– pro vereinbarter Nutzungseinheit in einer Gemeinde nicht vollständig ausgeschöpft, so können die nicht ausgeschöpften finanziellen Mittel auf eine andere Gemeinde von PRIORIS zur Finanzierung der zu erschliessenden Nutzungseinheiten übertragen werden.

74. In den Ziffern 11.4 und 11.5 des UBB-Rahmenvertrags geht es damit um die Finanzierung der Kosten für eine Erschliessung mit Glasfaserleitungen. Es ist aufgrund der im Rahmen der Beratungsanfrage gelieferten Sachverhaltselemente nicht ersichtlich, worin in den genannten Ziffern 11.4 und 11.5 des UBB-Rahmenvertrags eine möglicherweise unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 KG bestehen sollte. Eine solche Abrede ist auch im Lichte der vorgehenden Ausführungen nicht ersichtlich.

75. Hinsichtlich einer Reduktion der Anzahl zu erschliessenden Nutzungseinheit könnte grundsätzlich eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG in Betracht kommen. Sollte allerdings die Finanzierung eines Ausbaus von besonders teuren Nutzungseinheiten nicht sichergestellt werden können, wäre die Verweigerung eines entsprechenden Anschlusses aus wirtschaftlichen Gründen sachlich gerechtfertigt. Es ist daher nicht ersichtlich, dass aus der in den Ziffern 11.4 und 11.5 des UBB-Rahmenvertrags beschriebenen Verhaltensweise ein unzulässiges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG resultieren würde.

D Fazit

Die kartellrechtliche Einschätzung der vorgelegten Beratungsfragen hat ergeben, dass die Umsetzung des Solidaritätsprinzips im Rahmen des Flächenrollouts dazu führt, dass Liegenschaftseigentümer im Ausbaugebiet II von Swisscom aufgrund des Kooperationsvertrags zwischen Swisscom und PRIORIS einen Kostenbeitrag für die Erschliessung zu entrichten haben, welcher bei einem alleinigen Glasfaserausbau durch Swisscom nicht vorgesehen wäre. Dies könnte kartellrechtlich unter den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fallen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind. Die Verhaltensweise scheint aber

sachlich gerechtfertigt zu sein, soweit sie notwendig sind, um einen Flächenausbau im Vertragsgebiet zu realisieren und das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten wird. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Beteiligung am Solidaritätsprinzip im Rahmen des Flächenausbaus grundsätzlich freiwillig erfolgt und der gemeinsame Flächenausbau nur dann realisiert wird, wenn sich eine ausreichende Anzahl Liegenschaftseigentümer am Solidaritätsprinzip beteiligen.

In Bezug auf die Nacherschliessung von Liegenschaften kann eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von

Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bei der Umsetzung des Solidaritätsprinzips nicht ausgeschlossen werden, soweit von einer marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auszugehen ist und keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Soweit die getroffenen Annahmen (Rz 16 bis 18) tatsächlich erfüllt sind, sind aus den den Beratungsfragen zugrundeliegenden Verhaltensweisen auch keine unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG ersichtlich.

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

I. Sachverhalt und Fragestellung

1. Gemäss der Beratungsanfrage betreiben A. und B. ein gemeinsames Geschäftsprojekt (Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit; nachfolgend: F&E-Kooperation). Dieses beinhaltet die gemeinsame Entwicklung und Herstellung [des Produkts X] [...] sowie den koordinierten Vertrieb des [Produkts X]. Die beiden Unternehmen hätten daher [...] einen entsprechenden Entwicklungsvertrag, einen Herstellungsvertrag sowie einen Co-Distributionsvertrag geschlossen. A. legt den Co-Distributionsvertrag vor und möchte wissen, ob dieser mit dem Kartellgesetz vereinbar ist. Im Einzelnen nennt die Beratungsanfrage insbesondere die folgenden Umstände:

I.1 Zusammenarbeitende Unternehmen

2. A. sei tätig im Bereich der Herstellung, der Vermarktung und dem Vertrieb von [...].

3. Das Geschäft von B. bestehe in der Herstellung, Vermarktung und dem Vertrieb von [...].

I.2 Begutachtung der F&E-Kooperation durch [...]

4. Vor Einreichung der Beratungsanfrage beim Sekretariat liessen A. und B. die gesamte F&E-Kooperation, d. h. namentlich den Entwicklungsvertrag, den Herstellungsvertrag sowie den Co-Distributionsvertrag (nachfolgend zusammen: die Verträge), durch [...] dahingehend beurteilen, ob sie mit dem EU-Wettbewerbsrecht vereinbar ist. Über diese Beurteilung erstellte [...] ein Gutachten (nachfolgend: Gutachten), welches A. und B. mit der Beratungsanfrage einreichten.¹

5. Gemäss Gutachten unterliege die F&E-Kooperation zwar grundsätzlich dem Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV². Sie könne jedoch von diesem freigestellt werden gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV sowie der Forschungs- und Entwicklungs-Gruppenfreistellungsverordnung (nachfolgend: F&E-GVO)³, wenn die Verträge in den folgenden Punkten angepasst würden.

- [...].

- [...].

6. Weiter hielt das Gutachten fest, dass die durch die Vertragsanpassung zu erzielende Freistellung der F&E-Kooperation nur gelte, wenn A. und B. aktuell keine Wettbewerber seien oder ihr gemeinsamer Marktanteil auf den relevanten Märkten aktuell unter 25 % liege. Gemäss Gutachten sei es mit Blick auf die bisherigen Tätigkeiten von A. und B. (vgl. oben Rz 2 f.) fraglich, ob A. und B. überhaupt in einem Wettbewerbsverhältnis stehen würden. Namentlich [...].

7. Das Gutachten betont, dass nach Ablauf von sieben Jahren ab Inverkehrbringen des [Produkts X] die Freistellung durch die F&E-GVO nur solange weitergelte, wie der gemeinsame Marktanteil der Vertragsparteien auf den Märkten, zu denen das Vertragsprodukt oder die Vertragstechnologie gehören, 25 % nicht überschreite. Überschreite der gemeinsame Marktanteil der Parteien diese Schwelle nach Ablauf von sieben Jahren, so falle die Kooperation noch für zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre nach dem Jahr, in dem der Schwellenwert erstmals überschritten worden sei, unter die F&E-GVO. Aus diesem Grund empfiehlt das Gutachten zusätzlich, zu vereinbaren, dass rechtzeitig von Ablauf von sieben Jahren nach Markteinführung des [Produkts X] eine Überprüfung der gemeinsamen Marktanteile der Parteien zu erfolgen hat.

8. Mit der Beratungsanfrage teilte A. mit, dass die sich aus dem Gutachten ergebenden Vertragsanpassungen gemäss Rz 5 umgesetzt und nach Erhalt des Beratungsschreibens des Sekretariats unterzeichnet würden. Einzig auf die wortwörtliche Umsetzung der Empfehlung betreffend die Vereinbarung einer Prüfung der gemeinsamen Marktanteile (siehe oben Rz 7) habe man verzichtet, da das den Vertrieb des [Produkts X] überwachende Joint Committee (siehe dazu unten Rz 14) ohnehin die Marktanteile regelmässig überprüfen werde.

I.3 Co-Distributionsvertrag zwischen A. und B.

9. Die von A. begehrte kartellgesetzliche Begutachtung soll sich auf den (angepassten) Co-Distributionsvertrags beschränken (siehe oben Rz 1). A. reichte diesen Vertrag sowie den infolge des Gutachtens notwendig gewordenen Vertrag über die Änderung des Co-Distributionsvertrags (nachfolgend: Änderungsvertrag) mit der Beratungsanfrage ein.⁴

10. Der vorgelegte Co-Distributionsvertrag sieht vor, dass sowohl A. als auch B. das Recht haben, [das gemeinsam entwickelte Produkt X] zu vertreiben. Für die hier vorzunehmende kartellgesetzliche Beurteilung sind die folgenden Vereinbarungen von Interesse:

¹ Vgl. Gutachten [...].

² Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.12.2007, ABl. C 202 vom 7.6.2016, S. 47 (AEUV).

³ Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission vom 1.6.2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 143 vom 2.6.2023, S. 9 (F&E-GVO).

⁴ Vgl. Beilage 2 und Beilage 4 zur Beratungsanfrage. Nicht eingereicht wurden der Entwicklungsvertrag sowie der Herstellungsvertrag.

11. Zuweisung von Vertriebskanälen: Der aktive Vertrieb⁵ des [Produkts X] über bestimmte Vertriebskanäle soll zwischen A. und B. aufgeteilt werden. So soll [...]. Passivverkäufe sind ausdrücklich auf allen Vertriebskanälen möglich ([...] Co-Distributionsvertrag). Soweit eine Vertragspartei weiss oder vernünftigerweise annehmen kann, dass eine Vertriebspartnerin von A. oder B. [das Produkt X] direkt oder indirekt über einen Vertriebskanal vertreibt bzw. anbietet, der der anderen Partei zuordenbar ist, hat diese Partei die andere Partei umgehend über diesen Umstand zu informieren und sich um ehestmögliche Vertragskonformität zu bemühen ([...] Co-Distributionsvertrag).

12. Informationsaustausch zur Ermöglichung von Ausgleichszahlungen: Vorgesehen sind Ausgleichszahlungen zwischen A. und B. für den Fall einer «asymmetrischen Geschäftsentwicklung» mit dem [Produkt X]: [...] Über die Ausgleichszahlungen entscheidet das Joint Committee ([...] Co-Distributionsvertrag; siehe auch unten Rz 14). Grundlage für die Entscheidung über Ausgleichszahlungen sind «schriftliche und aussagekräftige Reports über die Umsatzergebnisse» betreffend den Verkauf des [Produkts X], wobei diese nicht weiter nach Menge, Verpackungsgrösse und/oder Preisen aufgeschlüsselt werden sollen ([...] Co-Distributionsvertrag). [...].

13. Informationsaustausch über Marktentwicklung und Audit: Geregelt sind ferner weitere Informationspflichten. So sollen A. und B. gemäss Co-Distributionsvertrag solche Informationen teilen, «[...]» ([...] Co-Distributionsvertrag). Dieser Informationsaustausch darf gemäss Vertrag indes in keiner Weise gegen das Kartellrecht verstossen. Darüber hinaus besteht gemäss dem Co-Distributionsvertrag ein Auditrecht der Vertragsparteien. So dürfen diese gemäss [...] Co-Distributionsvertrag bei der jeweils anderen Partei Audits durchführen, um die Einhaltung der Verpflichtungen nach dem Co-Distributionsvertrag zu überprüfen. Die auditierende Partei ist insbesondere, aber nicht ausschliesslich, berechtigt, alle Dokumente, Vereinbarungen und Belege zur Umsatzerzielung der anderen Parteien einzusehen. Jede Partei ist bei einer Auditierung durch andere Partei berechtigt, angemessene Massnahmen zum Geheimnisschutz zu ergreifen. Sofern aus kartellrechtlichen Gründen erforderlich, kann die Auditierung durch Dritte durchgeführt werden.

14. Joint Committee: Der gemeinsame Vertrieb des [Produkts X] soll von einem gemeinsamen globalen Lenkungsausschuss geregelt und beaufsichtigt werden ([...] Co-Distributionsvertrag). Das Joint Committee besteht [...]. Das Joint Committee entscheidet insbesondere über die Ausgleichszahlungen (siehe oben Rz 12), den Rückzug aus einem Vertragsgebiet, wobei keine Partei gegen ihren Willen zu einer Tätigkeit in einem Vertragsgebiet gezwungen werden kann ([...] Co-Distributionsvertrag), sowie die Entwicklung und die Zustimmung zum jährlichen operativen Geschäftsplan, welche namentlich Aussagen enthalten soll zur Produktstrategie, Mengenmeilensteinen, Projektmeilensteinen, Marktplan und Strategie zur Einführung neuer Märkte und zur Marketing-/Branding-Strategie ([...] Co-Distributionsvertrag).

15. Unverbindliche Preisempfehlungen: Weiter ist beabsichtigt, dass B. A. unverbindliche Preisempfehlungen (nachfolgend: UVP) für [Produkt X] zur Verfügung stellt ([...] Co-Distributionsvertrag). Die Parteien halten im Vertrag ausdrücklich fest, dass die UVP nicht standardmässig als Verkaufspreise übernommen werden ([...] Co-Distributionsvertrag).

16. Exklusivität: In [...] Co-Distributionsvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien, «[...]», sofern keine anderslautende, vorgängige, ausdrückliche schriftliche Zustimmung der anderen Vertragspartei dazu vorliegt. Klarstellend wird festgehalten, dass der Vertrieb [...] – ausgenommen [...] – für B. unbeschränkt möglich ist ([...] Co-Distributionsvertrag).

17. Abwerbeverbot: Schliesslich enthält [...] des Co-Distributionsvertrags ein Abwerbeverbot. Danach verpflichten sich die Parteien, weder direkt noch indirekt Arbeitnehmer der anderen Partei oder deren Konzerngesellschaften abzuwerben. Dieses Abwerbeverbot ist zeitlich beschränkt und gilt gemäss Änderungsvertrag⁷ während der Dauer des Vertrags.

18. Regelungen zu Immaterialgüterrechten: Der Co-Distributionsvertrag legt namentlich fest, dass sich aus der F&E-Kooperation ergebende [Ergebnisse], d. h. namentlich [...],⁸ welche Verbesserungen, Weiterentwicklungen oder andere Entwicklungen bereits bestehender Immaterialgüterrechte einer Vertragspartei darstellen oder die allein von einer Vertragspartei generiert und/oder entwickelt wurden, ausschliesslich der Vertragspartei gehören, welcher das zugrundeliegende Immaterialgüterrecht gehört oder welche [das neue Immaterialgüterrecht] allein generierte und/oder entwickelte ([...] Co-Distributionsvertrag).

⁵ Siehe zum Begriff Art. 3 der Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekenntmachung, VertBek): Passiver Verkauf ist ein auf unaufgeforderte Anfragen einzelner Kundinnen und Kunden zurückgehender Verkauf, einschliesslich der Lieferung von Waren an oder der Erbringung von Dienstleistungen für solche Kundinnen und Kunden, der nicht durch gezielte Ansprache der betreffenden Kundinnen und Kunden, Kundengruppen oder Kundinnen und Kunden in den betreffenden Gebieten ausgelöst wurde und den Verkauf infolge der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren oder privaten Aufforderungen zur Interessensbekundung einschliesst.

⁶ Siehe zum Begriff Art. 2 VertBek: 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.

⁷ Beilage 4 zum Beratungsschreiben.

⁸ Sofern diese nicht unter dem Entwicklungsvertrag generiert und zugeordnet wurden.

19. Vertragsdauer: Der Co-Distributionsvertrag läuft bis [...] und verlängert sich nach Ablauf der Vertragslaufzeit automatisch um [...] Jahre, soweit der Vertrag nicht durch eine Partei unter Einhaltung einer Frist von [...] vorgängig gegenüber der anderen Partei schriftlich gekündigt wurde ([...] Co-Distributionsvertrag).

I.4 Fragestellung

20. A. führt in der Beratungsanfrage aus, dass es sich beim zu beurteilenden Co-Distributionsvertrag zwar um eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG handele. Der Co-Distributionsvertrag sei indes nicht als Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu qualifizieren, sondern falle ausschliesslich unter Art. 5 Abs. 1 KG und beeinträchtige den Wettbewerb nicht erheblich. Denn es bestehe hinreichender Innen- und Aussenwettbewerb und es sei zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Co-Distributionsvertrag nach F&E-GVO freigestellt sei. Selbst wenn eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bejahen wäre, sei der Co-Distributionsvertrag jedenfalls gerechtfertigt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG. Denn der Co-Distributionsvertrag diene der Ermöglichung der Entwicklung und Herstellung eines neuen Produkts und solle den effizienten Vertrieb dieses neuen Produkts gewährleisten. Er sei deshalb auch nach der F&E-GVO freigestellt.

21. A. ersucht das Sekretariat, diese kartellgesetzlichen Schlussfolgerungen im Rahmen einer Beratung einer Überprüfung zu unterziehen.

II. Beurteilung

II.1 Vorbemerkungen

22. Das Sekretariat tätigt im Rahmen von Beratungen keine Sachverhaltsabklärungen. Die nachfolgende Beurteilung erfolgt daher ausschliesslich gestützt auf die Angaben von A. in der Beratungsanfrage. Angenommen wird daher namentlich, dass die vorliegende F&E-Kooperation zwischen A. und B. die Entwicklung und Herstellung sowie den effizienten Vertrieb des [Produkts X] ermöglicht. Auch wird davon ausgegangen, dass A. und B. für den Fall, dass sie vor dem Inverkehrbringen des [Produkts X] als Wettbewerberinnen anzusehen wären, keinen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 25 % in den für die vorliegende Beurteilung relevanten Märkten haben (vgl. Rz 108 f.).

II.2 Geltungsbereich des KG

II.2.1 Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

23. Das Kartellgesetz ist in persönlicher und sachlicher Hinsicht anwendbar gemäss Art. 2 Abs. 1 KG, da es im zu beurteilenden Sachverhalt um eine mutmassliche Wettbewerbsabrede, nämlich den Co-Distributionsvertrag, zwischen zwei Unternehmen, A. und B., geht (vgl. unten Rz 29 ff.).

II.2.2 Örtlicher Geltungsbereich

24. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen

von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.⁹

25. Der vorgelegte Co-Distributionsvertrag regelt die Aufgabenverteilung zwischen A. und B. beim weltweiten Vertrieb des [Produkts X] (vgl. [...] Co-Distributionsvertrag). Teil dieses weltweiten Vertriebsgebietes ist die Schweiz, womit die Möglichkeit besteht, dass der Co-Distributionsvertrag auch Auswirkungen auf den hiesigen Wettbewerb hat. Das KG ist damit auch in örtlicher Hinsicht anwendbar.

II.3 Keine vorbehaltenen Vorschriften

26. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder 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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

27. Vorliegend enthält der Co-Distributionsvertrag auch die Festlegung, dass Verbesserungen, Weiterentwicklungen oder andere Entwicklungen bereits bestehender Immaterialgüterrechte einer Vertragspartei derjenigen Vertragspartei gehören, welcher das zugrundeliegende Immaterialgüterrecht gehört ([...] Co-Distributionsvertrag; siehe oben Rz 18). Diese Vertragsregelung betrifft den Innovationswettbewerb zwischen A. und B., ergibt sich jedoch nicht aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum. Kommt hinzu, dass immaterialgüterrechtliche Aspekte nach heutiger Lehre und Praxis ohnehin bei der materiellen kartellrechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden, und nicht per se zum Ausschluss der Anwendung des KG führen sollen.¹⁰

28. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es mithin keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Co-Distributionsvertrag kann damit einer kartellgesetzlichen Beurteilung unterzogen werden.

II.4 Co-Distributionsvertrag als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

29. 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).

⁹ Vgl. BGE 143 II 297 E. 3.7, *Gaba*.

¹⁰ Vgl. namentlich BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 81 ff., *DCC*.

30. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 31 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; siehe Rz 34 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 36 ff.).¹¹

II.4.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

31. 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.¹²

32. Vorliegend geht es um die F&E-Kooperation von A. und B. bzw. den Co-Distributionsvertrag zwischen den beiden. A. und B. sind gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG als Unternehmen zu qualifizieren, da sie beide als Anbieter und Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten.

33. Art. 4 Abs. 1 KG stellt klar, dass es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nicht von Bedeutung ist, auf welcher Marktstufe die mutmasslich zusammenwirkenden Unternehmen tätig sind («...Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen...»). Diese können vielmehr in horizontalen, vertikalen oder auch konglomeraten bzw. diagonalen Verhältnissen zueinanderstehen.¹³ In welchem Verhältnis A. und B. konkret stehen, kann im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG offengelassen werden. Entscheidend wird die Frage des konkreten Verhältnisses der Abredeteilnehmerinnen erst im Rahmen der Prüfung von Art. 5 KG, namentlich, wenn es um die Frage geht, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt oder ob die Vertikalbekenntmachung der Wettbewerbskommission (VertBek)¹⁴ Anwendung findet (siehe dazu unten Rz 48 ff.).¹⁵

II.4.2 Verhaltenskoordination: bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

34. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination.¹⁶ Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein *bewusstes und gewolltes Zusammenwirken* der betreffenden Unternehmen handelt.¹⁷ Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.¹⁸

35. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen «Vereinbarungen» und «abgestimmte Verhaltensweisen». Die F&E-Kooperation, namentlich der Co-Distributionsvertrag, stellt aufgrund des vorliegenden Konsenses über die Zusammenarbeit zwischen A. und B. eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

II.4.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

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

37. 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, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».¹⁹ Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter beziehen.²⁰ Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbsrechtlich noch neutral»²¹. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.²²

¹¹ Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE, 2C_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altimum*.

¹² 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. dazu etwa auch ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl. 2023, Rz 300 ff.; MANI REINERT, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 4 Abs. 1 N 358 m. w. H.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 4 I LCart N 15.

¹³ Vgl. etwa RPW 2012/1, 102 f. Rz 156, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; RPW 2021/1, 217 f. Rz 53 f., *Optische Netzwerke*; vgl. dazu auch SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: *DIKE-Kommentar, Kartellgesetz*, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 4 Abs. 1 N 80 ff.

¹⁴ Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekenntmachung, VertBek).

¹⁵ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 13), Art. 4 Abs. 1 N 82.

¹⁶ Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁷ Botschaft KG 1994, BBI 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁸ BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

¹⁹ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; 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*.

²⁰ 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*.

²¹ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

²² BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

38. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.²³ Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.²⁴

39. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder mit anderen Worten der Verhaltenskoordination der wettbewerbsbeschränkende Zweck innewohnt.²⁵ 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.²⁶ 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 37 durch Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²⁷ Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 37 führt,²⁸ ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.²⁹

40. Mit der Einschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich bestimmter Wettbewerbsparameter geht in der Regel eine mögliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einher.³⁰ Damit ist eine solche Vereinbarung grundsätzlich zumindest objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen; ob sie unzulässig ist, ist im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.³¹ Gemäss Praxis, Rechtsprechung und Lehre kann indes ausnahmsweise das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch im Falle der Beschränkung der Handlungsfreiheit verneint werden, wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann oder sogar prokompetitiv wirkt.³²

41. Der zu prüfende Co-Distributionsvertrag ist Teil der F&E-Kooperation von A. und B. Er soll gemäss den Ausführungen von A. damit im weitesten Sinne die Verbesserung eines bestehenden Produkts ([...]) ermöglichen, konkret [...], um A. und B. neue Kundinnen und Kunden zu erschliessen. Vorliegend kann daher angenommen werden, dass es sich beim Co-Distributionsvertrag um eine Abrede über die Zusammenarbeit bei der Forschung und Entwicklung handelt. Zur Frage, ob solche Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind, gibt es bislang keine Fallpraxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden.³³ Immerhin gilt es als anerkannt, dass Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen wettbewerbsfördernde Wirkungen haben können.³⁴

42. Daraus folgt indes nicht, dass Forschungs- und Entwicklungsabreden per se nicht als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Dies schon deshalb, weil Art. 6 KG durch seinen Wortlaut deutlich macht, dass Forschungs- und Entwicklungsabreden als «*gerechtfertigt*» gelten sollen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG und nicht typischerweise von Art. 4 Abs. 1 KG auszunehmen sind. Kommt hinzu, dass es auch unstrittig ist, dass Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen – je nach Umfang der Zusammenarbeit – wettbewerbsgefährdende Wirkungen haben können.³⁵ Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Vereinbarung nicht bloss auf die gemeinsame Forschung und Entwicklung beschränkt, sondern insbesondere auch die gemeinsame Verwertung geregelt ist. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen sind daher – wie z. B. auch ein Informationsaustausch (siehe dazu unten Rz 87 ff. m. w. N.) – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ambivalent. Je mehr wettbewerbsgefährdende oder -beschränkende Elemente sie enthalten, desto eher ist das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen.

43. Die vorliegende F&E-Kooperation beschränkt sich nicht auf die Vereinbarung über die gemeinsame Forschung und Entwicklung, sondern durch den Co-Distributionsvertrag ist auch die gemeinsame Verwertung vorgesehen. Der Co-Distributionsvertrag enthält dabei verschiedene Bestimmungen, welche für den Wettbewerb bedeutsam sind. So führt die Zuweisung von Vertriebskanälen (Rz 11) zu einer gewissen Aufteilung von Geschäftspartnern sowie insoweit zur Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs. Auch der vorgesehene Informationsaustausch zwischen A. und B. (Rz 12 f.) und die Zusammenarbeit im Joint Committee (Rz 14) begründen die Gefahr der Beschränkung des

²³ 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, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*.

²⁴ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altium*.

²⁵ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

²⁶ Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32, 35 m. w. N., *Super Bock*; Leitlinien vom 21.7.2023 zur Anwendung des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (nachfolgend: Horizontal-Leitlinien), ABl. C 259, S. 1 ff., Rz 22.

²⁷ 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*.

²⁸ Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, *Bauleistungen Graubünden*.

²⁹ BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

³⁰ Vgl. RPW 2021/1, 116 f. Rz 163–165 m. w. N., *Dauer-ARGE Graubünden*.

³¹ BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

³² Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, *ASCOPA*; RPW 2021/1, 117 Rz 165, *Dauer-ARGE Graubünden*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 13), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N.

³³ Vgl. etwa DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 13), Art. 6 N 37, 48 ff. m. w. N.

³⁴ Vgl. etwa DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 13), Art. 6 N 43 ff. m. w. N.; MEINHARDT/STEBLER/BREMER (Fn 12), Art. 6 N 28; Horizontal-Leitlinien (Fn 26), Rz 54.

³⁵ Vgl. etwa DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHEMER (Fn 13), Art. 6 N 45 ff. m. w. N.; MEINHARDT/STEBLER/BREMER (Fn 12), Art. 6 N 30 f.; Horizontal-Leitlinien (Fn 26), Rz 54, 135 ff.

Intrabrand-Wettbewerbs, da geheime und nicht-aggregierte Informationen ausgetauscht werden und die Zusammenarbeit generell einen koordinierten und nicht autonomen Marktauftritt wahrscheinlicher macht. Hinzu kommen die Exklusivitätsregelung (Rz 16), das Abwerbverbot (Rz 17) sowie die Regelungen zu Immaterialgüterrechten (Rz 18), welche die Handlungsautonomie von A. und B. namentlich im Hinblick auf den Innovationswettbewerb beschränken. Dies auch, weil sämtliche Beschränkungen der Handlungsautonomie von A. und B. – vorbehaltlich einer Kündigung – für die nächsten [...] Jahre gelten (Rz 19).

44. Die Gesamtheit der vorangehend aufgeführten Umstände der Zusammenarbeit von A. und B. sowie der Regelungen des Co-Distributionsvertrags sind zumindest objektiv geeignet, den Wettbewerb, namentlich im Bereich der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von [Produkten], zu beeinträchtigen. Damit ist der Co-Distributionsvertrag als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG anzusehen. Der Umstand, dass der Co-Distributionsvertrag nach der F&E-GVO freigestellt und damit nach europäischem Recht gerechtfertigt und zulässig ist, kann bei der weiteren Prüfung von Art. 5 KG berücksichtigt werden (siehe dazu unten insbesondere Rz 98 ff., Rz 101 ff.).

II.5 Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

45. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ist eine Wettbewerbsabrede unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredegegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung widerlegbar ist.

II.5.1 Horizontale Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG

46. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

47. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG in casu ist folglich, dass A. und B. miteinander im Wettbewerb stehen (siehe dazu unten Rz 48 ff.) sowie, dass sie eine Preisabrede (Bst. a.), eine Mengenabrede (Bst. b.) und/oder eine marktaufteilende Abrede (Bst. c.) getroffen haben (siehe dazu unten Rz 54 ff., 58 ff.).

II.5.1.1 Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen

48. Die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG setzt voraus, dass die Abredeteilnehmerinnen tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander stehen, sofern die geprüfte Wettbewerbsabrede nicht bestünde. Dies ist dann der Fall, wenn ihre Waren oder Dienstleistungen von der Marktgegenseite als Substitute angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 VKU³⁶).

49. A. macht in der Beratungsanfrage geltend, A. und B. seien keine Wettbewerberinnen. A. verweist zur Begründung erstens darauf, dass die von A. und B. produzierten Waren keine Substitute seien, welche demselben relevanten Markt zugerechnet werden könnten. So produziere A. namentlich [...], während B. [...] anbiete (vgl. oben Rz 2 f.). Zwischen diesen Produkten gebe es signifikante Unterschiede in der Produktionsform, Zielgruppe und Konsumentenwahrnehmung. Zweitens seien die beiden Unternehmen auch nicht auf denselben «Technologiemärkten» tätig, da sie auf die jeweiligen Immaterialgüterrechte des anderen angewiesen seien.

50. Diese Argumentation überzeugt nicht. Dies schon deshalb, da vorliegend nicht ausgeschlossen ist, dass sowohl A. als auch B. Produkte anbieten, welche denselben relevanten Produktmärkten zuzuordnen sind. So ist es vorliegend denkbar, in sachlicher Hinsicht von einem Markt für [...] auszugehen oder den Markt in sachlicher Hinsicht noch weiter zu fassen (z. B. [...])³⁷ (siehe unten Rz 70 f.). In diesem Fall wären A. mit ihrem Angebot an [...],³⁸ und B. mit ihrem Angebot an [...] in sachlicher Hinsicht auf demselben Produktmarkt tätig.

51. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, wäre aber auch dann ein Wettbewerbsverhältnis von A. und B. zu bejahen, wenn in sachlicher Hinsicht von einem separaten Produktmarkt für [...] auszugehen wäre (siehe oben Rz 49 und unten Rz 70 f., 108). Vorliegend ist die im Co-Distributionsvertrag geregelte Kooperation beim Vertrieb des [Produkts X] Gegenstand der Prüfung. Diese Vereinbarung beinhaltet, dass A. und B. [das Produkt X] künftig beide im Rahmen ihres bereits bestehenden Vertriebsnetzes anbieten. In diesen Vertriebsnetzen ist jeweils sowohl ein Direkt-Verkauf an Konsumentinnen und Konsumenten vorgesehen (Online und stationär, «B2C»-Direktvertrieb) als auch ein Verkauf an andere Unternehmen (z. B. [...]; indirekter Vertrieb «B2B»). Von den beiden Vertragsparteien ist somit zwar einzig B. als Herstellerin von [Produkten] zu qualifizieren. Auf den nachgelagerten Marktstufen (direkter und indirekter Vertrieb [des Produkts X]) werden indes beide Unternehmen

³⁶ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³⁷ RPW [...].

³⁸ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen können [...] auch; vgl. etwa <[...]> (9.4.2025).

gleichermaßen tätig sein, sobald auch A. – was gemäss dem Co-Distributionsvertrag vorgesehen ist – [das Produkt X] direkt und indirekt vertreibt. Dass sich eine Herstellerin, welche ihre Produkte nicht nur indirekt vertreibt, sondern auch als Händlerin der eigenen Produkte tätig ist (Direktvertrieb), an einer horizontalen Abrede auf Händlerinnenstufe beteiligen kann, hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) bejaht.³⁹

52. B. und A. würden dementsprechend im Bereich des Verkaufs des [Produkts X] zumindest dann in Konkurrenz miteinander stehen (gegenüber [...] etc.), sobald sie beide [das Produkt X] in ihren jeweiligen Vertriebsnetzen anbieten. Dies zeigt im Übrigen gerade der Umstand, dass A. und B. im Co-Distributionsvertrag eine Aufteilung des Vertriebs [des Produkts X] vereinbart haben (vgl. oben Rz 11). Denn eine solche Aufteilung zur gemeinsamen Verwertung des neuen [Produkts X] wäre gar nicht notwendig, wenn A. und B. nicht zumindest potenzielle Wettbewerberinnen wären im Bereich des Verkaufs [des Produkts X].

53. Der Co-Distributionsvertrag ist somit als horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG anzusehen. Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass daraus nicht folgt, dass A. und B. zwingend auch als Wettbewerberinnen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 und 2 F&E-GVO anzusehen sind (siehe dazu unten Rz 108).

II.5.1.2 Keine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

54. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Preisabrede). Der Begriff der Preisabrede wird insgesamt weit ausgelegt: Er umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Unter den Vermutungstatbestand fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen.⁴⁰ Zudem muss die Abrede geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten.⁴¹

55. Betreffend Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen mit Klauseln mit Bezug zur Preisfestsetzung wird im Schrifttum teilweise gefordert, dass diese nicht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen sollen, wenn sie gemäss der F&E-GVO trotz ihres Bezugs zur Preissetzung freigestellt sind.⁴² Gemäss Art. 8 Bst. c F&E-GVO gilt eine Freistellung von der Anwendung des Verbots von Wettbewerbsabreden nach Art. 101 AEUV nämlich auch für gewisse Preisabreden im Rahmen einer F&E-Kooperation, namentlich für die Festsetzung der Preise für direkte Abnehmer der Vertragsprodukte, wenn die gemeinsame Verwertung auch den gemeinsamen Vertrieb umfasst. Eine solche Reflexwirkung für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG ist indes abzulehnen. Zwar ist das EU-Wettbewerbsrecht gemäss Bundesgericht bei der Anwendung des KG zu berücksichtigen, so dass im Grundsatz das Ergebnis gemäss Kartellgesetz dasselbe sein sollte wie das Ergebnis gemäss dem EU-Wettbewerbsrecht (siehe auch unten Rz 103 ff.).⁴³ Zu beachten ist jedoch, dass die Freistellung gewisser Preisabreden nach Art. 8 Bst. c F&E-GVO deshalb gilt, weil diese Preisabreden gemäss EU-Wettbewerbsrecht aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt

sind.⁴⁴ Dementsprechend ist für solche Fälle im Schweizer Recht nicht das Vorliegen einer Preisabrede zu verneinen, sondern bei der Prüfung von Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen, dass eine Freistellung vorliegt.⁴⁵

56. Letztlich kann die Frage der Berücksichtigung von Art. 8 Bst. c F&E-GVO aber offenbleiben, weil vorliegend keine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG anzunehmen ist. In casu ist gemäss Co-Distributionsvertrag einzig beabsichtigt, dass B. A. UVP für [das Produkt X] zur Verfügung stellt ([...] Co-Distributionsvertrag), wobei die Vertragsparteien im Vertrag ausdrücklich festhalten, dass die UVP nicht standardmässig als Verkaufspreise übernommen werden ([...] Co-Distributionsvertrag; siehe oben Rz 15). Es ist damit weder ersichtlich, dass die koordinierte Preisfestsetzung Gegenstand des Co-Distributionsvertrags ist, noch, dass die von B. abgegebenen Preisempfehlungen die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen bewirken könnte.

57. Der Co-Distributionsvertrag enthält mithin keine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG.

II.5.1.3 Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

58. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern liegt dabei vor, wenn Unternehmen eine Abrede darüber treffen, dass sie die Abnehmer der von ihnen angebotenen Leistungen oder ihre Lieferanten untereinander aufteilen wollen.⁴⁶ Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist weit auszulegen und erfasst nicht nur Abreden, in denen die Aufteilung direkt festgelegt ist

³⁹ Vgl. RPW 2020/2, 631 f. Rz 52 ff., *AdBlue*; Auch i. S. Baubeschläge bejahte die WEKO für eine solche Konstellation ein horizontales Verhältnis. Dies wurde vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt; BVGer, B-5918/2017 vom 12.12.2023 E. 44 ff., *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG* (rechtskräftig).

⁴⁰ BGE 129 II 18 E. 6.5.5, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.2.1, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-7756/2015 vom 16.8.2022 E. 9.3.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

⁴¹ BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023, E. 6.2.1.9, *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 10.2.3, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau/Erne*.

⁴² So zumindest in Bezug auf Spezialisierungsvereinbarungen: CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 12), Art. 5 I LCart N 457.

⁴³ Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe*; BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*, BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL II*.

⁴⁴ Die Freistellung erfolgt unter Art. 101 Abs. 3 AEUV. Dieser Absatz betrifft die Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden; vgl. nur Horizontal-Leitlinien (Fn 26), Rz 35 ff.

⁴⁵ Der selben Ansicht sind: BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 426; BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER (Fn 12), Art. 6 N 18; DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHERER (Fn 13), Art. 6 N 66, 68. Das Bundesgericht hat sich dagegen ausgesprochen, Technologietransfer-Abreden, welche unter die entsprechende europäische Gruppenfreistellungsverordnung fallen, vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG auszunehmen; vgl. BGE 143 II 297 E. 6.4.4, *Gaba*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2020/4a, 1817 Rz 432, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1110 Rz 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 12), Art. 5 I LCart N 474.

(z.B. Kundenschutzklauseln zwischen Konkurrenzunternehmen), sondern auch solche Abreden, welche Märkte indirekt nach Geschäftspartnern aufteilen.⁴⁷

59. Spezifisch in Bezug auf F&E-Kooperationen wird im Schrifttum angenommen, dass die Aufteilung von Kundinnen und Kunden im Rahmen der gemeinsamen Verwertung bei einer F&E-Kooperation unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG fällt, auch wenn sie nach der F&E-GVO freigestellt ist.⁴⁸

II.5.1.3.1 Aufteilung von Vertriebskanälen

60. Vorliegend teilen A. und B. Vertriebskanäle, und damit bestimmte Kundinnen und Kunden, untereinander auf (vgl. oben Rz 11 mit Verweisen auf die einschlägigen Bestimmungen des Co-Distributionsvertrag).

61. Die Aufteilung der Vertriebskanäle bezieht sich dabei zwar nur auf Aktivverkäufe, weshalb unaufgeforderte Bestellungen [des Produkts X] von Kundinnen und Kunden aus Vertriebskanälen, welche der jeweils anderen Vertragspartei alleine zugeordnet sind, nach dem Vertrag bedient werden dürfen. Vorgesehen ist indes, dass in solchen Fällen die jeweils andere Partei umgehend über diesen Umstand zu informieren ist und sie sich um ehestmögliche Vertragskonformität zu bemühen hat ([...] Co-Distributionsvertrag).

62. Der Co-Distributionsvertrag sieht damit insoweit eine gewisse Beschränkung von A. und B. in ihrer Freiheit der Kundenauswahl beim Vertrieb vor und stellt daher eine Geschäftspartnerabrede dar.

II.5.1.3.2 Exklusivitätsvereinbarung

63. In [...] Co-Distributionsvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien, «[...]» (Rz 16).

64. A. und B. beschränken sich durch die vereinbarte Exklusivität in ihrer Freiheit, ihre Geschäftspartnerinnen – insbesondere andere Geschäftspartnerinnen für F&E-Kooperationen – selbst auszuwählen und teilen somit insoweit den Markt untereinander auf. Hierdurch könnten die Unternehmen allenfalls den Innovationswettbewerb beschränken, weil die Abredeteilnehmerinnen nicht mit anderen Geschäftspartnerinnen zwecks Forschung und Entwicklung zusammenarbeiten können. Folglich könnte die Exklusivitätsvereinbarung den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllen.⁴⁹

II.5.1.3.3 Abwerbeverbot

65. Schliesslich enthält [...] des Co-Distributionsvertrags ein Abwerbeverbot. Danach verpflichten sich die Parteien, weder direkt noch indirekt Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer der anderen Partei oder deren Konzerngesellschaften abzuwerben (Rz 17).

66. Auch durch diese Vereinbarung beschränken sich A. und B. in ihrer Freiheit, ihre Geschäftspartnerinnen selbst auszuwählen und teilen hiermit insoweit den Markt untereinander auf. Auch hierdurch könnten die beiden Unternehmen allenfalls den Innovationswettbewerb beschränken, weil es den Abredeteilnehmerinnen nicht möglich ist, sich gegenseitig die besten Mitarbeitenden streitig zu machen.⁵⁰ Folglich dürfte der Co-Distributionsvertrag auch insofern den Tatbestand der

Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllen.

II.5.1.3.4 Zwischenfazit

67. Es ist damit anzunehmen, dass der Co-Distributionsvertrag Geschäftspartnerabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG enthält. Der Umstand, dass der Co-Distributionsvertrag nach der F&E-GVO freigestellt und damit nach europäischem Recht gerechtfertigt und zulässig ist, kann bei der weiteren Prüfung von Art. 5 KG berücksichtigt werden (siehe dazu unten insbesondere Rz 98 ff., Rz 101 ff.).

II.5.2 Widerlegung der Beseitigungsvermutung

68. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird von Gesetzes wegen vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Ausenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.⁵¹

II.5.2.1 Relevante Märkte

69. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Indes kann im Rahmen dieser Beratung mangels hinreichender Sachverhaltsangaben im Beratungsschreiben und Kenntnissen des Wirtschaftsbereichs, in dem A. und B. tätig sind, keine definitive Marktabgrenzung erfolgen. Eine solche kann vorliegend jedoch offengelassen werden, da bei jeder denkbaren Marktabgrenzung von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen ist (Rz 73 ff.) und die Beschränkungen gemäss Co-Distributionsvertrag jedenfalls gerechtfertigt sind nach Art. 5 Abs. 2 KG (siehe unten Rz 101 ff.). Festzuhalten ist einzig das Folgende.

70. Die WEKO hat bislang keine Entscheide getroffen betreffend [...]. Im weiteren Sinne mit diesem Bereich befasst hat sie sich einzig in Entscheiden betreffend den Absatz [...].⁵² Es ist indes zu berücksichtigen, dass sich dieser Bereich vom vorliegend zu beurteilenden Bereich

⁴⁷ RPW 2020/3a, 1110 Rz 1219, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/2, 444 Rz 595 und 701, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*; RPW 2017/3, 447 Rz 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 5 N 450; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 436 ff.

⁴⁸ Vgl. BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER (Fn 12), Art. 6 N 18; DIKE KG-GRABER CARDINAUX/MASCHERER (Fn 13), Art. 6 N 70.

⁴⁹ Siehe zur Frage, ob eine Exklusivitätsvereinbarung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen könnte, auch RPW 2022/2, 311 Rz 54, *Internationale Einkaufskooperation*.

⁵⁰ Vgl. dazu etwa Europäische Kommission, Competition Policy Brief, Antitrust in Labour Markets, No. 2/2024.

⁵¹ BGE 129 II 18 E. 8.1 m. w. H., *Buchpreisbindung*; vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 8.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 565.

⁵² Vgl. zuletzt RPW [...]. Das Sekretariat befasste sich mit dem Absatz [...] auch in RPW [...].

des [...] unterscheidet. Unterschiede bestehen namentlich im Hinblick auf die Produktion, die Verpackung, Transport und Logistik sowie wohl auch hinsichtlich des Preises [...] ⁵³. Auch bei den Erwartungen der Kundschaft sind Unterschiede denkbar. Denn Sinn und Zweck der [Produkte] ist es gerade, dass [das Produkt] [...].

71. Für den vorliegenden Fall ist es daher naheliegend, in sachlicher Hinsicht von einem Markt für den Absatz [...] auszugehen. Angenommen wird, dass hierzu nicht nur [Produkte wie das Produkt X] zu zählen sind, sondern sämtliche [Produkte einer bestimmten Eigenschaft]. Zu beachten ist dabei, dass [...] ⁵⁴.

72. In räumlicher Hinsicht dürfte zu unterscheiden sein zwischen nationalen Märkten, soweit es um den Verkauf direkt an Konsumentinnen und Konsumenten geht («B2C»), sowie mindestens nationalen Märkten, sofern A. und B. [das Produkt X] an [...] Unternehmen verkaufen («B2B») ⁵⁵.

II.5.2.2 Innen- und Aussenwettbewerb

73. Vorliegend ist unabhängig von der konkreten Markt-abgrenzung von der Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen.

74. Denn zwischen den Vertragsparteien besteht beim Vertrieb [des Produkts X] hinreichender Innenwettbewerb. So herrscht zwischen A. und B. Preiswettbewerb beim Vertrieb [des Produkts X] (Rz 15, 56) und passive Verkäufe des [Produkts X] an Kundschaft aus den der jeweils anderen Vertragspartei zugewiesenen Vertriebskanälen bleiben möglich (Rz 11, 60). Zudem ist zu beachten, dass sich die Kooperation einzig auf den Vertrieb des [Produkts X] bezieht. Die übrigen Sortimente von B. und A. sind von der Kooperation nicht erfasst, weshalb davon auszugehen ist, dass hier Innenwettbewerb herrscht, sofern A. und B. überhaupt Konkurrentinnen sind.

75. Im Hinblick auf aktuellen und potenziellen Aussenwettbewerb enthält die Beratungsanfrage kaum substantiierte Ausführungen. Mit Blick auf öffentlich zugängliche Quellen ist aber davon auszugehen, dass es neben B. zahlreiche weitere Anbieterinnen von [Produkten] gibt, von denen einige über bedeutende Marktpositionen verfügen. ⁵⁶ Noch grösser wäre die Konkurrenz durch weitere Unternehmen, wären die relevanten Märkte in sachlicher Hinsicht weiter zu fassen und würden diese [...] ⁵⁷ [...] oder sogar [...] umfassen (siehe dazu Rz 70 f.). Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage wird davon ausgegangen, dass der Marktanteil von A. und B. in keinem relevanten Markt die Schwelle von 25 % überschreitet (vgl. unten Rz 109).

II.6 (Keine) Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

76. Abreden, welche wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG).

77. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt und schon ein geringes

Mass ausreichend ist, um die Erheblichkeit zu bejahen. ⁵⁸ Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (sog. «harte» Abreden) sind dabei grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen. Eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei solchen Abreden nicht erforderlich. Zudem sind weder tatsächliche Auswirkungen noch eine Umsetzung nötig. ⁵⁹ Diese Rechtsprechung hat das BGE mehrfach bestätigt. ⁶⁰ Liegt keine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor, ist die Abrede nur dann als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen, wenn die Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien ergibt, dass kein Bagatellfall vorliegt. ⁶¹

II.6.1.1 Geschäftspartnerabreden

78. Soweit der Co-Distributionsvertrag Geschäftspartnerabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG enthält (siehe oben Rz 58 ff.), stellt sich die Frage, ob diese wegen der Gaba-Rechtsprechung als grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung anzusehen sind. Gemäss der Gaba-Rechtsprechung (Rz 77) ist dies zu bejahen, weil vorliegend kein Bagatellfall ersichtlich ist. Im Schrifttum wird indes teilweise vertreten, dass für harte Wettbewerbsabreden im Rahmen von F&E-Vereinbarungen der Grundsatz der Erheblichkeit durchbrochen werden müsse, zumindest dann, wenn diese nach der F&E-GVO freigestellt sind. ⁶²

79. Für eine solche Durchbrechung spricht, dass gemäss Sekretariatspraxis bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG eine Durchbrechung des Grundsatzes möglich ist,

⁵³ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen ist der Preis [...] <[...]> (9.4.2025).

⁵⁴ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen können [...] vgl. etwa <[...]> (9.4.2025).

⁵⁵ Vgl. etwa RPW 2021/4, 867 Rz 74, *Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG*; RPW 2015/1, 113 Rz 60, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁵⁶ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen [...] <[...]> (9.4.2025).

⁵⁷ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen [...] vgl. etwa <[...]> (9.4.2025).

⁵⁸ Zum Ganzen: BGE 143 II 297 E. 5.1, 5.2 und 5.6, *Gaba*; BGE, 2C 113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*, wonach eine umfassende und differenzierte Beurteilung von Wettbewerbsabreden nicht Gegenstand von Art. 5 Abs. 1 KG ist.

⁵⁹ BGE 143 II 297 E. 5.4.2, *Gaba*, bestätigt in BGE 144 II 194 E. 4.3.2, *BMW*.

⁶⁰ BGE 144 II 194 E. 4.3, *BMW*; BGE 144 II 246 E. 10.3, *Altimum*; BGE, 2C 39/2020 vom 3.8.2022 E. 8.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 521), *Diffulivre*; BGE 147 II 72 E. 6.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE, 2C 101/2016 vom 18.5.2018 E. 10.1, *Altimum*; BGE, 2C 1016/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG*; BGE, 2C 1017/2014 vom 9.10.2017 E. 3.1 und 3.3, *Baubeschläge/KOCH Group AG*.

⁶¹ Bspw. RPW 2020/4a, 1827 Rz 513, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2018/4, 835 Rz 142, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII*; vgl. auch BVerfG, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.3.2, *ASCOPA*; RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 5 N 201; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 173 m. w. H.

⁶² Vgl. etwa BSK KG-MEINHARDT/STEBLER/BREMER (Fn 12), Art. 6 N 18.

wenn die konkrete Abrede typischerweise nicht zwingend wettbewerbsfeindlich ist.⁶³ So erkannte das Sekretariat an, dass bei Einkaufskooperationen der Grundsatz, wonach Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG den Wettbewerb grundsätzlich erheblich beeinträchtigen, durchbrochen wird.⁶⁴ Vorliegend geht es um eine F&E-Kooperation, die nicht zwingend wettbewerbsfeindlich ist (siehe Rz 41). Wäre dementsprechend der *Gaba*-Grundsatz zu durchbrechen, so wäre betreffend die vorliegenden harten Wettbewerbsabreden eine Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien durchzuführen.

80. In qualitativer Hinsicht wäre sodann zu berücksichtigen, dass die vorliegenden Geschäftspartnerabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG als schwerwiegend anzusehen sind. Ob deshalb vorliegend in Bezug auf die Geschäftspartnerabreden eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bejahen wäre, kann mangels hinreichender Angaben in der Beratungsanfrage zu quantitativen Kriterien nicht abschliessend beurteilt werden. Denn es fehlt namentlich an Angaben zum Ausmass des Ausseiwettbewerbs (vgl. oben Rz 75 und unten Rz 95, 100), wobei gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage davon ausgegangen wird, dass der Marktanteil von A. und B. in keinem relevanten Markt die Schwelle von 25 % überschreitet (vgl. unten Rz 109). Letztlich kann die Frage, ob der Grundsatz der Erheblichkeit von harten Wettbewerbsabreden für harte Abreden im Rahmen von F&E-Kooperation durchbrochen wird und eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, jedoch offengelassen werden. Denn die Geschäftspartnerabreden im Co-Distributionsvertrag sind jedenfalls gerechtfertigt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG und damit kartellgesetzlich zulässig (siehe unten Rz 101 ff.).

II.6.1.2 Sonstige Vereinbarungen des Co-Distributionsvertrags

81. Der Co-Distributionsvertrag enthält über die Geschäftspartnerabreden hinaus weitere Regelungen, welche zumindest objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (siehe oben Rz 43 f.). Zu nennen sind der Informationsaustausch zwischen A. und B. (Rz 12 f.) und die Zusammenarbeit im Joint Committee (Rz 14) sowie die Regelungen zu Immaterialgüterrechten (Rz 18) (nachfolgend zusammen: sonstige Vereinbarungen).

82. Für diese sonstigen Vereinbarungen, welche nicht unter einen Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, ist im Rahmen einer Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu prüfen, ob sie eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen.⁶⁵ Diese Kriterien verhalten sich wie ein «bewegliches System»⁶⁶ bzw. wie zwei kommunizierende Röhren: je gewichtiger das eine Element ist, desto weniger kommt es auf das andere an.⁶⁷ Die Gesamtbetrachtung erfolgt einzelfallweise. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.⁶⁸

II.6.1.2.1 Relevante Märkte

83. Um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beurteilen, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher und allenfalls zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. Indes kann im Rahmen dieser Beratung mangels hinreichender Sachverhaltsangaben im Beratungsschreiben und Kenntnissen des Wirtschaftsbezugs, in dem A. und B. tätig sind, keine definitive Marktabgrenzung erfolgen (siehe auch oben Rz 69 ff.).

84. Entsprechend der obigen Ausführungen wird im Sinne einer Arbeitshypothese nachfolgend in sachlicher Hinsicht der Markt weiter abgegrenzt als es A. in ihrer Beratungsanfrage tut. Angenommen wird in sachlicher Hinsicht ein Markt [...] (siehe oben Rz 70 f.). In räumlicher Hinsicht dürfte zu unterscheiden sein zwischen nationalen Märkten, soweit es um den Verkauf direkt an Konsumentinnen und Konsumenten geht («B2C»), sowie mindestens nationalen Märkten, sofern A. und B. [das Produkt X] an [...] Unternehmen verkaufen («B2B») (siehe oben Rz 72).

85. Letztlich kann die konkrete Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung zweifelhaft ist, ob die sonstigen Vereinbarungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen (siehe unten Rz 86 ff., 94 ff., 98 ff.), und da die Beschränkungen gemäss Co-Distributionsvertrag jedenfalls gerechtfertigt sind nach Art. 5 Abs. 2 KG (siehe unten Rz 101 ff.).

II.6.1.2.2 Qualitative Kriterien

86. Im Hinblick auf die Prüfung der qualitativen Kriterien sind die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen.⁶⁹

⁶³ RPW 2022/2, 314 Rz 81 m. w. N., internationale Einkaufskooperation. Für Dauer-Arbeitsgemeinschaften hat das Sekretariat offengelassen, ob der Grundsatz der Erheblichkeit von harten Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG durchbrochen wird; vgl. RPW 2021/1, 121 Rz 188 f., *Dauer-ARGE*.

⁶⁴ Siehe Nachweis in Fn 63.

⁶⁵ Bspw. RPW 2020/4a, 1827 Rz 513, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2018/4, 835 Rz 142, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII*; vgl. auch BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.3.2, *ASCOPA*; RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 5 N 201; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 173 m. w. H.

⁶⁶ ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29.6.2015, N 16 und 59.

⁶⁷ BGE 143 II 297 E. 5.2.2, *Gaba*, bestätigt in BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 7.3.1, *Hallenstadion*.

⁶⁸ RPW 2020/3a, 1117 Rz 1271 ff., *Bauleistungen See-Gaster*. Vgl. auch Art. 14 lit. b der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12.12.2022, <www.weko.admin.ch> Rechtliches/Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen (9.4.2025).

⁶⁹ RPW 2022/1, 224 Rz 1580, *Abreden im Bereich Luftfracht*; RPW 2020/4a, 1827 Rz 514, *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2020/3a, 1117 Rz 1272, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2016/3, 739 Rz 131, *Saiteninstrumente*; RPW 2015/2, 179 Rz 112, *Interchange Fees II*; RPW 2013/2, 194 Rz 258, *Spedition*; RPW 2012/1, 105 Rz 175, *Hallenstadion*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4.2.3, *ASCOPA*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 187.

Ad Informationsaustausch ([...] Co-Distributionsvertrag)

87. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd sein.⁷⁰ Die Beurteilung eines Informationsaustausches macht daher stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.⁷¹ Der Austausch von Informationen ist generell umso problematischer, je häufiger der Austausch stattfindet, je aktueller die ausgetauschten Informationen sind, je geringer der Aggregierungsgrad ist und je vertraulicher die ausgetauschten Daten sind.⁷²

88. Vorliegend werden insbesondere «schriftliche und aussagekräftige Reports über die Umsatzergebnisse» betreffend den Verkauf des [Produkts X] ausgetauscht (Rz 12). Auch können Informationen zur Marktlage und -entwicklung für das [Produkt X] in ihrem jeweiligen Kanal ausgetauscht werden und die Unternehmen dürfen sich gegenseitig auditieren (Rz 13). Auch im Joint Committee kommt es bei der Erfüllung der Aufgaben zu einem Austausch von geschäftlichen Informationen über den Vertrieb des [Produkts X] (vgl. Rz 14).

89. Bei den ausgetauschten Informationen handelt es um geheime, nicht-aggregierte, strategisch bedeutsame Informationen, die in einer gewissen Regelmässigkeit ausgetauscht werden. Diese Informationen könnten namentlich Bedeutung haben für die Preissetzung der Vertragsparteien sowie den Wettbewerb um Kundinnen und Kunden. Dies spricht grundsätzlich eher für einen nach qualitativen Kriterien schwerwiegendere Wettbewerbsbeeinträchtigung. Indes ist zu beachten, dass die ausgetauschten Umsatzergebnisse nicht weiter nach Menge, Verpackungsgrösse und/oder Preisen aufgeschlüsselt werden ([...] Co-Distributionsvertrag). Darüber hinaus dienen sämtliche ausgetauschten Informationen dazu, den effizienten Vertrieb im Rahmen der F&E-Kooperation zu gewährleisten. Es kommt hinzu, dass im Rahmen dieses gemeinsamen Vertriebs grundsätzlich Preiswettbewerb vorgesehen ist sowie kein absoluter Kunden- oder Gebietsschutz vereinbart ist (vgl. oben Rz 56, 60). Zudem erfasst der Informationsaustausch einzig den Vertrieb des [Produkts X], mithin nur ein Produkt [...] und nicht das gesamte Sortiment von B. und A.

90. Insgesamt ist der vorliegende Informationsaustausch daher in qualitativer Hinsicht nicht als schwerwiegend anzusehen. Zu beachten ist, dass dies nur gilt, soweit A. und B. die im Co-Distributionsvertrag vorgesehenen Möglichkeiten zum Informationsaustausch nicht zweckwidrig nutzen. A. und B. sollten namentlich sicherstellen, dass nur solche Informationen ausgetauscht werden, welche für den effizienten aufgeteilten Vertrieb des [Produkts X] im Rahmen des Co-Distributionsvertrags unbedingt notwendig sind.⁷³

Ad Beschränkungen des Innovationswettbewerbs (Beschränkungen [...] Co-Distributionsvertrag)

91. Durch die Regelungen zu Immaterialgüterrechten (Rz 18) könnten A. und B. allenfalls den Innovationswettbewerb untereinander sowie im Verhältnis zu anderen Unternehmen beschränken, weil die Nutzung von eigenen Erfindungen ein Stück weit beschränkt wird.

92. Dabei ist wahrscheinlich, dass Innovationen im Bereich [...] bedeutsam sind.⁷⁴ Die Regelungen im Co-Distributionsvertrag zu den Immaterialgüterrechten sind

dabei jedoch sachlich begrenzt, da sie im Wesentlichen einzig den Bereich der Entwicklung [Produkts X] betreffen, womit die Vertragsparteien für ihre sonstigen Tätigkeiten frei bleiben, und auch nur bestimmte [Immaterialgüterrechte] einzig einer Vertragspartei gehören sollen (vgl. Rz 18).

93. Insgesamt sind daher auch die allenfalls den Innovationswettbewerb beschränkenden Vereinbarungen in qualitativer Hinsicht nicht als schwerwiegend anzusehen.

II.6.1.2.3 Quantitative Kriterien

94. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m. a. W. welches «Gewicht» die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (z.B. Marktanteile, Umsätze etc.).⁷⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es dabei aus, dass die Abredeteilnehmerinnen zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten.⁷⁶ Bei der Prüfung, wie stark die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb beeinträchtigt, sind der aktuelle und potenzielle Wettbewerb durch Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligen (Aussenwettbewerb), sowie der zwischen den Abredeteilnehmerinnen verbliebene Innenwettbewerb massgebend.

95. Zum Gewicht des aktuellen und potentiellen Aussenwettbewerbs im Bereich [...] enthält die Beratungsanfrage keine substantiierten Ausführungen. Öffentlich zugänglichen Quellen ist zu entnehmen, dass es neben B. zahlreiche weitere Anbieterinnen von [Produkten] gibt, von denen einige über bedeutende Marktpositionen verfügen.⁷⁷ Noch grösser wäre die Konkurrenz durch weitere Unternehmen, wären die relevanten Märkte in sachlicher Hinsicht weiter zu fassen und [...] oder [...] sogar [...] umfassen (siehe oben Rz 70 f., 73 ff.). Das konkrete

⁷⁰ Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 13), Art. 4 N 150 m. w. N.

⁷¹ Vgl. dazu etwa RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 ff., *Praxis im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsensmargen*; RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., ASCOPA; RPW 2016/4, 916 ff., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; RPW 2020/4a, 1828 ff. Rz 517 ff., *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2021/3, 620 f. Rz 15 ff., *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

⁷² Vgl. dazu insbesondere BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4 m. w. N., ASCOPA.

⁷³ Vgl. auch Horizontal-Leitlinien (Fn 26), Rz 152 f.

⁷⁴ Vgl. Nachweise in Fn 53 f. sowie etwa <[...]> (9.4.2025); <[...]> (9.4.2025).

⁷⁵ BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 369, *Hallenstadion*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 9.2.4, *BMW*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.5.1, ASCOPA; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 230; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 12), Art. 5 I LCart N 137.

⁷⁶ BGE 129 II 18 E. 5.2.1, *Buchpreisbindung*; vgl. dazu auch BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.5.1.1, ASCOPA.

⁷⁷ Vgl. Nachweise in Fn 53 f.

Ausmass des Aussenwettbewerbs kann mangels Angaben dazu in der Beratungsanfrage jedoch nicht festgestellt werden. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage wird davon ausgegangen, dass der Marktanteil von A. und B. in keinem relevanten Markt die Schwelle von 25 % überschreitet (vgl. unten Rz 109).

96. Zudem herrscht zwischen A. und B. beim Verkauf [des Produkts X] Innenwettbewerb (siehe auch Rz 74). So sind A. und B. in der Preissetzung für [das Produkt X] frei (Rz 15, 56) und passive Verkäufe des [Produkts X] an Kundschaft aus den der jeweils anderen Vertragspartei zugewiesenen Vertriebskanälen bleiben möglich (Rz 11, 60). Zudem ist zu beachten, dass sich die Kooperation einzig auf den Vertrieb [Produkts X] bezieht. Die übrigen Sortimente von B. und A. sind von der Kooperation nicht erfasst, weshalb davon auszugehen ist, dass auch in diesen anderen Bereichen Innenwettbewerb herrscht, sofern A. und B. dort überhaupt Konkurrentinnen sind.

97. Insgesamt scheint bedeutsamer Innenwettbewerb zu bestehen. Ob die Abrede daher nach quantitativen Kriterien als unbedeutend anzusehen ist, muss jedoch mit Blick auf das Fehlen substantiierter Angaben zum Ausmass des Aussenwettbewerbs offengelassen werden.

II.6.1.2.4 Gesamtbeurteilung und Fazit

98. Die Gesamtbeurteilung, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt oder nicht, hat wie erläutert einzelfallweise unter Berücksichtigung aller qualitativen und quantitativen Aspekte zu erfolgen (siehe Rz 82).

99. Die vorliegenden sonstigen wettbewerbsrelevanten Vereinbarungen des Co-Distributionsvertrags (siehe oben Rz 81) sind nach qualitativen Kriterien nicht als schwerwiegend anzusehen (vgl. Rz 86 ff.). Kommt hinzu, dass zwischen den Abredeteilnehmerinnen bedeutsamer Innenwettbewerb herrscht und sie – selbst bei einer engen sachlichen Marktabgrenzung – beim Vertrieb des [Produkts X] in einigem Ausmass Aussenwettbewerb ausgesetzt sind (vgl. Rz 94 ff.).

100. Je nach Bedeutung der Aussenwettbewerber wäre folglich die Erheblichkeit der sonstigen wettbewerbsrelevanten Klauseln des Co-Distributionsvertrags zu verneinen. Da das genaue Ausmass des Aussenwettbewerbs im Rahmen der Beratung nicht festgestellt werden kann (vgl. Rz 95), muss die Frage, ob die sonstigen Vereinbarungen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen, offengelassen werden. Die sonstigen Vereinbarungen sind indessen, genauso wie die Geschäftspartnerabreden, nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt (siehe sogleich Rz 101 ff.).

II.7 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

101. Zu prüfen ist damit, ob die Geschäftspartnerabreden (siehe oben Rz 58 ff., 78 f.) sowie die sonstigen Vereinbarungen des Co-Distributionsvertrags (siehe oben Rz 81) gerechtfertigt sind.

102. Wettbewerbsabreden, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, 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.

II.7.1 Berücksichtigung des Ergebnisses nach EU-Wettbewerbsrecht

103. Das Kartellgesetz sieht vor, dass in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen Abreden über die Zusammenarbeit bei der Forschung und Entwicklung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a KG). Eine solche Regelung ist bislang nicht ergangen.

104. Wie bereits erläutert, hat das Bundesgericht wiederholt die Bedeutung des EU-Wettbewerbsrechts für die Prüfung eines konkreten Falles nach dem Kartellgesetz betont.⁷⁹ Danach ist das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur rechtsvergleichend – im Sinne eines zu berücksichtigenden Auslegungselementes – zu respektieren. Denn die rechtsvergleichende Auslegung würde erlauben, dass dem daraus folgenden Resultat nicht gefolgt werden muss, obwohl der Gesetzgeber dies in Bezug auf die Regelungen von Art. 5 und 7 KG im Grundsatz gerade wollte.⁸⁰ Gemäss Bundesgericht könne daher davon ausgegangen werden, dass im Grundsatz gleiche Sachlagen nach beiden Rechtsordnungen materiell-rechtlich gleich beurteilt werden sollen.

105. Für die hier zu prüfende Frage ist vom vorstehenden Grundsatz auszugehen. Eine solche Vorgehensweise gewährleistet Rechtssicherheit sowie ein «level playing field» für international tätige Unternehmen. Damit kann vorliegend das Ergebnis der Prüfung nach der F&E-GVO berücksichtigt werden.

106. Nach dem von A. und B. in Auftrag gegebenen Gutachten ist die gesamte F&E-Kooperation, inkl. der gemeinsamen Verwertung des [Produkts X] im Rahmen des koordinierten Vertriebs, freigestellt nach der F&E-GVO und damit nach EU-Wettbewerbsrecht gerechtfertigt und zulässig (siehe oben Rz 4 ff.). Dies steht unter dem Vorbehalt von gewissen Anpassungen (Rz 5 ff.). Wie bereits erläutert (Rz 8), teilte A. mit der Beratungsanfrage mit, dass die sich aus dem Gutachten ergebenden Vertragsanpassungen umgesetzt und nach Erhalt

⁷⁸ Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen [...]; vgl. etwa <[...]> (9.4.2025).

⁷⁹ Siehe dazu und zum Folgenden: BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe*; BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*, BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL II*.

⁸⁰ Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, *Publigroupe*; BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*, BGE 146 II 217 E. 4.3, *Preispolitik Swisscom ADSL II*.

des Beratungsschreibens des Sekretariats unterzeichnet würden. Einzig auf die wortwörtliche Umsetzung der Empfehlung betreffend die Vereinbarung einer Prüfung der gemeinsamen Marktanteile verzichte man, da das den Vertrieb des [Produkts X] überwachende Joint Committee ohnehin die Marktanteile regelmässig überprüfen werde.

107. Das Sekretariat geht davon aus, dass durch die von A. angekündigten Anpassungen und Verhaltensweisen in Bezug auf die Prüfung des künftigen Marktanteils die Empfehlungen des Gutachtens umgesetzt werden. Ohne die Freistellung nach der F&E-GVO selbst zu prüfen, setzt das Sekretariat gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage bei der nachfolgenden Prüfung voraus, dass der Co-Distributionsvertrag nach der F&E-GVO freigestellt und damit nach EU-Wettbewerbsrecht zulässig ist. Hinzuweisen ist einzig auf zwei Punkte.

108. Der Umstand, dass das Sekretariat die Aufteilung der Vertriebskanäle als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen auf Händlerstufe tätigen Unternehmen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert (siehe oben Rz 51 f., 58 ff.), führt nicht dazu, dass deshalb A. und B. als Wettbewerberinnen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 F&E-GVO anzusehen sind. Denn die F&E-GVO stellt betreffend die freistellungsbegründende Marktanteilsschwelle auf die Tätigkeit der zusammenarbeitenden Unternehmen im Produktmarkt vor der Eingehung der Kooperation ab. Für die kartellgesetzliche Beurteilung der Aufteilung der Vertriebskanäle durch den Co-Distributionsvertrag ist aber auf die künftige Tätigkeit von A. und B. beim koordinierten Vertrieb des [Produkts X] massgebend (vgl. Rz 48 ff.). Sofern die Annahme des Gutachtens zutrifft, dass in sachlicher Hinsicht von einem Markt für [...] auszugehen ist (siehe dazu Rz 49 sowie Rz 70 f.), sind A. und B. also tatsächlich nicht als Wettbewerber im Sinne von Art. 6 Abs. 2 F&E-GVO anzusehen. Die allfällige Überschreitung der Marktanteilsschwelle von 25 % wird damit frühestens nach sieben Jahren ab dem Inverkehrbringen des [Produkts X] relevant (Art. 6 Abs. 3–5 F&E-GVO).

109. Mangels hinreichender Sachverhaltsangaben im Beratungsschreiben und Kenntnissen des Wirtschaftsbezirks, in dem A. und B. tätig sind, ist eine abschliessende Marktabgrenzung nicht möglich (vgl. Rz 69 ff.). An dieser Stelle ist daher erneut darauf hinzuweisen, dass der relevante Markt in sachliche Hinsicht allenfalls weiter abzugrenzen sein könnte und [...] oder sogar zusätzlich von [...] umfassen könnte (vgl. Rz 70 f.). In diesem Fall wären B. und A. als Wettbewerber im Sinne von Art. 6 Abs. 1 F&E-GVO anzusehen, weil A. als Anbieterin von [...] dann auch schon vor der Eingehung der F&E-Kooperation auf den relevanten Märkten tätig gewesen wäre (Rz 49 f.). Diesfalls würde die Freistellung nach der F&E-GVO voraussetzen, dass der gemeinsame Marktanteil von A. und B. im Produktmarkt unter 25 % läge. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage wird für diese Beratung davon ausgegangen, dass diese Schwelle derzeit nicht überschritten ist.

II.7.2 Prüfung von Art. 5 Abs. 2 KG

110. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist der Co-Distributionsvertrag gestützt auf die Angaben in

der Beratungsanfrage nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt.

111. Gemäss Kartellgesetz ist für eine Rechtfertigung Voraussetzung, dass erstens einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt. Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens darf keine Möglichkeit bestehen, dass die geprüfte Wettbewerbsabrede wirksamen Wettbewerb beseitigt.⁸¹

II.7.2.1 Rechtfertigungsgründe

112. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass der Co-Distributionsvertrag dazu dient, die Vertriebskosten durch die Konzentrierung auf die jeweils eigenen bestehenden Vertriebsnetze nicht steigen zu lassen, bestehende Produkte [...] zu verbessern und effizient vertreiben zu können sowie (indirekt) dazu, Forschung und Entwicklung zu ermöglichen. Dabei handelt es sich um Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG (siehe oben Rz 102).

II.7.2.2 Notwendigkeit der Abrede

113. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein.⁸² Notwendig ist die Abrede dann, wenn die Abrede erstens geeignet ist, das Effizienzziel zu erreichen (Geeignetheit), es zweitens kein milderes Mittel gibt, welches zur Erreichung des Ziels gleich geeignet ist (Erforderlichkeit), und drittens die Abrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigt (Angemessenheit).⁸³

114. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass die Regelungen des Co-Distributionsvertrag dazu geeignet sind, Produkte zu verbessern ([...]), den Vertrieb im Rahmen bestehender Vertriebsnetze effizient zu gestalten sowie dadurch Forschung und Entwicklung zu ermöglichen. Gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage sind auch keine milderen Mittel zur Erreichung dieser Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Namentlich ist anzunehmen, dass ein Ausbau des Vertriebsnetzes von A. und B. auf die jeweils der anderen Vertragspartei zugewiesenen Vertriebskanäle zu Doppelspurigkeiten und höheren Kosten führen würde. Indem dies vermieden wird, ermöglicht der Co-Distributionsvertrag die F&E-Kooperation zwischen A. und B.

⁸¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG sowie vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4, *Buchpreisbindung*; BVGer, B-4596/2019 vom 5.6.2023 E. 6.4.1 f., *Leasing/CA Auto Finance*; BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.6.1 m.w.H., *ASCOPA*; RPW 2020/3a, 1122 Rz 1305 ff., *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FtH Freiburg*.

⁸² BGE 144 II 246 E. 13.5.3, *Altimum*; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 12), Art. 5 N 332.

⁸³ Vgl. zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 7.1, *Gaba*; BGE 147 II 72 E. 7.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; zur Erforderlichkeit auch BGE 129 II 18 E. 10.4, *Buchpreisbindung*.

115. Auch ist nicht von einer übermässigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen. Denn gestützt auf die Angaben in der Beratungsanfrage ist namentlich anzunehmen, dass der Co-Distributionsvertrag nur den Vertrieb [Produkts X] betrifft und selbst diesbezüglich beim gemeinsamen Vertrieb im bedeutendem Ausmass Innenwettbewerb und auch ein gewisser Aussenwettbewerb herrscht (vgl. Rz 73 ff. 94 ff.).

II.7.2.3 Keine Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

116. Der Begriff der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist zu verstehen wie in Art. 5 Abs. 1 KG. Anders als dort setzt Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG jedoch nicht voraus, dass eine Beseitigung vorliegt; vielmehr genügt es hier, wenn die Möglichkeit dazu eröffnet wird.⁸⁴ Es reicht also aus, wenn die Wettbewerbsabrede den Abredeteilnehmerinnen die Möglichkeit verschafft, den wirksamen Wettbewerb in der Zukunft zu beseitigen.⁸⁵ Ob diese Möglichkeit besteht, bestimmt sich aus objektiver Sicht und hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falls ab.

117. Mit Blick auf den gemäss Beratungsanfrage zu erwartenden Innen- und Aussenwettbewerb beim Vertrieb des [Produkts X] ist nicht ersichtlich, dass der vorliegende Co-Distributionsvertrag den Parteien derzeit die Möglichkeit verschafft, den wirksamen Wettbewerb künftig zu beseitigen (vgl. Rz 73 ff. 94 ff.).

II.7.3 Zwischenergebnis

118. Der Co-Distributionsvertrag ist also nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt, was gemäss den Angaben von A. auch dem Ergebnis der Prüfung nach EU-Wettbewerbsrecht entspricht.

III. Zusammenfassung

119. Im Ergebnis ist der vorgelegte Co-Distributionsvertrag als kartellgesetzlich zulässig anzusehen. Zwar stellt er eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welcher u. a. Geschäftspartnerabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG enthält und allenfalls den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Der Co-Distributionsvertrag ist indessen gerechtfertigt nach Art. 5 Abs. 2 KG.

120. Hinzuweisen ist abschliessend darauf, dass bei der vorstehenden Beurteilung folgende Umstände gemäss Angaben in der Beratungsanfrage vorausgesetzt wurden:

- Die vorliegende F&E-Kooperation zwischen A. und B. ermöglicht die Entwicklung und Herstellung sowie den effizienten Vertrieb des [Produkts X].
- A. und B. waren vor dem Inverkehrbringen des [Produkts X] nicht auf denselben relevanten Märkten tätig (vgl. Rz 108) bzw. hatten – sofern doch – einen gemeinsamen Marktanteil auf den relevanten Märkten von unter 25 % (vgl. Rz 109).
- Die Empfehlungen des eingereichten Gutachtens werden, so wie von A. angekündigt (vgl. Rz 8), umgesetzt.

⁸⁴ Vgl. auch BBI 1995 I 468, 561, wonach bei Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG nicht nur der aktuelle Zustand der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen ist, sondern auch die sich aus der Wettbewerbsabrede ergebende zukünftige Entwicklung. Wie hier auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 13), Art. 5 N 328. Diese Differenz übergehend hingegen BGE 144 II 246 E. 13.1, *Altimum*, und CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 12), Art. 5 I LCart N 341, indem sie die Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG ohne weitere Prüfung als gegeben erachten, wenn die Vermutungsfolge der Vermutungstatbestände widerlegt worden ist.

⁸⁵ Dazu und zum Folgenden: CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 12), Art. 5 I LCart N 337; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 13), Art. 5 N 328.

B 2

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Blocking Patent

Décision du 7 octobre 2024 en l'affaire enquête 32-0278 selon l'art. 27 LCart concernant *Blocking Patent* relative à un abus d'une entreprise en position dominante selon l'art. 7 LCart.

Parties:

1. **Novartis AG**, à Bâle,
2. **Novartis Pharma AG**, à Bâle,
représentées par [...]

A Procédure

A.1 Objet de l'enquête

1. La présente enquête fait suite à une dénonciation déposée par Eli Lilly and Company (précisément par Eli Lilly [Suisse] SA, ci-après pour les deux Lilly ou la dénonciatrice) à l'encontre de Novartis AG et de Novartis Pharma AG (ci-après ensemble Novartis, lorsque la référence à une entreprise en particulier n'est pas nécessaire) en raison d'un abus de position dominante. Elle vise à déterminer si Novartis a acquis et utilisé abusivement un brevet d'invention de façon à faire interdire la vente d'un médicament concurrent contre le psoriasis au moyen d'actions fondées sur le droit des brevets. Un tel abus pourrait constituer un cas de brevet de blocage et violer l'art. 7 al. 2 let. e LCart¹.

A.2 Destinataires de l'enquête

2. L'enquête a été ouverte à l'encontre des entreprises suivantes:

Novartis AG: entreprise domiciliée à Bâle, il s'agit de la maison-mère de Novartis Pharma AG. Novartis AG était partie dans le cadre de la procédure d'opposition au brevet EP 2 784 084 devant l'Office européen des brevets (cf. N 17).

Novartis Pharma AG: entreprise domiciliée à Bâle, il s'agit de l'entreprise qui a acquis le portefeuille de brevets auprès de l'entreprise Genentech Inc. (ci-après Genentech; cf. N 17).

3. Les deux entreprises appartiennent au groupe pharmaceutique suisse Novartis.

A.3 Déroulement de la procédure

4. Le 6 décembre 2021, Lilly a fait parvenir au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après Secrétariat) le résumé du projet de plainte qui devait être déposé par devant les autorités européennes de la concurrence dans les jours qui suivaient.

5. Le 21 décembre 2021, Lilly a déposé un projet de dénonciation à l'intention des autorités suisses de la concurrence, de même qu'une requête de mesures provisionnelles. Figurait parmi les annexes le projet de dénonciation du 7 décembre 2021 déposé devant les autorités européennes de la concurrence. Le 14 janvier 2022, Lilly a complété sa dénonciation par l'envoi d'une annexe supplémentaire.

6. Le 16 février 2022, Lilly a déposé le projet révisé de dénonciation envoyé le 14 février 2022 aux autorités européennes de la concurrence. Le 15 mars 2022, Lilly a complété sa dénonciation par l'envoi d'une annexe supplémentaire.

7. Le 13 mai 2022, Lilly a déposé une version actualisée de son projet de dénonciation du 21 décembre 2021, assorti d'une requête de mesures provisionnelles. Le 5 septembre 2022, Lilly a complété son projet de dénonciation par l'envoi de deux annexes supplémentaires.

8. Le 12 septembre 2022, le Secrétariat a ouvert une enquête, d'entente avec un membre de la Présidence de la Commission de la concurrence (ci-après COMCO), à l'encontre de Novartis AG et Novartis Pharma AG. Cette procédure a été ouverte en coopération avec la Commission européenne en se fondant sur l'accord bilatéral² entre la Suisse et l'Union européenne. Sur la base du mandat de perquisition délivré le 12 septembre 2022 par le Président de la COMCO en charge à l'époque, le Secrétariat a mené les 13 et 14 septembre 2022 une perquisition dans les locaux de Novartis, à Bâle. L'ouverture de l'enquête a été communiquée à Novartis à cette occasion. Au cours de la perquisition et dans les semaines qui ont suivi, le Secrétariat a procédé à neuf auditions de témoins et à deux auditions de parties.

¹ Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

² Accord du 17.5.2013 entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1).

9. Le 13 septembre 2022, le Secrétariat a fait parvenir à Roche Holding AG (ci-après Roche) un questionnaire portant sur la vente du portefeuille de brevets par l'entreprise Genentech, laquelle fait partie de son groupe de sociétés (cf. N 64).

10. Le 19 septembre 2022, Lilly a fait parvenir au Secrétariat la version définitive de sa dénonciation, datée du 16 septembre 2022, de même qu'une requête de mesures provisionnelles.

11. Le 11 octobre 2022, l'ouverture de l'enquête a été publiée dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce. Par courrier daté du 21 octobre 2021 (sic !), Lilly a déposé une demande de pouvoir participer à la procédure en tant que partie. Suite à un accord intervenu entre Novartis et Lilly le 27 octobre 2022, Lilly a informé le Secrétariat par courrier du 2 novembre 2022 qu'elle retirait sa demande de participation à la procédure, de même qu'elle retirait tant sa dénonciation définitive du 16 septembre 2022 que sa requête de mesures provisionnelles.

12. Le 11 juillet 2024, le Secrétariat a envoyé son projet de décision aux parties. Ces dernières ont pris position par courrier du 12 septembre 2024. Le 7 octobre 2024, la COMCO a rendu la présente décision.

B État de fait

B.1 Le psoriasis

B.1.1 La maladie

13. Le psoriasis est une maladie chronique auto-immune, inflammatoire et non contagieuse qui affecte la peau, le cuir chevelu ou les ongles. Il concerne l'ensemble du corps et se manifeste en général sous forme de plaques rouges présentant une peau épaissie et rugueuse. Cette maladie touche entre 3 et 7 % de la population en Europe et 1 à 3 % de la population mondiale. Environ 15 % des personnes atteintes de psoriasis souffrent également d'une inflammation douloureuse des articulations nommée arthrite psoriasique. Le psoriasis peut être soigné au moyen de traitements topiques (traitements externes et locaux comme crèmes, pommades etc.), de traitements par photothérapie (utilisation de lumière artificielle ultraviolette UVA et UVB), de traitements systémiques non biologiques (substances actives d'origine chimique) ou encore de traitements systémiques biologiques (substances actives d'origine biologique, fabriqués par la biotechnologie). Les traitements systémiques peuvent être pris par voie orale ou par injection sous-cutanée.³

B.1.2 Le traitement

14. Selon Lilly, sur la base d'une ancienne classification, il est possible de faire une distinction entre les cas légers et les cas moyens à graves de psoriasis. Une nouvelle classification datant de 2020 distingue entre les patients qui n'ont besoin que d'une thérapie topique et les patients qui ont recours à un traitement systémique. En se fondant sur le « Psoriasis Area and Severity Index », le degré de gravité du psoriasis est classé en fonction de la région corporelle touchée et de l'intensité des symptômes et va de 0 (aucun symptôme) à maximum 72 (symptômes les plus graves). 15 à 20 % des

patients souffriraient de symptômes graves nécessitant une prise en charge spéciale.⁴

15. Les traitements topiques sont utilisés en général afin de soigner les cas légers de la maladie. Pour les cas de gravité modérée à sévère, les thérapies systémiques sont en principe nécessaires. Ces dernières n'amènent toutefois souvent pas à une rémission durable et ont des effets secondaires notables, ce qui limite leur utilité.⁵

16. Au cours des dernières années, de nouvelles préparations biopharmaceutiques ont amélioré le traitement des patients, notamment ceux concernés par des cas moyens à graves de psoriasis. Selon Lilly, ces préparations biopharmaceutiques se divisent en trois groupes⁶:

a. Les inhibiteurs de TNF-α: médicaments de première génération

La TNF-α est une cytokine, soit une protéine jouant le rôle de signal envoyant des informations entre des cellules du système immunitaire. La TNF-α favorise la réaction inflammatoire et elle est impliquée dans la survenance de maladies auto-immunes comme le psoriasis. Les inhibiteurs de TNF-α ont été autorisés pour la première fois à la moitié des années 2000 pour le traitement du psoriasis (p. ex. *Humira*®, *Remicade*®, *Enbrel*®, *Cimzia*®). Les principes actifs peuvent toutefois avoir des effets contre-productifs dans la mesure où ils ont un effet régulateur sur le système immunitaire. En outre, ils ont une série d'effets secondaires. Des études comparatives démontrent une efficacité limitée de la plupart des inhibiteurs de TNF-α par rapport aux nouveaux médicaments biologiques.

b. Les inhibiteurs d'IL-17: médicaments de deuxième génération

Les médicaments de deuxième génération sont des inhibiteurs d'IL-17 responsable de façon déterminante pour la réaction auto-immune. En 2015, le *Cosentyx*® de Novartis, avec la substance active *Secukinumab* et en 2016, le *Taltz*® de Lilly, avec sa substance active *Ixekinumab*, ont été les premiers inhibiteurs d'IL-17 sur le marché européen. Peu après, le médicament *Kyntheum*® de Leo Pharma, avec la substance active *Brodalumab*, a reçu l'autorisation de l'Agence européenne des médicaments. Il n'est toutefois pas autorisé en Suisse. Le *Bimzelx*® de UCB est en revanche autorisé en Suisse depuis 2022. Enfin, Merck développe également un médicament, avec la substance active *Soneelokimab*, mais qui se trouve encore en phase de développement. Les médicaments de deuxième génération se démarquent par rapport à ceux de première génération par des effets secondaires plus faibles et dans l'ensemble une efficacité significativement plus élevée.

³ Hôpitaux Universitaires Genève, Le Psoriasis - Des réponses à vos questions, <www.hug.ch/sites/interhug/files/documents/psoriasis.pdf> (10.7.24).

⁴ [...].

⁵ [...].

⁶ [...].

c. Les inhibiteurs d'IL-23: médicaments de troisième génération

Les médicaments de troisième génération entravent l'IL-23, qui est responsable de la production d'IL-17. Le premier médicament inhibiteur d'IL-23 pour le traitement du psoriasis est arrivé sur le marché en 2009, déjà avant les inhibiteurs d'IL-17. Il s'agit du *Stelara*®, lequel est significativement moins efficace que les médicaments récemment arrivés sur le marché entre 2017 et 2019, qui sont le *Tremfya*®, l'*Ilumetri*® et le *Skyrizi*®. Des études comparatives indiquent que le *Tremfya*® et le *Skyrizi*® ont des performances semblables au *Cosentyx*® et au *Taltz*®.

B.2 Entreprises impliquées et produits concernés

17. Novartis est un groupe pharmaceutique actif internationalement, avec siège à Bâle. Font notamment partie du groupe les entreprises Novartis AG et Novartis Pharma AG, ayant toutes deux leur siège à Bâle. Novartis AG était partie à la procédure d'opposition devant l'Office européen des brevets (cf. N 65 ss). Elle est la société mère de Novartis Pharma AG, laquelle est la propriétaire du portfolio de brevets acquis auprès de Genentech. Novartis distribue sous le nom de *Cosentyx*® la substance active *Secukinumab*, destinée à traiter les cas de psoriasis. Cette substance est autorisée en Suisse et dans toute l'Europe depuis 2015.

18. Eli Lilly est un groupe pharmaceutique actif internationalement, avec siège principal aux USA. Il est présent en Suisse par le biais de sa filiale Eli Lilly (Suisse) SA, avec siège à Vernier. C'est cette dernière qui a formellement déposé la dénonciation, retirée depuis lors (cf. N 4 ss). Lilly distribue sous le nom de *Taltz*® la substance active *Ixekizumab*, destinée à traiter les cas de psoriasis. Cette substance active est autorisée en Suisse et dans toute l'Europe depuis 2016.

19. Tant le *Cosentyx*® que le *Taltz*® sont des inhibiteurs d'Interleukine, soit des préparations biopharmaceutiques qui sont autorisées pour le traitement du psoriasis. Ils neutralisent les activités pro-inflammatoires de la protéine Interleukine IL-17 et bloquent ainsi des réactions auto-immunitaires extrêmes. Selon la dénonciatrice, ils seraient significativement plus efficaces pour traiter les formes modérées à sévères de psoriasis que les précédentes préparations (cf. N 16).

20. Genentech est une entreprise de biotechnologies avec siège aux USA. Elle appartient au groupe Roche depuis 2009.

B.3 Reproches formulés à l'encontre de Novartis par Lilly

21. Novartis aurait acquis le 23 avril 2020 un portefeuille de brevets et de demandes de brevets auprès de l'entreprise Genentech, portefeuille contenant notamment le brevet européen EP 2 784 084 (ci-après EP 084, cf. N 64 ss). Novartis aurait par la suite utilisé ce brevet dans le but de sauvegarder les parts de marché élevées de son médicament phare, le *Cosentyx*®. Ce médicament, introduit en 2015 sur le marché suisse et européen, aurait été le premier bloqueur d'IL-17 de deuxième génération et aurait ainsi obtenu une part de marché de 100%. Le *Taltz*®, introduit en 2016, aurait fait perdre des

parts de marché à Novartis. Toutefois, comme premier médicament de deuxième génération introduit sur le marché, *Cosentyx*® représenterait toujours l'un des plus importants pour Novartis avec un chiffre d'affaires annuel de 3,9 milliards USD.⁷

22. Novartis aurait acquis le portefeuille de brevets auprès de Genentech quatre ans avant l'expiration du brevet EP 084, uniquement dans le but de l'utiliser juridiquement afin de bloquer le médicament concurrent de Lilly. Pour atteindre cet objectif, Novartis aurait débuté une campagne agressive de procédures judiciaires dans différents pays européens. Elle aurait déposé des actions visant à interdire la distribution du *Taltz*® en Allemagne, Autriche, Italie et Suisse. Dans les trois derniers cas, les demandes étaient assorties de requêtes de mesures provisionnelles. Novartis aurait également intenté une procédure en Irlande, unique lieu de production du *Taltz*® au monde, visant une interruption globale de la production. En sus de ces actions, Novartis aurait également multiplié les requêtes de certificats complémentaires de protection. Le comportement de Novartis aurait été aux antipodes de sa précédente position, défendue durant des années, qui consistait à s'opposer au même brevet alors qu'il était détenu par Genentech, arguant de son absence de validité. Lilly relève en outre qu'afin d'obtenir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*®, l'acquisition d'une licence aurait suffi.⁸

C Considérants

C.1 Champ d'application

C.1.1 Champ d'application personnel

23. 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. 1^{bis} 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.⁹

24. En l'espèce, le groupe Novartis, dont font notamment partie Novartis AG et Novartis Pharma AG, est une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. La LCart est ainsi applicable sur le plan personnel.

C.1.2 Champ d'application matériel

25. Sur le plan matériel, la LCart 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 participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

⁷ [...].

⁸ [...].

⁹ TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (éd.), 2018, art. 2 N 7 et les références citées; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2e éd. 2012, art. 2 N 21 s.

26. La question de savoir si une entreprise use de sa puissance sur le marché au sens d'un abus de position dominante (art. 4 al. 2 LCart)¹⁰ est une question qui fait l'objet de cette procédure. Comme il sera démontré plus loin (cf. N 38 ss), le comportement analysé tombe dans le champ d'application de la LCart.

C.1.3 Champ d'application territorial

27. 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). Comme mentionné ci-dessus, Novartis a intenté une action en Suisse à l'encontre de Lilly suite à son acquisition du brevet EP 084 dans le but allégué d'interdire la distribution du *Taltz*® en Suisse. Ce cas entre dès lors dans le champ d'application territorial de la LCart.

C.1.4 Champ d'application temporel

28. La LCart s'applique aux états de fait qui se sont produits pendant sa période d'application. D'un point de vue temporel, les règles matérielles actuelles de la LCart sont en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996. En l'espèce, ce cas entre dans le champ d'application temporel de la LCart.

C.2 Compétence de la Commission de la concurrence

29. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 1^{re} phrase LCart et les dispositions du règlement interne de la COMCO¹¹. Selon cette disposition, la COMCO prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat.

30. En l'espèce, il s'agit de clôturer une enquête selon l'art. 27 LCart au moyen d'une décision. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO décide sur proposition du Secrétariat sur les mesures à prendre ou sur l'approbation d'un accord amiable. Étant donné qu'aucun autre organe de la COMCO n'est compétent en l'espèce (par exemple selon l'art. 19 al. 1 3^e phrase LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss R-COMCO), c'est la compétence générale de décision qui est pertinente. En l'espèce, c'est donc la COMCO qui est compétente.

C.3 Parties

31. Le sujet de droit au sens du droit des cartels est l'« entreprise » au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, c'est-à-dire une unité économique indépendamment de sa forme juridique ou de son organisation (cf. N 23). Cette « entreprise » n'a aucune personnalité juridique au sens du droit de la procédure administrative,¹² qui s'applique en principe dans le cadre d'une enquête en matière de droit des cartels (art. 39 LCart). Le titulaire des droits (p. ex. droit de consulter le dossier selon l'art. 26 PA) et des obligations (p. ex. obligation de collaborer selon l'art. 13 PA) est bien plutôt la « partie » au sens de l'art. 6 PA. Il en résulte que, dans une procédure de droit des cartels, l'entreprise au sens de la LCart en tant que destinataire matériel de la norme et la partie à la procédure, respectivement le destinataire d'une décision peuvent diverger.¹³

32. La qualité de partie au sens de l'art. 6 PA revient en premier lieu aux personnes dont la décision est amenée à régler les droits ou devoirs au sens de l'art. 5 PA. Ces personnes sont désignées comme étant les destinataires matériels de la décision.¹⁴

33. Étant donné qu'une décision de droit administratif ne peut pas régler directement les droits et obligations de l'« entreprise » au sens du droit des cartels (cf. N 31), sont en pratique qualifiées de destinataires matériels de la décision pour chaque entreprise les personnes qui en étaient responsables au moment de l'infraction examinée.¹⁵ En fait notamment partie la personne (habituellement la société) dont la conformité du comportement au droit de la concurrence est concrètement examinée (société agissant de manière opérationnelle), ainsi que son éventuelle société mère ou la société mère du groupe.¹⁶ Une société détenant actuellement l'entreprise en cause, mais qui ne la détenait pas à l'époque de l'infraction examinée, peut également, à certaines conditions, être destinataire des mesures de la COMCO.¹⁷

34. Au vu de ce qui précède, il convient d'accorder la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA aux entreprises suivantes: Novartis AG (maison-mère) et Novartis Pharma AG (titulaire du portefeuille de brevets acquis de Genentech).

C.4 Prescriptions réservées

35. 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).

¹⁰ Cf. DPC RPW 2001/2, 268 N 79, *Watt/Migros – EEF*; Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995, 472; JÜRIG BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (éd.), 1997, Art. 2 N 14.

¹¹ Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15.6.2015 (Règlement interne COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

¹² DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 9), art. 2 N 19 et 34 et les références citées.

¹³ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.2, DCC; DPC 2021/3, 691 N 31, *Obligation de renseigner*; DPC 2020/3a, 1096 N 1128, *Bauleistungen See-Gaster*; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), 2e éd. 2021, art. 2 N 121.

¹⁴ TF, 9C_918/2009 du 24.12.2009 consid. 4.3.1; TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7.1, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 119 s., DCC; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2007 consid. 4.5, *Publigroupe*.

¹⁵ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et les références citées, DCC; DPC 2020/3a, 1096 N 1129, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/1, 116 N 212, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

¹⁶ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et 7.2.6 et les références citées, DCC; DPC 2004/2, 421 N 67, *Swisscom ADSL*.

¹⁷ TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7 ss, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; DPC 2020/3a, 1099 N 1143 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1835 N 561 ss, *Bauleistungen Graubünden*.

36. La pratique et la jurisprudence considèrent que l'art. 3 al. 2 LCart doit être interprété de façon restrictive, ce qui implique une application large et sans restriction de la loi sur les cartels.¹⁸ L'utilisation des droits de propriété intellectuelle a toujours des effets sur la concurrence, mais ceux-ci ne découlent pratiquement jamais exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle doit être traitée de la même manière que la propriété matérielle en ce qui concerne la possibilité d'examen par le droit des cartels. L'art. 3 al. 2 LCart ne doit donc pas être compris comme une réserve d'application. Il s'agit plutôt de garantir, au moyen de cet article, que les objectifs du droit de la propriété intellectuelle ne soient pas négligés lors d'un examen matériel. Une interprétation restrictive de l'art. 3 al. 2 LCart permet donc de protéger contre les abus, afin d'éviter que les droits de propriété intellectuelle ne soient utilisés à des fins purement restrictives de la concurrence en s'écarter de leur objectif propre.¹⁹

37. Il découle de ce qui précède que la LCart est applicable à l'état de fait retenu et que les reproches formulés à l'encontre de Novartis (cf. N 21 s.) doivent faire l'objet d'un examen matériel afin de déterminer s'ils constituent un abus.

C.5 Pratiques illicites d'une entreprise en position dominante

38. Les entreprises en position dominante se comportent de façon illicite lorsque, en abusant de leur position sur le marché, elles entravent l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Des pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné au cas par cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave, respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.²⁰

39. Dans un premier temps, il convient de déterminer la position dont Novartis dispose sur le marché relevant. Si Novartis doit être qualifiée d'entreprise en position dominante, il conviendra ensuite d'évaluer, dans un deuxième temps, s'il existe une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart.

C.5.1 Position dominante

40. Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) (art. 4 al. 2 LCart). Novartis ne sera pas en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante des autres acteurs du marché si elle est confrontée à une concurrence actuelle et/ou potentielle suffisamment forte ou si l'autre partie au marché est en mesure de discipliner Novartis de manière suffisante en raison de sa position sur le marché. Pour vérifier cela, il convient tout d'abord de définir le marché relevant concerné par la pratique examinée en l'espèce, avant de pouvoir déterminer, dans un deuxième temps, la position de Novartis sur le marché.

C.5.1.1 Marché pertinent

41. Dans le cadre de la définition du marché pertinent selon le droit des cartels, il convient de déterminer – par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE²¹ – 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.²²

42. 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.²³ 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.²⁴ Le point de départ est toujours le comportement concrètement examiné.²⁵

C.5.1.1.1 Partenaires potentiels de l'échange

43. Pour les trois aspects de la délimitation du marché (matériel, géographique, temporel), le point de vue des partenaires potentiels de l'échange est important.²⁶ 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.²⁷ Si les autorités de la concurrence examinent le

¹⁸ TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 81 ss, consid. 528 ss, *Sanktionsverfügung – DCC*; BSK KG-HILTY (n.13), Art. 3 al. 2 N 21 ss; DIKE KG-WEBER (n. 9), Art. 3 N 44 ss.

¹⁹ TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 81 ss et les références citées, *DCC*.

²⁰ TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Publigroupe*; ATF 129 II 497 consid. 6.5.1, *Buchpreisbindung*.

²¹ Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

²² 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*.

²³ 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. 9), Art. 5 N 61 ss; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (n. 13), Art. 4 II N 94; voir p. ex. OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, p. 11.

²⁴ TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 274 et les références citées (entre autres à la pratique européenne), *ADSL II*; 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*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 9), Art. 4 II N 25.

²⁵ 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 et 5.4.3.8, *Leasing/CA Auto Finance*; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 5.3.1.3.2, *ASCOPA*.

²⁶ ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, *Publigroupe*; ATF 141 II 66 consid. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente I*.

²⁷ 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*.

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.²⁸ En revanche, lorsque les effets d'un accord en matière 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.²⁹

44. Dans le cas d'espèce d'un éventuel abus de position dominante, on peut s'interroger si les partenaires potentiels de l'échange ne devraient pas être les médecins qui prescrivent les médicaments contre le psoriasis à leurs patients – plutôt que les patients eux-mêmes³⁰. Cette question peut toutefois rester ouverte compte tenu des développements qui suivent.

C.5.1.1.2 Marché de produits pertinent

45. 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).³¹

46. 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, ainsi que d'autres méthodes permettant de déterminer la substituable 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 substituable s'évalue donc sur la base d'un point de vue concret, éventuellement observable empiriquement.³² Il convient de partir de l'objet concret de l'enquête.³³

47. L'ATC³⁴ est un système de classification à cinq niveaux et est utilisé pour fournir des informations relatives aux médicaments. Le premier niveau indique les groupes thérapeutiques généraux. Dans les niveaux supérieurs (2, 3, 4 et 5), ces groupes thérapeutiques sont encore subdivisés selon des critères médicaux (niveau 1 = groupe principal anatomique, niveau 2 = groupe principal thérapeutique, niveau 3 = groupe principal pharmacologique, niveau 4 = sous-groupe chimique, niveau 5 = substance active). Grâce à sa structure hiérarchique, ce système de classification offre la possibilité de considérer les médicaments de manière différenciée. Des substances similaires peuvent être regroupées de manière judicieuse en fonction de la problématique. Les médicaments d'un même niveau supérieur sont en général des substituts plus proches que ceux d'un niveau inférieur. Parmi les cinq niveaux de classification ATC, le premier niveau (ATC-1) est le plus général alors que le niveau 5 (ATC-5) est le plus détaillé. Pour la délimitation du marché, la classe ATC-3 est la plus souvent utilisée.³⁵

48. Selon Lilly, dans la classification ATC pertinente dans le cas d'espèce, 18 substances actives sont listées, dont 6 sont autorisées en Suisse³⁶. Afin de déterminer la thérapie adéquate pour un patient donné, les médecins prendraient en compte notamment l'efficacité du médicament, le temps de réaction, la sécurité et les cas de comorbidité. Par ailleurs, les médicaments contre le psoriasis devraient être distingués selon qu'ils sont destinés à traiter les cas légers de la maladie, ou les cas modérés à sévères. Une autre distinction serait celle entre les patients nécessitant un traitement topique et ceux nécessitant un traitement systémique. Compte tenu des effets de la maladie et des risques importants de complications pour les patients souffrant de formes sévères, seuls les médicaments les plus performants entreraient en compte. Il conviendrait dès lors de ne considérer à ce stade que le *Cosentyx*®, *Taltz*®, *Skyrizi*® et *Tremfya*®, autorisés en Suisse. Les deux premiers appartiennent à la catégorie des médicaments de deuxième génération, alors que les deux derniers appartiennent à la catégorie des médicaments de troisième génération (cf. N 16). Compte tenu de la rapidité de leurs effets, le marché de produit relevant serait constitué par les médicaments de deuxième génération, soit le *Cosentyx*® et le *Taltz*®. Dans une perspective thérapeutique plus large, le marché relevant couvrirait les produits autorisés en Suisse et destinés à traiter les cas sévères de psoriasis, soit le *Cosentyx*® et le *Taltz*®, ainsi que le *Skyrizi*® et *Tremfya*®.³⁷

²⁸ TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, *ADSL II*.

²⁹ 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*.

³⁰ Dans le cas Hors-liste, relatif à des médicaments soumis à ordonnance mais non remboursés par les assurances-maladie, il s'agissait d'analyser un accord entre d'une part les fabricants de médicaments contre les troubles érectiles et, d'autre part, les médecins dispensants, respectivement les pharmaciens. Alors que la COMCO a considéré que le partenaire potentiel de l'échange était le patient (DPC 2010/4, 670 N 166, Pfizer), le Tribunal administratif fédéral a privilégié le médecin (DPC 2013/4, 723 consid. 5.4.3.1).

³¹ 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*.

³² TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.7, *Leasing/CA Auto Finance*.

³³ 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*.

³⁴ Le Anatomical Therapeutic Chemical Classification System (ATC) ou Système de classification anatomique, thérapeutique et chimique est utilisé pour classer les médicaments. Il a été développé par l'European Pharmaceutical Market Research Association (EPMRA) et le Pharmaceutical Business Intelligence and research Group (PBIRG), <https://www.epmra.org/anatomical-classification> (10.7.2024). En parallèle, l'Organisation mondiale de la santé a également élaboré un classement ATC à cinq niveaux, dans lequel les substances actives sont divisées en différents groupes en fonction notamment de leurs propriétés thérapeutiques, <https://www.who.int/tools/atc-ddd-toolkit/atc-classification> (10.7.24).

³⁵ Cf. DPC 2022/3, 625 ss N 13 ss et les références citées, *CSL Limited/Vifor Pharma AG*.

³⁶ Le Bimekizumab de UCB est autorisé en Suisse depuis le 27 octobre 2022 et commercialisé sous le nom de *Bimzlex*®, portant à sept le nombre de substances actives autorisées en Suisse.

³⁷ [...].

49. Selon Novartis, la délimitation du marché telle qu'opérée par Lilly serait artificielle. Le marché serait bien plus grand et devrait comprendre au moins tous les traitements pour les formes modérées à sévères et cela, indépendamment de leur mécanisme d'action ou de leur mode d'administration.³⁸ Les inhibiteurs d'IL-17 et d'IL-23, ainsi que d'IL-12/23 et les inhibiteurs de TNF appartiennent à cette catégorie. D'autres types d'inhibiteurs pourraient encore entrer en compte. Cette définition du marché se fonderait sur la jurisprudence de l'Union européenne³⁹, la classification ATC, les lignes directrices pour le traitement des cas modérés à sévères du psoriasis, les prescriptions pour lesquelles les médicaments ont reçu une autorisation de mise sur le marché, les études comparatives entre les produits concurrents effectuées par les entreprises pharmaceutiques et le fait que les médecins prescrivent différents médicaments à leurs patients au cours du traitement. Novartis mentionne également des études internes, ainsi que des déclarations publiques de la part de Lilly sur les médicaments contre le psoriasis.⁴⁰

50. Dans le cas d'espèce, même si la classe ATC-3 est le plus souvent utilisée pour délimiter le marché pertinent pour les cas mettant en cause des médicaments, les autorités de la concurrence renoncent à définir définitivement le marché de produits compte tenu de l'issue de la procédure.

C.5.1.1.3 Marché géographique pertinent

51. 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).⁴¹

52. Selon la pratique constante de la COMCO, le marché pour les produits thérapeutiques est national.⁴² Il n'existe en l'espèce aucun motif pour s'écarter de cette pratique.

C.5.1.1.4 Résultat intermédiaire

53. Il ressort des éléments mentionnés ci-dessus que, selon Lilly, le marché devrait être défini de façon étroite, ce qui influencerait le résultat de l'analyse de la position de Novartis sur le marché. Novartis conteste toutefois les arguments de Lilly. Il sera démontré ci-après, sans qu'il soit préalablement nécessaire de répondre aux questions de la définition du marché dans le cas concret et de la position de Novartis sur ce marché, que cette entreprise n'a pas fait usage de ses droits de propriété intellectuelle d'une façon contraire à la LCart. De ce fait, il est renoncé à définir le marché et à analyser la position de Novartis sur ce dernier.

C.5.2 Pratiques illicites

C.5.2.1 Introduction

54. La LCart n'interdit pas une position dominante, mais seulement son abus.⁴³ Selon la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, les entreprises ayant une position dominante, se comportent de façon illicite 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. On distingue les abus prenant la forme de pratiques

d'entraves de ceux prenant la forme de pratiques d'exploitation ou de désavantage. Une classification claire n'est pas possible dans tous les cas, car les pratiques commerciales d'entreprises dominantes, respectivement qui ont un pouvoir de marché relatif, peuvent à la fois constituer une entrave et une exploitation.⁴⁴

55. Il y a *entrave abusive* lorsque d'autres entreprises (en général des concurrents actuels ou potentiels, mais potentiellement aussi d'autres acteurs du marché) sont entravées dans leur accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci. Il importe peu que l'entrave se produise sur le marché où l'entreprise a une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif ou sur un marché situé en amont ou en aval. Les pratiques d'entrave abusives englobent donc tous les comportements d'une entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif s'écartant d'une concurrence loyale au niveau des prestations, qui sont dirigés contre des concurrents ou des partenaires commerciaux (actuels ou potentiels) et qui limitent leurs possibilités d'action sur le marché dominé ou sur un marché voisin.⁴⁵

56. Dans le cas d'un abus prenant la forme d'une pratique *d'exploitation*, c'est l'autre participant au marché (c'est-à-dire les fournisseurs ou les clients de l'entreprise ayant une position dominante) qui est désavantagé, par exemple en se voyant imposer des conditions commerciales, des prix ou des produits non souhaités qui relèvent de l'exploitation. L'abus sous la forme d'une pratique d'exploitation se caractérise par la recherche – par l'entreprise ayant une position dominante – d'avantages économiques en portant atteinte aux intérêts des partenaires commerciaux et des consommateurs en profitant de sa position dominante sur le marché.⁴⁶

³⁸ Concernant les aspects médicamenteux, cf. [...].

³⁹ COMM-UE, COMP/M.9294 du 29.7.2019, *BMS/Celgene*.

⁴⁰ [...].

⁴¹ 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*.

⁴² DPC 2022/3 627 N 32 et les références citées, *CSL Limited/Vifor Pharma AG*.

⁴³ TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1.1, *Supermédia*.

⁴⁴ Cf. pour l'ensemble: ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message-LCart (n. 10), 564; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR) V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (éd.), 2e éd. 2023, N C.173 ss; CR Concurrence-CLERC (n. 9), art. 7 I N 91 ss.

⁴⁵ ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message-LCart (n. 10), 564.

⁴⁶ ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72, consid. 10.1.1 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; Message-LCart (n. 10), 564.

57. D'autres critères permettent en outre de déterminer l'existence d'un abus, comme l'intention d'entraver ou d'évincer, l'affaiblissement de la compétitivité, la non-concurrence en matière de prestations ou la pesée des intérêts axée sur l'objectif de la loi.⁴⁷

58. Le législateur a établi à l'art. 7 al. 2 LCart une liste exemplative de comportements destinée à illustrer ou à concrétiser l'alinéa 1. Les états de fait de l'art. 7 al. 2 LCart ne constituent toutefois pas forcément un comportement illicite; il faut toujours que les critères de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart soient également remplis pour qu'il y ait un abus.⁴⁸

59. Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué à plusieurs reprises⁴⁹, il convient de déterminer au cas par cas, à l'aide d'un double examen, si l'on est en présence d'un comportement illicite, soit d'un abus: dans un premier temps, il convient d'identifier les distorsions de concurrence (c'est-à-dire l'entrave ou le désavantage d'acteurs du marché), et notamment d'examiner si un comportement listé à l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave ou un désavantage. Dans un second temps, il convient d'examiner les éventuelles conditions commerciales légitimes (*legitimate business reasons*). Il y a comportement illicite lorsqu'il n'existe pas de raison objective pour le désavantage (ou l'exploitation), ou pour l'entrave concernée.⁵⁰ De tels motifs existent notamment lorsque l'entreprise concernée peut s'appuyer sur des principes commerciaux (p. ex. l'exigence de la solvabilité du partenaire contractuel). Peuvent constituer d'autres raisons objectives par exemple l'évolution de la demande, les économies de coûts, les simplifications administratives, les coûts de transport et de distribution ou encore des raisons techniques.⁵¹

60. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse basée sur les effets pour prouver les distorsions de concurrence.⁵² Il est nécessaire, mais aussi suffisant, de prouver les effets *potentiellement* négatifs sur la concurrence.⁵³ Il n'est donc pas nécessaire de démontrer la survenance du résultat problématique lui-même, c'est-à-dire l'avènement effectif d'une distorsion de la concurrence, mais seulement (et impérativement) « le risque de survenance du résultat problématique ».⁵⁴ Selon le Tribunal fédéral, il s'agit en d'autres termes, d'un « état de fait de mise en danger ».⁵⁵ En soulignant dans le même arrêt que « le caractère abusif (y compris la restriction de la concurrence) de la pratique litigieuse est établi sur la base de l'analyse du cas d'espèce », le Tribunal fédéral a également précisé que « le risque de survenance du résultat problématique » doit être démontré dans le cas concrètement examiné.⁵⁶ Il faut ainsi démontrer que, dans le cas d'espèce, le comportement de l'entreprise en position dominante crée un risque concret, et non simplement théorique, de distorsion de la concurrence.⁵⁷

C.5.2.2 Limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (art. 7 al. 2 let. e LCart)

61. Une entreprise en position dominante se comporte de façon potentiellement illicite lorsqu'elle limite la production, les débouchés ou le développement technique. L'état de fait de l'art. 7 al. 2 let. e est rempli lorsqu'en

plus de la position dominante, les éléments constitutifs suivants sont réunis de façon cumulative:

- Il existe un comportement, qui conduit à une limitation de la production, des débouchés ou du développement technique,
- lequel entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantage les partenaires commerciaux,
- qui n'est pas justifié par des conditions commerciales légitimes (« *legitimate business reasons* »).

62. L'art. 7 al. 2 let. e LCart vise les pratiques d'entraves et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci.⁵⁸ De telles pratiques peuvent notamment découler de l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle, par exemple l'obtention ou le simple maintien de brevets comme moyen pour une entreprise en position dominante de bloquer le progrès technique d'entreprises concurrentes (brevets de blocage).⁵⁹

⁴⁷ ATF 139 I 72, consid. 8.2.3 et consid. 10.1.2, *Publigroupe*; DPC 2016/1, 123 N 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 9), art. 7 N 86 et 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), 2007, art. 7 N 6.

⁴⁸ ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 8.2.2, *Publigroupe*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message-LCart (n. 10), 565.

⁴⁹ TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1, *Supermédia*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵⁰ ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 104 consid. 10.1.2 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵¹ ATF 139 I 72 consid. 10.1.2 et les références citées, *Publigroupe*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*.

⁵² TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, *DCC*, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.3, *Hallenstadion*.

⁵³ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.3, *DCC*, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.1, *Hallenstadion*.

⁵⁴ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, *DCC*.

⁵⁵ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*.

⁵⁶ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*, avec renvoi à l'ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*.

⁵⁷ Voir aussi TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 1202 ss, *DCC*; COMCO, 6.12.2021, N 670 et 675, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (10.7.2024). Le droit européen va dans la même direction. Voir, à titre d'aperçu et avec de nombreuses références jurisprudentielles, LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR ET AL., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 s. Les « potential effects » sont nécessaires, mais aussi suffisants. De simples « hypothetical effects » ne sont pas encore suffisants, tandis que des « actual anticompetitive effects » ne sont pas nécessaires. Lors de cette évaluation, il convient de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce.

⁵⁸ CR Concurrence-CLERC/KELLEZI (n. 9), Art. 7 II N 234 s.

⁵⁹ CR Concurrence-CLERC/KELLEZI, (n. 9), art. 7 II N 252; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (n. 13), art. 7 N 667; Message-LCart (n. 10), 569; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 9), art. 7 N 471; OFK KG-BORER (n. 10), art. 7 N 26. Cf. aussi HEINEMANN, Blocking Patents and the Process of Innovation, in: Mathis/Tor (éd.), New Developments in Competition Law and Economics, 2019, 149 ss, qui propose un test pour déterminer si la simple acquisition d'un droit de propriété intellectuelle peut constituer un abus.

63. Dans un premier temps, il convient de présenter le brevet EP 084 et la chronologie des événements telle qu'elle ressort de l'enquête qui a été menée. Dans un second temps, le comportement de Novartis sera analysé, quant à l'acquisition du brevet EP 084, ainsi qu'à l'utilisation qui en a été faite suite à cette acquisition.

C.5.2.2.1 Le brevet EP 084 et la chronologie des événements

64. Genentech est une entreprise américaine de biotechnologie. Elle appartient depuis 2009 au groupe Roche. Elle a été la première entreprise à découvrir la cytokine IL-17 A/F et à développer des anticorps la liant. Afin de protéger son invention, Genentech a déposé le 2 juin 2004 une demande devant l'Office européen des brevets (ci-après EPO). Cette demande a abouti à la délivrance du brevet EP 1 641 822 (ci-après EP 822) le 15 mai 2013.⁶⁰

65. Le 1^{er} octobre 2014, la demande de brevet divisionnaire⁶¹ EP 084 a été publiée.⁶² Le 24 novembre 2016, l'EPO a révoqué le brevet EP 822. Le 24 juillet 2019, l'EPO a délivré le brevet EP 084. Novartis a fait opposition contre ce brevet. Le 20 décembre 2019, Genentech [...] à Novartis pour un portefeuille de brevets, dont l'EP 084 faisait partie. Le 23 avril 2020, Novartis a acquis le portefeuille de brevets pour un montant de [...].⁶³

66. Le 6 août 2019, Genentech a introduit en Allemagne une action en violation du brevet à l'encontre de Lilly. Après l'acquisition du portefeuille de brevets par Novartis, Genentech a retiré cette action le 2 juin 2020 et Novartis en a introduit une en son propre nom le 3 juin 2020.⁶⁴

67. Le 10 juin 2020, Novartis a retiré son opposition au brevet EP 084. Novartis a entamé des négociations avec Lilly le [...] et avec [...] le [...] pour l'octroi d'une licence. Le [...], [...]. Le [...], Novartis a proposé à Lilly une licence mondiale. Le [...], Novartis a entamé avec [...] des négociations pour l'octroi d'une licence.⁶⁵

68. Le 13 avril 2021, Lilly a déposé en Irlande une action en révocation du brevet EP 084, ce qui a amené Novartis à introduire le 15 avril 2021 une action en violation du brevet dans cette même juridiction.

69. Novartis a requis des mesures provisionnelles à l'encontre de Lilly le 16 avril 2021 en Italie et le 31 mai 2021 en Autriche.⁶⁶

70. Le [...] 2021, Novartis a octroyé une licence mondiale à [...] pour un montant [...] de [...].⁶⁷ Le *Bimzelx*® de UCB sera autorisé en Europe le 20 août 2021.⁶⁸

71. Le 9 novembre 2021, Novartis a intenté une action assortie d'une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de Lilly en Suisse.⁶⁹

72. Le [...] 2021, Novartis a octroyé à [...] une licence mondiale pour un montant de [...]. Ce montant tenait compte du fait que le médicament de [...].⁷⁰

73. Le [...] 2022, Novartis et Lilly se sont mises d'accord sur une licence mondiale pour un montant de [...].⁷¹

74. Le 27 octobre 2022, Novartis a octroyé à Lilly une licence mondiale [...], ce qui a mis un terme à l'ensemble des procédures entre ces entreprises rela-

tives au brevet EP 084.⁷² Le même jour, le *Bimzelx*® de UCB a été autorisé en Suisse.⁷³

75. L'EPO a confirmé la validité de l'EP 084 le 16 février 2023.⁷⁴

C.5.2.2.2 Appréciation du comportement de Novartis

(i) Freedom to operate

76. Dans sa dénonciation, Lilly avance qu'il n'existait aucune raison légitime pour Novartis d'acquérir le portefeuille de brevets et que cette acquisition avait en fait comme objectif de sécuriser les parts de marché de son médicament phare le *Cosentyx*® (cf. N 21 s.). Novartis conteste ce point de vue et met en évidence que le motif principal pour l'acquisition du portefeuille de brevets était bien de garantir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*® (« *freedom to operate* », ci-après FTO). Il ressort de documents internes fournis par Novartis qu'au moment de l'acquisition, [...]. À cela s'ajoute que la poursuite de la procédure d'opposition contre le brevet, ainsi que le cas échéant la défense dans le cadre d'actions en violation du brevet, peuvent générer des coûts internes et externes importants allant jusqu'à [...].⁷⁵

77. Novartis précise également que bien qu'au moment de l'acquisition du brevet EP 084, sa validité n'était pas encore établie et qu'il n'avait pas encore été décidé par un tribunal que le *Cosentyx*® le violait, différents éléments indiquaient que Genentech se préparait à une confrontation avec Novartis. Ainsi, Genentech avait déjà intenté une action en violation du brevet à l'encontre de Lilly concernant le *Taltz*®. Comme ce médicament est un inhibiteur de d'IL-17 tout comme le *Cosentyx*®, [...].

⁶⁰ [...].

⁶¹ Une demande de brevet divisionnaire est une demande de brevet distincte qui est séparée d'une demande originale lorsque cette dernière ne satisfait pas à l'exigence d'unité d'invention. https://www.epo.org/fr/legal/guide-epc/2023/ga_c5_8.html (10.7.2024).

⁶² Cf. Extrait du registre européen des brevets, <https://register.epo.org/application?number=EP14163686> (10.7.2024).

⁶³ [...].

⁶⁴ [...].

⁶⁵ [...].

⁶⁶ [...]. Dans sa dénonciation, Lilly explique à cet égard: «Das Gesuch um einstweiligen Rechtsschutz von Novartis in Österreich inzwischen gerichtlich abgewiesen worden [ist], wobei Novartis auf eine Anfechtung und eine Klage im ordentlichen Verfahren verzichtet hat. Die entsprechenden Rechtsschutzersuchen in Irland und Italien sind weiterhin hängig. » (cf.[...]).

⁶⁷ [...].

⁶⁸ [...].

⁶⁹ [...].

⁷⁰ [...].

⁷¹ [...]. À noter que si l'existence de négociations confidentielles entre les deux entreprises était connue des autorités de la concurrence, le fait qu'elles avaient été finalisées n'avait pas été communiqué par Lilly au moment de l'ouverture de la procédure le 12 septembre 2022.

⁷² Suite à cet octroi de licence par Novartis à Lilly, cette dernière a retiré sa demande de participer à la procédure ainsi que sa dénonciation (cf. N 11).

⁷³ [...].

⁷⁴ [...].

⁷⁵ [...].

En outre, par le passé, tant Genentech que sa maison mère Roche avaient déjà [...]. Également, jusqu'en 2020, Genentech avait déposé des demandes de certificats complémentaires de protection. [...]. Pour ces différents motifs, il existait une pression sur Novartis pour qu'elle règle rapidement le problème de FTO relatif au *Cosentyx*®.⁷⁶

78. Novartis conteste enfin les affirmations de Lilly selon lesquelles la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*® aurait pu être garantie par l'obtention de la part de Genentech d'une licence du brevet EP 084 et que de ce fait, un achat dudit brevet était superflu (cf. N 21). Novartis met à cet égard en évidence le fait que Genentech s'était décidée pour une vente du portefeuille de brevets, qu'une licence ne paraissait pas entrer en compte et que [...] par Genentech portait bien sur une vente du portefeuille de brevets pour un montant de [...].⁷⁷

79. Les informations données par Novartis quant aux motifs d'achat du portefeuille de brevets ont pu être vérifiées dans le cadre des mesures d'enquête menées au cours de la procédure. Il ressort de divers documents internes d'aide à la décision⁷⁸, d'échanges entre collaborateurs⁷⁹, ainsi que des auditions qui ont été menées⁸⁰, que le motif principal pour l'achat du portefeuille de brevets par Novartis était bien pour cette entreprise de se garantir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*®. En outre, les arguments de Lilly selon lesquels l'achat du portefeuille de brevets n'était pas nécessaire, mais qu'une licence du brevet litigieux EP 084 aurait suffi, ne résistent pas à l'examen. En effet, lors de la prise de contact du 26 novembre 2019 de Genentech et Roche avec Novartis, [...].⁸¹ Cette prise de contact a donné lieu à une séance le 5 décembre 2019 entre les représentants des entreprises. Suite à cette dernière, [...] pour l'acquisition du portefeuille de brevets.⁸² Roche a expliqué [les raisons de cette transaction].⁸³ Il ressort enfin de la prise de position écrite de [...] du 27 janvier 2022 dans le cadre de la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets que Novartis avait demandé à Genentech au cours des négociations si l'octroi d'une licence non exclusive était négociable, ce à quoi Genentech avait répondu par la négative.⁸⁴

80. Il découle de ce qui précède et de l'analyse des moyens de preuve que Novartis avait identifié un risque pour l'exploitation du *Cosentyx*®, qu'afin de gérer ce risque des discussions avec Genentech ont été menées et que seul l'achat du portefeuille de brevets entraînait en compte. Cet achat est intervenu après des négociations entre les entreprises pour un montant de [...] le 23 avril 2020.⁸⁵ L'analyse des moyens de preuve n'a pas démontré que Novartis aurait eu une autre motivation pour l'acquisition du portefeuille de brevets que celle de se garantir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*®.

(ii) Actions en violation du brevet EP 084

81. Novartis conteste les arguments de Lilly, selon lesquels une campagne agressive d'actions en violation du brevet EP 084 aurait été menée, dans le but de bloquer la vente du *Taltz*® (cf. N 22). Novartis met en évidence le fait d'avoir, sitôt après l'acquisition du portefeuille de brevets, cherché à concéder à des conditions raisonnables une licence aux autres fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. L'objectif était de couvrir les frais d'acquisition

du portefeuille de brevets en faisant participer les futurs preneurs de licence à la liberté d'exploitation obtenue pour les fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. Le portefeuille de brevets devait ainsi générer un revenu.⁸⁶

82. Novartis explique qu'afin de remplir cet objectif, cette entreprise a débuté des négociations avec Lilly en [...]. De telles négociations ont également été entreprises avec [...] et [...]. Au cours de ces négociations, Novartis a souligné à répétition reprises son intention d'offrir une licence à des conditions raisonnables. Concernant Lilly, [...]. Une licence mondiale était en outre en phase finale de négociation peu avant l'ouverture de la procédure par les autorités de la concurrence. Cela démontre que l'objectif de Novartis n'était pas de bloquer une entreprise concurrente.⁸⁷

83. Novartis mentionne également que l'introduction d'actions en violation du brevet EP 084 faisait partie de sa stratégie visant à débiter des négociations pour la concession d'une licence. L'entreprise aurait sciemment choisi des juridictions lui permettant [...].⁸⁸ D'une façon générale, l'introduction d'actions en violation de brevets tout comme l'introduction d'actions en invalidation de brevets, en parallèle de la tenue de négociations visant à l'obtention d'une licence, est une pratique courante dans le domaine de la pharma. L'objectif visé est d'influencer le montant des frais de licence, que ce soit en les tirant vers le haut, ou dans le cas d'actions en invalidation de brevets, en faisant pression vers le bas. Que de telles actions soient menées parallèlement dans différentes juridictions, alors même que certains tribunaux auraient déclaré un brevet invalide, est également une pratique courante.⁸⁹ Enfin, Novartis relève que certaines actions n'ont pas été intentées en premier lieu par elle-même, mais en réaction à une action préalable intentée par Lilly, comme cela a été le cas en Irlande. Pour ce qui concerne ce pays, c'est suite à une action en nullité intentée par Lilly que Novartis a introduit son action en violation du brevet.⁹⁰

84. Enfin, et concernant les certificats complémentaires de protection (cf. ci-dessus ch. 22), Novartis conteste les arguments de Lilly selon lesquels Novartis aurait demandé de tels certificats dans toute l'Europe. Ces certificats avaient auparavant été demandés par Genentech et Novartis les a acquis en même temps que le portefeuille de brevets. Ces demandes ont été retirées en 2022 en raison de l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de droit des brevets.⁹¹

⁷⁶ [...].

⁷⁷ [...].

⁷⁸ [...].

⁷⁹ [...].

⁸⁰ [...].

⁸¹ [...].

⁸² [...].

⁸³ [...].

⁸⁴ [...].

⁸⁵ [...].

⁸⁶ [...].

⁸⁷ [...].

⁸⁸ [...].

⁸⁹ [...].

⁹⁰ [...].

⁹¹ [...].

85. Les éléments de preuve recueillis au cours de la procédure par le Secrétariat démontrent que si l'objectif premier pour Novartis était d'acquérir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*® (cf. N 76 ss), il était également prévu d'intenter des actions en protections du brevet dans le but d'obtenir un revenu en négociant une licence pour le brevet EP 084⁹². Novartis a de ce fait contacté Lilly [...] pour entamer des négociations visant à l'attribution d'une licence (cf. N 67 ss). [...] ⁹³ Aucun élément ne permet en outre de contredire Novartis lorsque cette entreprise prétend que l'ouverture de plusieurs actions en parallèle constitue une pratique courante dans le domaine du droit des brevets.⁹⁴ Les analyses menées par le Secrétariat n'ont en outre pas pu démontrer une quelconque intention de Novartis de bloquer le médicament *Taltz*® de Lilly, notamment par des actions ouvertes à l'encontre de cette entreprise.

86. Il ressort également des échanges internes à Novartis que l'ouverture de procédures dans différents pays était une stratégie visant à favoriser les négociations avec Lilly en vue de l'octroi d'une licence dans différentes juridictions. Ces discussions internes ont eu lieu à plusieurs étapes, [...], et mentionnaient systématiquement l'objectif poursuivi, [...].⁹⁵ Il a pu être démontré au cours de la procédure que Novartis n'a pas intenté de son propre fait une action en Irlande, unique lieu de production du *Taltz*® au monde, mais a uniquement répondu à une action intentée préalablement par Lilly.⁹⁶ Enfin, il n'a pas été trouvé d'éléments démontrant que Novartis aurait tenté de prolonger la protection de son brevet EP 084 en requérant l'octroi de certificats complémentaires de protection, de sorte que cette entreprise peut être crue lorsqu'elle affirme avoir simplement repris ces requêtes au moment de l'acquisition du portefeuille de brevets (cf. N 84).

C.5.2.3 Résultat

87. Il ressort de l'analyse des moyens de preuve que Novartis a acquis le portefeuille de brevets auprès de Genentech principalement pour se garantir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*®. Aucun des moyens de preuve analysés n'a pu démontrer que Novartis aurait acquis le portefeuille de brevets en question avec l'intention de bloquer les médicaments de concurrents et par là de restreindre la concurrence. Dans un second temps, il a pu être démontré que Novartis a cherché à obtenir un revenu en offrant une licence pour son brevet EP 084 à différents fabricants d'inhibiteurs IL-17. Plusieurs actions ont été intentées contre Lilly, ceci afin d'appuyer la position de Novartis dans le cadre des négociations relatives à l'octroi d'une licence. Là également, aucun des moyens de preuve analysés n'a pu démontrer que ces actions aient fait partie d'une stratégie de Novartis créant un risque concret de distorsion de la concurrence en bloquant les médicaments concurrents par l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle.

88. Compte tenu des circonstances du cas, le comportement de Novartis ne saurait être considéré comme abusif. Aucune mesure selon l'art. 30 al. 1 LCart ne sera décidée et aucune sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart ne sera prononcée.

D Documents saisis et données électroniques dupliquées

89. Lors de la perquisition, des objets (en particulier divers documents papier) ont été saisis dans l'entreprise perquisitionnée 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 des 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 seront restitués à leur ayant droit et les données électroniques copiées ou reproduites seront effacées.

E Frais

90. 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-LCart⁹⁷.

91. 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.

92. Dans une procédure d'enquête selon les art. 27 ss LCart, une partie qui a occasionné une enquête n'est pas tenue de verser d'émoluments si les indices existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart). Compte tenu de l'issue de la procédure, il ne sera pas perçu d'émoluments dans cette affaire. Pour la même raison, il ne sera pas perçu de débours, au sens de l'art. 5 OEmol-LCart.

F Résultat

93. La COMCO considère que Novartis n'a pas eu l'intention de bloquer le médicament *Taltz*® de Lilly, que ce soit au moment de l'acquisition du portefeuille de brevets ou au moment d'intenter les différentes actions en protection du brevet à l'encontre de Lilly. L'enquête a démontré que Novartis a acquis le portefeuille de brevets afin de se garantir la liberté d'exploitation pour le *Cosentyx*®. Novartis a ensuite introduit différentes actions en violation du brevet EP 084 dans le but d'obtenir un revenu suite à l'octroi d'une licence pour ce même brevet aux fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. Ce comportement ne constitue pas un abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Pour cette raison, la procédure est clôturée sans suite.

⁹² [...].

⁹³ [...].

⁹⁴ [...].

⁹⁵ [...].

⁹⁶ [...].

⁹⁷ Ordonnance du 25.2.1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart; RS 251.2).

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 procédure 32-0278: Blocking Patent, ouverte à l'encontre de Novartis AG et de Novartis Pharma AG est clôturée sans suite.
2. Les frais de la procédure sont supportés par les caisses de l'État.
3. Dès l'entrée en vigueur de la présente décision à l'égard des parties, les éléments saisis seront restitués et les données électroniques copiées ou dupliquées par le Secrétariat seront effacées.

La décision est notifiée à:

Novartis AG, à Bâle,
Novartis Pharma AG, à Bâle,
représentées par [...]

[Voies de droit]

B 2.2	2. Madrigall
-------	---------------------

Remarque: Un recours a été déposé auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Cette dernière n'est donc pas encore entrée en force (situation en septembre 2025).

Décision du 23 septembre 2024 en l'affaire enquête 32-0282 relative à l'art. 27 LCart concernant Madrigall relative à des pratiques illicites d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif selon l'art. 7 LCart. Parties: Payot SA, à Lausanne, représentée par [...] contre Madrigall SA ainsi que ses sociétés affiliées, à Paris, France, représentée par [...]

Table des matières

A Procédure 734

A.1	Objet et destinataire de l'enquête	734
A.1.1	Objet de l'enquête	734
A.1.2	Destinataire de l'enquête	734
A.2	Déroulement de la procédure	734
A.2.1	Dénonciation	734
A.2.2	Observation de marché	734
A.2.3	Enquête	735

B En fait 737

B.1	Remarques générales	737
B.2	Définitions et distinctions	738
B.2.1	L'édition vs la diffusion vs la distribution de livres	738
B.2.2	L'approvisionnement direct vs les importations parallèles	739
B.2.3	Le droit de retour	739
B.2.4	Les grossistes	740
B.2.5	La « loi Lang » et le « protocole Cahart »	740
B.3	Contexte	741
B.3.1	Le premier cas des livres écrits en français	741
B.3.2	La diffusion des livres Madrigall	742
B.3.3	La fixation du prix des livres en France	742
B.4	Les conditions préalables à l'examen des conditions spécifiques d'un approvisionnement direct	743
B.4.1	Remarque introductive	743
B.4.2	L'état des négociations	744

B.4.3	Le cas particulier de FNAC Suisse	749
B.4.4	Les alternatives envisageables pour Payot	750
B.4.5	La praticabilité effective pour Payot d'un approvisionnement direct	757

B.4.6	Conclusion intermédiaire concernant les circonstances préalables à un approvisionnement direct de Payot	758
-------	---	-----

B.5	Les conditions spécifiques d'un approvisionnement direct en livres Madrigall	758
-----	--	-----

B.5.1	Les « conditions usuelles »	758
-------	-----------------------------	-----

B.5.2	La justification du « surcoût » suisse par Madrigall	762
-------	--	-----

B.5.3	L'évaluation des surcoûts invoqués par Madrigall	766
-------	--	-----

B.5.4	Conclusion intermédiaire concernant l'évaluation des surcoûts	782
-------	---	-----

C Considérants 783

C.1	Champ d'application	783
-----	---------------------	-----

C.1.1	Champ d'application personnel	783
-------	-------------------------------	-----

C.1.2	Champ d'application matériel	783
-------	------------------------------	-----

C.1.3	Champ d'application territorial	784
-------	---------------------------------	-----

C.1.4	Champ d'application temporel	784
-------	------------------------------	-----

C.2	Compétence de la Commission de la concurrence	784
-----	---	-----

C.3	Parties	785
-----	---------	-----

C.4	Prescriptions réservées	785
-----	-------------------------	-----

C.4.1	Principe	785
-------	----------	-----

C.4.2	L'avis du Médiateur du livre français	785
-------	---------------------------------------	-----

C.4.3	La question du champ d'application de la loi Lang	786
-------	---	-----

C.5	Pratiques illicites d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif	788
-----	--	-----

C.5.1	Pouvoir de marché relatif	788
-------	---------------------------	-----

C.5.2	Pratiques illicites	797
-------	---------------------	-----

C.6	Mesures	804
-----	---------	-----

C.6.1	Remarques théoriques	804
-------	----------------------	-----

C.6.2	En l'espèce	805
-------	-------------	-----

C.7	Demande de preuves des parties	807
-----	--------------------------------	-----

C.7.1 Remarques théoriques concernant les demandes de preuve	807
C.7.2 Demande de preuves de Payot	807
C.7.3 Demande de preuves de Madrigall du 7 mai 2024	807
C.7.4 Demande de preuves de Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024	809
C.7.5 Conclusion sur les demandes de preuves de Madrigall	810
D Frais	810
E Résultat	810
F Dispositif	811

A Procédure

A.1 Objet et destinataire de l'enquête

A.1.1 Objet de l'enquête

1. Le 19 septembre 2022, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) a reçu une dénonciation de Payot SA (ci-après: Payot) à l'encontre de la société française Madrigall SA (ci-après: Madrigall) pour abus de pouvoir de marché relatif.¹

2. Payot est une société suisse exploitant treize librairies généralistes physiques en Suisse romande, ainsi qu'un site Internet de vente en ligne.

3. La société française Madrigall est la holding d'un grand groupe éditorial français du même nom.

4. Dans ses librairies ainsi que par Internet, Payot vend entre autres des livres édités et/ou diffusés par Madrigall. Dans ce contexte, Payot reproche principalement deux comportements à Madrigall:

- d'une part, Payot lui reproche d'imposer des prix d'achat excessivement élevés aux revendeurs de livres suisses (de 30 à 45 % plus élevés que les prix appliqués aux revendeurs français);
- d'autre part, Payot reproche à Madrigall de l'empêcher de se procurer en France des livres au prix et aux conditions que Madrigall applique aux librairies français. En d'autres termes et plus généralement, Payot reproche au groupe Madrigall de refuser la possibilité à Payot de se procurer des livres en France, aux prix du marché français et aux conditions usuelles de la branche française.

5. Le 30 janvier 2023, à la suite d'une observation de marché et de différentes clarifications, le Secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la Présidence, l'enquête 32-0282: Madrigall.²

6. L'enquête est dirigée contre Madrigall et ses sociétés affiliées, et vise à déterminer à titre principal si Madrigall jouit d'un pouvoir de marché relatif envers Payot, et si elle en abuse en refusant – sans justes motifs – de mettre à disposition de Payot des livres en français en France, aux prix français et aux conditions du marché français. Ce comportement pourrait notamment contre-

venir à l'art. 7 al. 2 let. g LCart³, en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart.

7. Les produits concernés par l'enquête – c'est-à-dire ceux faisant l'objet du refus du groupe Madrigall de livrer à Payot, en France, aux prix français et aux conditions du marché français – sont les livres en français édités et/ou diffusés par Madrigall (ci-après: les livres Madrigall). Les livres dans d'autres langues ne sont pas concernés par la présente procédure. En effet, les modèles de diffusion/distribution de livres germanophones ou anglophones par exemple sont différents du modèle francophone (N 99).

A.1.2 Destinataire de l'enquête

8. L'enquête est dirigée contre Madrigall SA ainsi que ses sociétés affiliées.

9. La société française Madrigall est la holding du groupe du même nom. Le groupe Madrigall est un des groupes éditoriaux français les plus importants. Il a notamment racheté l'ensemble Flammarion en 2012, y compris sa filiale suisse Les Editions Flammarion SA (ci-après: Flammarion). Il comprend une quinzaine de maisons d'édition dont Gallimard (par ailleurs anagramme de Madrigall), Flammarion, Casterman et des marques éditoriales reconnues comme La Pléiade ou encore Folio.⁴ Son siège est à Paris et son catalogue couvre environ 9'000 auteurs pour 40'000 titres. Tous les domaines d'ouvrages sont couverts (littérature, romans, BD, jeunesse, voyage, cuisine, etc.).⁵ Depuis ses débuts, Madrigall a publié bon nombre des plus grands écrivains et penseurs français et étrangers.⁶

A.2 Déroulement de la procédure

A.2.1 Dénonciation

10. Le 19 septembre 2022, le Secrétariat a reçu une dénonciation de Payot à l'encontre de Madrigall pour abus de pouvoir de marché relatif, accompagnée d'une quinzaine d'annexes.⁷ Le Secrétariat a accusé réception de cette dénonciation le 20 septembre 2022.⁸

11. Par courrier du 21 septembre 2022, Maître Benoît Merkt de l'Etude Lenz & Staehelin à Genève a annoncé au Secrétariat son mandat de défense de Madrigall.⁹

A.2.2 Observation de marché

12. Le 29 septembre 2022 et afin de clarifier la situation dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Payot,¹⁰ auquel cette dernière a répondu le 6 octobre 2022.¹¹

¹ Acte au dossier 1 (ci-après: A 1).

² A 47 et 48.

³ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251).

⁴ A 39, N 1.

⁵ A 136, I. 144 à 147.

⁶ A 198, N 36.

⁷ A 1.

⁸ A 2.

⁹ A 4, 17 et 23.

¹⁰ A 11.

¹¹ A 14 à 16, 19.

13. Payot a ensuite transmis des compléments à sa dénonciation initiale les 13, 26 et 29 octobre 2022, ainsi que le 23 novembre 2022,¹² informant par-là spontanément le Secrétariat de l'avancée des (tentatives de) négociations avec le groupe Madrigall en vue d'obtenir soit une baisse des prix pratiqués en Suisse, soit la possibilité de s'approvisionner en direct en France aux mêmes conditions que les revendeurs français.

14. Parallèlement à ce qui précède, le 14 octobre 2022, le Secrétariat a envoyé à Madrigall pour prise de position un questionnaire accompagné de la dénonciation du 19 septembre 2022, des réponses de Payot du 6 octobre 2022 et du complément à la dénonciation du 13 octobre 2022, ainsi que les réponses de Payot au questionnaire du 29 septembre 2022.¹³ Après l'octroi d'une prolongation de délai, Madrigall y a répondu par courrier du 14 décembre 2022.¹⁴

A.2.3 Enquête

15. Le 30 janvier 2023, à la suite de l'observation de marché et des différentes clarifications mentionnées précédemment, le Secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la Présidence, l'enquête 32-0282: Madrigall.¹⁵

16. L'enquête est dirigée contre Madrigall et ses sociétés affiliées, et vise à déterminer si Madrigall jouit d'un pouvoir de marché relatif envers Payot, et si elle en abuse en refusant – sans justes motifs – de mettre à disposition de Payot des livres en français en France, aux prix français et aux conditions du marché français. Ce comportement pourrait notamment contrevenir à l'art. 7 al. 2 let. g LCart, en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart.¹⁶

17. L'avis d'ouverture d'une enquête à l'encontre de Madrigall a été publié dans les trois langues officielles suisses dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) le 7 février 2023.¹⁷

18. La société Payot SA a qualité de partie au sens de l'art. 6 PA¹⁸ dans la présente enquête.¹⁹

19. Le 1^{er} février 2023, Payot a fait parvenir au Secrétariat un quatrième complément d'information.²⁰

20. Le 2 février 2023, Payot a informé le Secrétariat qu'elle serait dorénavant assistée par Maître Christophe Rapin de l'Etude Kellerhals Carrard à Lausanne.²¹

21. Le 15 février 2023, un second questionnaire a été envoyé à Payot,²² questionnaire auquel Payot a répondu le 23 février 2023²³ ainsi que le 3 mars 2023 pour la correction d'imprécisions.²⁴

22. Par courrier du 27 février 2023, Madrigall a fait parvenir au Secrétariat un certain nombre de commentaires liminaires et généraux à la suite de l'ouverture de l'enquête.²⁵

23. L'accès au dossier a été accordé à Madrigall une première fois le 13 mars 2023²⁶, ainsi qu'à Payot le 14 mars 2023.²⁷ L'accès au dossier a ensuite été régulièrement octroyé aux parties au cours de l'enquête.²⁸

24. Monsieur A._____, [...] de la société Les éditions des 5 frontières SA (ci-après: E5F) et [...] du groupe Madrigall, a été entendu par des représentants du Se-

crétariat le 4 avril 2023, en présence de représentants de Payot.²⁹

25. Monsieur B._____, [...] de DLM (Diffusion du Livre Madrigall) et [...] du groupe Madrigall, a été entendu par des représentants du Secrétariat le 5 avril 2023, en présence de représentants de Payot.³⁰

26. A la suite des auditions précitées, un second questionnaire a été envoyé à Madrigall le 18 avril 2023, avec délai pour y répondre au 19 mai 2023,³¹ délai prolongé au 21 juin 2023 sur requête de Madrigall.³²

27. Par courrier du 24 avril 2023, Madrigall a fait parvenir au Secrétariat un avis du Médiateur du livre français daté du 28 mars 2023 et portant sur le cadre français de régulation du prix du livre.³³

28. Par courrier du 12 mai 2023, Payot a suggéré, en tant que mesure d'instruction complémentaire, l'audition de Monsieur Patrice Fehlmann, administrateur président délégué de la société OLF SA (Office de livre fribourgeois, ci-après: l'OLF).³⁴ Le 22 mai 2023, le Secrétariat a indiqué à Payot qu'en l'état de la procédure, il ne considérerait pas cette audition comme nécessaire, l'OLF restant évidemment libre de remettre spontanément une prise de position écrite au Secrétariat.³⁵

29. Madame Céline Besson, présidente du Comité Libraires auprès de LIVRESUISSE, a été entendue par des représentants du Secrétariat le 31 mai 2023, en présence de représentants de Madrigall et de Payot.³⁶ Il est précisé que Céline Besson est également gérante de la librairie L'Etage à Yverdon depuis 15 ans, mais qu'elle a avant tout été auditionnée en tant que présidente du Comité Libraires de LIVRESUISSE, ce qui lui a été expressément indiqué lors de l'audition en question.³⁷ Céline Besson a en outre précisé qu'en sa qualité de Présidente du Comité Libraires, elle ne pouvait parler au nom des 46 libraires membres de l'association LIVRESUISSE, mais que ses réponses reflètent avant tout ses

¹² A 26 à 28, 30 à 33 et 36.

¹³ A 29.

¹⁴ A 39 à 42.

¹⁵ A 45 à 48, 51.

¹⁶ A 47.

¹⁷ A 110.

¹⁸ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

¹⁹ A 47 et 48.

²⁰ A 52.

²¹ A 54 et 62.

²² A 59 et 73.

²³ A 65, 66 et 82.

²⁴ A 81 et 82.

²⁵ A 68.

²⁶ A 79.

²⁷ A 86.

²⁸ A 101; A 135; A 140; A 154; A 167; A 175; A 176; A 194; A 209; A 216.

²⁹ A 103 et 105.

³⁰ A 104.

³¹ A 109.

³² A 131, 132, 141 et 142.

³³ A 111.

³⁴ A 128.

³⁵ A 133.

³⁶ A 136.

³⁷ A 136, I. 7 à 10 et 76.

connaissances propres ainsi que les échos qu'elle reçoit dans le cadre de ses fonctions au sein de LIVRE-SUISSE.³⁸

30. Le 21 juin 2023, Madrigall a fait parvenir au Secrétariat ses réponses au second questionnaire du 18 avril 2023.³⁹

31. Le 5 juillet 2023, le Secrétariat a fait parvenir un court questionnaire au Buchzentrum (BZ) de Hägen-dorf.⁴⁰ Ce dernier y a répondu le 13 juillet 2023.⁴¹

32. Par courrier du 28 juillet 2023, Madrigall a fait parvenir au Secrétariat une prise de position spontanée, accompagnée d'une requête de mesures d'instruction complémentaires.⁴² Le Secrétariat y a répondu par courrier du 8 août 2023.⁴³

33. Constatant que plusieurs actes émanant de Madrigall s'étaient ajoutés au dossier officiel sans que Payot ait requis de consulter celui-ci, le Secrétariat a spontanément transmis les derniers actes à Payot par courrier du 21 août 2023. Un délai a été imparti à Payot au 5 septembre 2023 pour prendre position sur les informations contenues notamment dans les réponses de Madrigall au questionnaire du Secrétariat (A 143 du 21 juin 2023) ainsi que dans la prise de position spontanée et requête de mesures d'instruction de Madrigall (A 148 du 28 juillet 2023).⁴⁴

34. Le 1^{er} septembre 2023, Payot a fait parvenir au Secrétariat un commentaire⁴⁵ aux réponses de Madrigall du 21 juin 2023 ainsi qu'une réponse⁴⁶ à la prise de position de Madrigall du 28 juillet 2023.

35. Par courrier du 7 février 2024,⁴⁷ Madrigall a notamment sollicité auprès du Secrétariat la suspension de la procédure pour une durée de deux mois afin d'ouvrir une fenêtre propice au dialogue, le climat de négociation serein n'étant pas donné selon Madrigall lorsqu'on est sous la menace d'une procédure de la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO). Par ailleurs, l'arrivée de nouveaux interlocuteurs au sein de la direction de Payot pourrait constituer une opportunité de rétablir un climat propice à des discussions sereines entre les parties, toujours selon Madrigall. Celle-ci précise encore que la requête est formulée dans le but d'œuvrer à la recherche d'un accord entre les parties pour solutionner l'impasse actuelle dans toute la mesure du possible, accord dont les termes seraient transmis à l'autorité afin qu'elle puisse en prendre acte et mettre fin à la procédure.

36. Payot a été invitée à prendre position par courrier du 9 février 2024,⁴⁸ non seulement sur la demande de suspension de la procédure, mais également concernant le refus supposé de Payot de renouveler les termes proposés en 2022 par Madrigall sur le marché suisse ainsi que sur la limitation supposée de Payot des opérations spéciales avec Madrigall dans le cadre de la diffusion et la distribution en Suisse.

37. Par courrier du 23 février 2024 et après avoir obtenu une courte prolongation de délai,⁴⁹ Payot a pris position sur les griefs de Madrigall et a répondu en substance qu'elle n'était pas opposée à une brève suspension de la procédure afin de recueillir les propositions de Madrigall, à la stricte condition toutefois que tout accord éventuel

qui pourrait résulter de telles discussions soit approuvé par la COMCO en application de l'art. 30 al. 1 LCart.

38. Par courrier du 5 mars 2024,⁵⁰ Madrigall a notamment laissé entendre à nouveau qu'en raison du départ anticipé à la retraite de Pascal Vandenberghe – directeur général de Payot – le changement d'interlocuteur à la tête de Payot pourrait être propice à une potentielle solution amiable entre les parties. Par le même courrier, Madrigall a requis l'accès au dossier, qui lui a été accordé le 7 mars 2024.⁵¹

39. Par courriers du 14 mars 2024,⁵² le Secrétariat a indiqué aux parties qu'il accueillait généralement favorablement toute tentative entre parties de trouver un accord extra-procédurale, en particulier si de telles discussions sont menées avant l'ouverture d'une enquête formelle par les autorités de la concurrence, ou à tout le moins au tout début d'une telle enquête. Le Secrétariat a toutefois constaté qu'en l'espèce, l'enquête a été ouverte il y a plus d'une année, que de nombreuses mesures d'instruction ont été menées et qu'aucune requête de suspension de la procédure à des fins de discussions entre les parties n'était intervenue jusqu'à ce jour. Le Secrétariat a ajouté que l'enquête se trouvait dans sa phase finale et que la proposition serait prochainement envoyée aux parties pour avis au sens de l'art. 30 al. 2 LCart. Par ailleurs selon le Secrétariat, le nouveau droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022 fait précisément application dans la présente enquête. Partant, le Secrétariat a estimé qu'il y avait un intérêt public à ce que les autorités de la concurrence « disent le droit » et que l'enquête soit menée à son terme, d'autant plus que la constellation de fait examinée était susceptible de se reproduire avec d'autres groupes éditoriaux. Partant, le Secrétariat n'a pas formellement suspendu la procédure, vu les circonstances du cas d'espèce.

40. Par courriers datés du 19 mars 2024,⁵³ Madrigall s'est, d'une part, étonnée du refus d'accorder une suspension temporaire de la procédure. D'autre part, elle a requis qu'un délai lui soit accordé afin qu'elle puisse se déterminer notamment au sujet de deux déterminations de Payot dont elle n'avait pas encore connaissance.

41. Le 21 mars 2024, le Secrétariat a répondu en substance à Madrigall que tant que la COMCO ne s'est pas prononcée, les parties ont en tout temps la possibilité de prendre position sur les pièces au dossier.⁵⁴

³⁸ A 136, I. 55 à 58.

³⁹ A 143.

⁴⁰ A 144.

⁴¹ A 147.

⁴² A 148.

⁴³ A 149.

⁴⁴ A 153.

⁴⁵ A 156.

⁴⁶ A 157 et 158.

⁴⁷ A 160 et 161.

⁴⁸ A 162.

⁴⁹ A 163 à 165.

⁵⁰ A 166.

⁵¹ A 167.

⁵² A 168 et A 169.

⁵³ A 170 et 171.

⁵⁴ A 172.

42. Le 8 avril 2024, le Secrétariat a fait parvenir sa proposition à Madrigall ainsi qu'à Payot pour avis, avec délai au 10 mai 2024 pour présenter un avis écrit le cas échéant.⁵⁵ Les actes au dossier officiel qui n'avaient pas encore été transmis aux parties l'ont été le 9 avril 2024.⁵⁶

43. Par courrier du 23 avril 2024,⁵⁷ Payot a indiqué au Secrétariat qu'elle souhaite participer à l'audition de Madrigall et qu'elle souhaite également être entendue par la COMCO, mais également qu'elle se réserve le droit de retirer sa demande en fonction de l'avis de Madrigall.

44. Par courrier du 2 mai 2024⁵⁸ et après avoir obtenu une courte prolongation du délai fixé dans le courrier du Secrétariat du 8 avril 2024,⁵⁹ Payot a confirmé qu'elle souhaite participer à l'audition de Madrigall et qu'elle souhaite également être entendue par la COMCO. Par ailleurs, elle a indiqué au Secrétariat qu'elle ne souhaite pas déposer de demandes de preuves.

45. Par courrier du 7 mai 2024⁶⁰ et après avoir obtenu une courte prolongation du délai fixé dans le courrier du Secrétariat du 8 avril 2024,⁶¹ Madrigall a indiqué au Secrétariat qu'elle souhaite être entendue par la COMCO afin d'exposer son point de vue dans le cadre d'une plaidoirie, et qu'elle souhaite également participer à l'audition de Payot. En outre, Madrigall a formulé un certain nombre de demandes de preuves au vu du contenu de la proposition du Secrétariat du 8 avril 2024, à savoir:

- l'audition de B. _____;
- l'audition de A. _____;
- l'audition de C. _____, [...] du Groupe Madrigall;
- l'audition de D. _____, [...] de la diffusion Madrigall;
- l'audition de la nouvelle direction générale de Payot, à savoir Maud Poncé-Hubier et Bénédicte Kuchcinski;
- un récapitulatif des ventes de Payot pour les années 2021, 2022 et 2023.

46. Par courrier du 23 mai 2024, le Secrétariat a transmis à Payot le courrier de Madrigall du 7 mai 2024 ainsi que la proposition du Secrétariat à la COMCO concernant les demandes de preuve de Madrigall.⁶²

47. Par courrier du 23 mai 2024 également, le Secrétariat a transmis à Madrigall le courrier de Payot du 2 mai 2024 et la proposition du Secrétariat à la COMCO concernant les demandes de preuve de Madrigall.⁶³

48. Par courriers du 10 juin 2024, les parties ont transmis au Secrétariat leurs prises de position respectives.⁶⁴ Par courrier du même jour, Madrigall a persisté sur ses demandes de preuves du 7 mai 2024.⁶⁵

49. Par courriers du 19 juin 2024, le Secrétariat a transmis la prise de position du 10 juin 2024 de Payot à Madrigall ainsi que la prise de position du 10 juin 2024 de Madrigall à Payot.⁶⁶

50. Lors de sa séance du 24 juin 2024, la COMCO a décidé d'entrée en matière sur la Proposition du Secrétariat et a rejeté l'intégralité des demandes de preuves formulées par Madrigall.

51. Par courriers du 4 juillet 2024, le Secrétariat a informé les parties de l'entrée en matière de la COMCO sur la Proposition du Secrétariat et du rejet des demandes de preuves de Madrigall. Le Secrétariat a également indiqué aux parties que leur audition par la COMCO aurait lieu le 9 septembre 2024.⁶⁷

52. Lors de la séance de la COMCO du 9 septembre 2024, Madrigall et Payot ont pu plaider devant la COMCO et assister à la plaidoirie de l'autre partie.⁶⁸ A cette occasion, Madrigall a remis, en plus de ses notes de plaidoiries, une copie de l'annexe A à l'A 198 aux membres de la COMCO.

53. Après délibération, la COMCO a rendu la présente décision lors de sa séance du 23 septembre 2024.

B En fait

B.1 Remarques générales

55. A l'origine de la présente enquête, il y a une société suisse – Payot – qui reproche à une société française – Madrigall – de l'empêcher de se procurer en France des livres aux prix et conditions dont bénéficient les librairies françaises. Madrigall ne refuse pas à Payot la possibilité de procéder à des approvisionnements directs en France, mais selon Payot, les conditions auxquelles cet approvisionnement direct pourrait avoir lieu ne correspondent pas aux prix pratiqués sur le marché français et aux conditions usuelles françaises. Les négociations entre Payot et Madrigall à ce sujet auraient échoué.

56. Partant, la présente enquête, dirigée contre Madrigall et ses sociétés affiliées, vise à déterminer si Madrigall jouit d'un pouvoir de marché relatif envers Payot, et si elle en abuse en refusant – sans justes motifs – de mettre à disposition de Payot des livres en français, édités et/ou diffusés par Madrigall, en France, aux prix français et aux conditions du marché français (N 15). L'enquête ne porte pas sur le niveau des prix pratiqués en Suisse par les canaux d'approvisionnement officiels des revendeurs, comme Madrigall l'a par ailleurs relevé à juste titre.⁶⁹ L'examen du niveau des prix des livres pratiqués en Suisse par Payot en tant que revendeur de livres aux clients finaux ne fait pas non plus l'objet de la présente enquête.

⁵⁵ A 173 et 174.

⁵⁶ A 175 et 176.

⁵⁷ A 179.

⁵⁸ A 181.

⁵⁹ A 179 et 180.

⁶⁰ A 182.

⁶¹ A 177 et 178.

⁶² A 187.

⁶³ A 188.

⁶⁴ A 197 et A 198.

⁶⁵ A 199.

⁶⁶ A 203 et A 204.

⁶⁷ A 205 et A 206.

⁶⁸ A 219.

⁶⁹ A 39, N 25.

57. 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).

58. 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. 12PA). La charge de la preuve pour l'ensemble des faits pertinents leur incombe.⁷⁰ 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,⁷¹ 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.

59. 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 PCF⁷²). Il en résulte notamment que la preuve peut également être administrée au moyen d'indices,⁷³ pour autant que le degré de preuve requis soit atteint.

60. 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

61. 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.⁷⁶ 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).⁷⁷

62. 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 (cf. art. 8 CC⁷⁸). 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 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.

63. Compte tenu des exigences susmentionnées, il en résulte en l'occurrence les faits qui vont suivre.

B.2 Définitions et distinctions

B.2.1 L'édition vs la diffusion vs la distribution de livres

64. L'édition, la diffusion et la distribution de livres sont trois notions qui doivent être distinguées dans la branche du livre écrit en français.⁷⁹

⁷⁰ MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtstz/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.

⁷¹ 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. 70), 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. 70), 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.

⁷² Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273).

⁷³ 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.

⁷⁴ 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. 71), art. 5 N 54 et les références citées; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 70), art. 5 N 617 et les références citées; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 70), 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.

⁷⁵ ATF 124 IV 86 consid. 2a; TF, 6B_249/2020 consid. 2.4.2; TF, 6B_108/2022 consid. 3.1.

⁷⁶ 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. 70), art. 30 N 103 et les références citées; spécifiquement pour les accords: BSK KG-REINERT (n. 70), art. 4 al. 1 N 25; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 71), art. 5 N 56.

⁷⁷ 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*.

⁷⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Code civil, CC; RS 210).

⁷⁹ DPC 2018/2, 247 N 6 ss, *Marché du livre écrit en français*.

65. Le travail d'édition porte sur la production des livres, et donc principalement sur leur contenu. Si la création d'un livre commence nécessairement dans l'esprit de son auteur, celui-ci n'est en principe pas impliqué dans la commercialisation de son œuvre. En d'autres termes, le livre en tant que produit physique ne naît pas chez son auteur, mais chez l'éditeur, qui envoie en fin de compte le document à un imprimeur.⁸⁰

66. Selon Madrigall, la principale obligation de l'éditeur est d'assurer aux œuvres de l'esprit qui lui sont confiées par les auteurs une exploitation permanente et suivie ainsi qu'une diffusion commerciale (N 68 ss) conformément aux usages de la profession. Cette obligation est mentionnée en droit français à l'art. L.132-12 du Code de la propriété intellectuelle. Selon Madrigall, il s'agit d'une obligation essentielle de l'éditeur que de fournir une diffusion qualitative et suffisante pour les ouvrages qu'il édite afin que le public puisse y avoir accès. L'activité de diffusion est donc une obligation légale en France de l'éditeur selon Madrigall, confiée au diffuseur dans le cadre d'un accord de diffusion.⁸¹

67. Dans le cadre de la présente enquête et sur le principe, l'obligation pour un éditeur de diffuser commercialement les œuvres de l'esprit qui lui sont confiées par les auteurs – en l'occurrence des livres – n'est pas mise en cause.

68. Par diffusion, on entend l'activité consistant à assurer la commercialisation, la représentation et la promotion du catalogue des éditeurs de livres auprès des revendeurs de livres (principalement les libraires). Le diffuseur emploie des représentants de commerce qui sont en contact avec les revendeurs et qui se chargent de la présentation des nouveaux ouvrages, du marketing, des actions de promotion, etc. Le diffuseur informe notamment aussi les revendeurs sur le niveau des lecteurs (âges recommandés) pour certains titres déterminés. Pour ce faire, le diffuseur récolte chez les éditeurs les informations nécessaires et les éventuels dossiers de présentation. Ensuite, il organise des visites chez les revendeurs et sert généralement d'interlocuteur pour les commandes.⁸²

69. En France, la diffusion des livres Madrigall est principalement assurée par la société DLM, filiale de Madrigall, qui diffuse toutes les maisons d'édition du groupe Madrigall, mais également certains éditeurs tiers dont Madrigall est chargé de la diffusion.⁸³ En Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée par une filiale du groupe Madrigall, à savoir E5F.⁸⁴

70. Fondamentalement, E5F entre en relation commerciale avec, en amont, les éditeurs du groupe Madrigall, respectivement les éditeurs tiers diffusés par Madrigall, et avec les distributeurs et les revendeurs suisses, en aval. Un contrat de diffusion est conclu entre les éditeurs et le diffuseur: les éditeurs confient au diffuseur la représentation et la diffusion des titres; le diffuseur s'engage à présenter les publications des éditeurs à tous les libraires et dépositaires d'une région. Généralement en Suisse, chaque titre n'est diffusé activement que par un seul diffuseur. Il en va de même en France.⁸⁵

71. Par distribution, on entend essentiellement les activités logistiques, lesquelles couvrent notamment la ges-

tion des stocks, la saisie des commandes, le traitement des arrivages, certains transports, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des revendeurs.⁸⁶

72. En France, la distribution des livres Madrigall est assurée par les filiales de Madrigall suivantes: la SODIS pour la filiale Gallimard et UD (Union Distribution) pour la filiale Flammarion.⁸⁷ En Suisse, la distribution des livres Madrigall est sous-traitée à une société spécialisée, soit l'OLF, qui est une société indépendante et avec laquelle Madrigall est liée par un contrat de logistique.⁸⁸

B.2.2 L'approvisionnement direct vs les importations parallèles

73. Par importations parallèles, on entend dans la présente procédure l'importation de livres en français achetés par des revendeurs suisses en France (généralement à un prix plus avantageux qu'en Suisse) auprès de grossistes français ou d'autres revendeurs français, mais pas auprès des éditeurs/producteurs. Ces livres pourraient dès lors et théoriquement être vendus moins chers sur le marché suisse que s'ils avaient été achetés en Suisse auprès des canaux officiels.

74. Par approvisionnement direct (ou approvisionnement en direct), on entend dans la présente procédure l'approvisionnement en livres directement auprès du producteur des ouvrages, soient en l'occurrence les éditeurs du groupe Madrigall, respectivement auprès des centres de distribution centraux de Madrigall, soit la SODIS ainsi que l'UD. Le but d'un tel approvisionnement est le même qu'en matière d'importations parallèles, à savoir obtenir un coût de revient plus bas que par les canaux officiels suisses.

75. Si un approvisionnement direct n'était pas possible à l'époque de la première enquête portant sur les livres en français (N 86 ss), Madrigall ne s'oppose plus aujourd'hui au principe de l'ouverture d'un compte en France (N 113, 122 et 128 ci-dessous).

B.2.3 Le droit de retour

76. Le droit de retour est la faculté de retourner les invendus, et s'inscrit historiquement dans le modèle français de l'économie du livre. Comme l'a démontré le premier cas des livres écrits en français, c'est une institution essentielle et centrale de l'économie du livre francophone au niveau de l'achat de livres en gros (niveau « wholesale »).⁸⁹

⁸⁰ DPC 2018/2, 247 N 6, *Marché du livre écrit en français*.

⁸¹ A 39, N 4; A 103, I. 180 à 186.

⁸² DPC 2018/2, 247 N 7, *Marché du livre écrit en français*.

⁸³ A 39, N 2.

⁸⁴ A 39, N 7; A 41, réponse 2.

⁸⁵ DPC 2018/2, 247 N 9, *Marché du livre écrit en français*.

⁸⁶ DPC 2018/2, 247 N 8, *Marché du livre écrit en français*.

⁸⁷ A 39, N 2.

⁸⁸ A 40, annexe 2; A 42, annexe G.

⁸⁹ DPC 2018/2, 283 N 307 ss, *Marché du livre écrit en français*.

77. Tant Payot lorsqu'elle s'approvisionne en livres Madrigall en Suisse que les librairies françaises qui s'approvisionnent en France bénéficient du droit de retour. Pour une entreprise comme Payot, le taux de retour avoisine les [...] % (dont 80 % sont des nouveautés). Sans ce droit de retour, le revendeur se retrouverait avec des stocks d'invendus qu'il devrait déprécier dans ses comptes.⁹⁰ Spécifiquement pour Madrigall, le taux de retour de Payot se situe entre [...] et [...] % selon les années.⁹¹

78. Payot indique que le droit de retour est également important pour les opérations commerciales, ou lorsqu'elle tient un stand sur un festival ou au Salon du livre. Ne pas en disposer impliquerait de mettre fin à ces pans d'activité commerciale selon Payot. Celle-ci précise encore disposer actuellement d'un « droit de retour permanent » sur la quasi-totalité du catalogue Madrigall.⁹²

79. En cas d'approvisionnement direct, Payot prendrait à sa charge les frais de retour y afférant, en groupant les retours de façon à réaliser des économies d'échelle.⁹³

B.2.4 Les grossistes

80. Selon Madrigall, il faut entendre par grossiste tout client dont l'activité principale est la vente de livres à des détaillants par l'intermédiaire d'une force de vente que le grossiste entretient, à l'exclusion de toute vente, par quelque moyen que ce soit, au consommateur final. En France, un grossiste visite, facture et livre des clients détaillants, respectivement des revendeurs de livres à partir de stocks de livres qu'il a lui-même achetés aux diffuseurs/distributeurs.⁹⁴

81. En Suisse, le Buchzentrum de Hägendorf est vraisemblablement la seule entreprise pouvant être considérée comme un grossiste pour les livres en français, étant toutefois entendu que le Buchzentrum s'approvisionne principalement en livres en français auprès de l'OLF et constitue ainsi un intermédiaire supplémentaire pour un revendeur qui souhaiterait s'approvisionner en Suisse par rapport à un approvisionnement direct auprès de l'OLF. Quant à l'OLF, il ne peut être qualifié de grossiste, vu qu'il s'agit avant tout d'un distributeur auquel les diffuseurs suisses ont confié la distribution.

B.2.5 La « loi Lang » et le « protocole Cahart »

82. En France, la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre⁹⁵ – dite « loi Lang » du nom du ministre de la Culture qui l'a portée et qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1982 – impose l'application d'un prix public hors taxe conseillé/réglementé (ci-après: le PPHT) unique, fixé par l'éditeur et imposé aux revendeurs. Le libraire bénéficie d'une faculté limitée à 5 % de baisser le prix fixé par l'éditeur.⁹⁶ La remise du libraire est quant à elle établie par chaque diffuseur en fonction d'une remise de base, d'une remise additionnelle attribuée selon des critères qualitatifs, et finalement d'une remise additionnelle attribuée selon des critères quantitatifs. À préciser que la réimportation de livres édités en France n'échappe pas à la règle ci-dessus: le prix de vente final des ouvrages réimportés doit également correspondre au prix public fixé par l'éditeur (art. 1 de la loi Lang).

83. Le protocole Cahart⁹⁷ précise les conditions de fixation des remises de libraires dans le cadre de la loi. Il

prévoit, en plus de la remise de base, des remises sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs, les premiers devant donner droit à une remise maximale théorique supérieure à celle des seconds.⁹⁸ Parmi les critères qualitatifs – rédigés de façon générale –, quatre sont obligatoires (acceptation par le libraire de commandes à l'unité; présence d'un personnel qualifié sur le point de vente, relation du libraire avec ses fournisseurs [notamment dans la réception des représentants] et actions d'animation à l'initiative du libraire), ces critères obligatoires devant représenter entre 30 et 70 % de la remise correspondant aux critères qualitatifs. L'éditeur/diffuseur doit également intégrer au moins trois critères qualitatifs complémentaires parmi les suivants: réassortiment des titres, suivi et mise en avant du fonds de catalogue des éditeurs, utilisation d'outils bibliographiques actualisés, inscription du libraire au service des nouveautés ou prise de notes avant parution, promotion de l'offre éditoriale par la prescription du libraire et participation aux opérations de promotion menées par l'éditeur, utilisation des outils de transmission de la profession et d'une connexion internet pour recevoir les informations actualisées de la part de l'éditeur/diffuseur.⁹⁹

84. En résumé, la loi Lang et le Protocole Cahart imposent à l'éditeur de fixer:

- i) le PPHT (fixé librement par l'éditeur/diffuseur), qui sera appliqué par le libraire;
- ii) une remise de base (fixée librement par l'éditeur/diffuseur);
- iii) une remise qualitative (en intégrant les critères obligatoires [30–70% de la remise qualitative] + au moins la moitié des critères complémentaires), à une hauteur fixée librement par l'éditeur/diffuseur;
- iv) une remise quantitative (selon des critères fixés librement par l'éditeur/diffuseur et à une hauteur fixée par l'éditeur/diffuseur, mais inférieure à la remise qualitative maximale).

85. Le libraire français doit appliquer le prix légal, et les diffuseurs les conditions de fixation des remises aux libraires.¹⁰⁰ Le protocole Cahart est notamment destiné à rendre équitables et transparentes les relations entre les groupes d'édition et les revendeurs.¹⁰¹

⁹⁰ A 15, réponse 24.

⁹¹ A 65, réponse 5.

⁹² A 15, réponse 24.

⁹³ A 15, réponses 25 et 26.

⁹⁴ A 41, réponse 9.

⁹⁵ Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, voir site Internet: www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Textes consolidés.

⁹⁶ Pour les points de vente physiques, mais non pour le commerce en ligne.

⁹⁷ Protocole d'accord sur les usages commerciaux de l'édition avec la librairie du 26 juin 2008, <https://www.syndicat-librairie.fr/sites/default/files/upload/documents/1%20bis%20protocole_uc_26_juin_2008.pdf> (9.10.2024).

⁹⁸ Protocole Cahart, II.1.

⁹⁹ Protocole Cahart, I.

¹⁰⁰ A 104, I. 160 ss et 290 ss.

¹⁰¹ A 15, Commentaires finaux, pp. 20 ss du PDF.

B.3 Contexte

B.3.1 Le premier cas des livres écrits en français

86. Afin de mieux comprendre les circonstances dans lesquelles intervient l'enquête d'espèce, il paraît utile de rappeler la précédente enquête des autorités de la concurrence dans le domaine des livres écrits en français, ainsi que son épilogue qui s'est en fin de compte joué devant les autorités judiciaires fédérales.

87. Le 13 mars 2008, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs diffuseurs/distributeurs français présents en Suisse, généralement sous forme de filiales de grands groupes français. Cette enquête a initialement été ouverte pour d'éventuels abus de position dominante, avant qu'elle ne soit redirigée sur des accords au sens de l'art. 5 LCart. A l'issue de l'enquête, la COMCO a rendu une décision le 27 mai 2013 imposant notamment des sanctions et des mesures à divers diffuseurs/distributeurs, y compris à ceux du groupe Madrigall, à savoir E5F et Flammarion (rachetée par le groupe Madrigall en 2012).¹⁰² Tant E5F que Flammarion avaient interjeté un recours à l'encontre de la décision de la COMCO.

88. Le 30 octobre 2019, le Tribunal administratif fédéral a rendu l'arrêt B-4669/2013 concernant E5F. Cet arrêt – qui fait suite à la décision précitée de la COMCO et qui n'a pas été porté devant le Tribunal fédéral – est entré en force de chose jugée. Le Tribunal administratif fédéral a notamment jugé que « *les accords passés entre [E5F] et OLF octroyant à celle-ci l'exclusivité de la distribution en Suisse des ouvrages édités par le groupe Madrigall et prévoyant l'engagement pour [E5F] et les autres sociétés du groupe de ne pas ouvrir de compte à Paris pour des détaillants suisses ont eu pour effet de supprimer la concurrence efficace sur le marché pertinent durant la période de l'enquête et sont partant illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart* » (consid. 18.5). Plus loin, il a ajouté que « *l'interdiction faite à [E5F] d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse demeure nécessaire. De même, elle est la mesure la moins incisive à même de supprimer la restriction illicite constatée, de sorte qu'elle se justifie pleinement* » (consid. 23), ou encore que « *la décision attaquée doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à [E5F] d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout détaillant actif en Suisse* » (consid. 25). Par ailleurs, E5F a finalement dû s'acquitter d'une sanction de CHF [...] ainsi que des frais de procédure.

89. En ce qui concerne Flammarion, le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt 2C_44/2020 le 3 mars 2022. Cet arrêt – qui fait suite à l'arrêt B-3975/2013 rendu par le Tribunal administratif fédéral le 30 octobre 2019 ainsi qu'à la décision de la COMCO précitée – est entré en force de chose jugée. Le Tribunal administratif fédéral a interdit à Flammarion d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrits en français en Suisse, ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral. Plus précisément, le Tribunal fédéral a jugé qu'« *[i]l convient pour le reste de confirmer l'interdiction faite à [Flammarion] d'entraver par des contrats de dis-*

tribution et/ou de diffusion les importations parallèles de livres écrites en français [...]. L'interdiction faite à [Flammarion] de continuer d'entraver les importations parallèles de livres suisses au moyen de telles clauses contractuelles [...] apparaît ainsi nécessaire, tout en constituant la mesure la moins incisive afin de supprimer la restriction illicite constatée. Relevons que cette mesure s'applique à tous les accords de distribution que peut conclure [Flammarion], indépendamment de la question de savoir s'ils concernent des ouvrages édités ou non par le groupe Flammarion. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les contrats de distribution exclusive passés entre [Flammarion] et [l'OLF] avaient également eu pour effet de supprimer la concurrence efficace en lien avec la distribution wholesale des ouvrages produits par le groupe Flammarion. Il a constaté que l'exclusivité territoriale octroyée à [l'OLF] supprimait de fait toute concurrence intramarque, de sorte qu'elle s'avérait également illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, quand bien même elle ne tombait pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. supra consid. 9.2 et 11.1). Il n'y a pas lieu de remettre en cause cette appréciation contre laquelle [Flammarion] ne soulève aucun grief dans ses écritures, qui ne semble pas violer le droit fédéral de prime abord et qui justifie le prononcé d'une mesure d'interdiction d'entrave à la concurrence au sens de l'art. 30 al. 1 LCart » (consid. 12.7). Par ailleurs, Flammarion a finalement dû s'acquitter d'une sanction de CHF 919'346.- ainsi que des frais de procédure.

90. Parallèlement à ce qui précède, dans le cadre des procédures de recours faisant suite à la décision de la COMCO, les autorités de recours ont jugé pour plusieurs parties que certains accords sanctionnés par la COMCO étaient couverts par le privilège de groupe (*Konzernprivileg*). Ce faisant, le Tribunal fédéral a toutefois précisé que si l'interdiction des importations parallèles par des accords intragroupes ne pouvait pas être sanctionnée en application de l'art. 5 LCart (en l'occurrence pour les parties *Dargaud* et *Diffulivre*), cela ne voulait pas encore dire qu'il n'existait pas d'abus de position dominante,¹⁰³ respectivement de pouvoir de marché relatif, dont la reconnaissance par le droit suisse a alors été explicitement mentionnée par les juges fédéraux.¹⁰⁴

91. Cette première enquête portant sur les livres écrits en français et les arrêts subséquents apportent ainsi un certain nombre d'informations sur le marché des livres en français, tant au niveau du produit en soi que de ses mécanismes de diffusion/distribution. Partant, il y sera au besoin fait référence dans le cadre de la présente enquête.

¹⁰² DPC 2018/2, 245, *Marché du livre écrit en français*.

¹⁰³ Ce qui n'a alors pas été examiné sur la seule base du fait que la question sortait de l'objet de la procédure.

¹⁰⁴ ATF 148 II 25 consid. 7.4, *Dargaud*; ATF 148 II 521 consid. 6.2.7, *Diffulivre*.

B.3.2 La diffusion des livres Madrigall

B.3.2.1 L'organisation

92. En Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée par E5F, respectivement des représentants de commerce qui sont employés par E5F.

93. Selon Madrigall,¹⁰⁵ le rôle du représentant est à la fois technique, de connaissance et d'acquisition de connaissance, mais aussi relationnel afin de veiller à une présence quotidienne en librairie au sein de la Suisse romande. Les représentants sont organisés par métier et sont des spécialistes de chaque typologie de l'offre éditoriale (spécialistes jeunesse/BD, de littérature, de poche, grands formats, etc.). Concrètement, les représentants divisent leur temps en trois parties:

- l'acquisition de connaissances;
- les visites à la clientèle;
- le temps passé à rencontrer les libraires sur le territoire concerné.

94. Toujours selon Madrigall, un représentant suisse, comparé à un représentant français, diffère dans la mesure où tous les aspects propres au marché suisse sont connus par le représentant suisse et sont pris en compte dans la détermination et dans la mise en adéquation de l'offre avec la demande. Les aspects propres au marché suisse sont en premier lieu culturels. L'organisation de chacun des libraires diffère également, ainsi que l'organisation de collections locales. Ces collections sont préparées avec des auteurs suisses dans le cadre d'une approche locale. Le rôle du représentant est donc de commercialiser, réassortir, dynamiser et faire vivre les catalogues en Suisse selon Madrigall.¹⁰⁶

95. En France, il existe des libraires de premier niveau, de second niveau, des grandes surfaces ainsi que des librairies en ligne. Pour chaque niveau de clientèle, il y a un représentant spécialisé. En Suisse à l'inverse, vu la taille du territoire, cette hiérarchisation des clients ne ferait pas de sens selon Madrigall. A la différence d'un représentant ultra spécialisé en France, un représentant en Suisse aura une hétérogénéité de clients: il gèrera par exemple Payot, des librairies de musées, des fondations, des librairies spécialisées BD, etc.¹⁰⁷

96. Sur la question de savoir si le pourcentage d'activité des diffuseurs par revendeur est lié au volume d'affaires et/ou plutôt au chiffre d'affaires des revendeurs, Madrigall indique que de manière générale, un représentant va passer plus de temps chez un client avec lequel Madrigall fait davantage de chiffre d'affaires.¹⁰⁸

97. Selon Madrigall, seule la part dévolue à la diffusion contenue dans le prix des ouvrages acquis en Suisse finance la diffusion en Suisse, à l'exception de toute autre rémunération des revendeurs à Madrigall ou à E5F.¹⁰⁹ Il en va notamment de même en France et en Belgique.¹¹⁰

B.3.2.2 Le principe de diffusion/distribution exclusive des livres

98. Au cours de la procédure, Payot a expliqué que le modèle économique français de commercialisation du livre, appliqué dans le pays d'origine et dupliqué à

l'export, repose sur un principe de diffusion/distribution exclusive. Cela signifie que, quels que soient la taille et le poids du fournisseur, les revendeurs n'ont pas d'alternative (qu'ils soient français ou suisses): ils n'ont qu'une source d'approvisionnement possible pour chaque éditeur, soit en France pour les revendeurs français, et en Suisse pour les revendeurs suisses, à des conditions très différentes selon Payot. Cette dernière ajoute que le fournisseur peut ainsi fixer et imposer les conditions commerciales (prix de vente et prix d'achat) qu'il souhaite, sans que le revendeur ne puisse s'y opposer ni faire jouer la concurrence.¹¹¹ Payot mentionne ici l'exemple suivant: la 2^e meilleure vente de l'année 2022 dans la catégorie « littérature francophone », soit *L'anomalie* d'Hervé Le Tellier, publiée par Gallimard, ne peut être obtenue que *via* la diffusion Gallimard, que ce soit en Suisse (diffusion E5F, distribution OLF) ou en France (diffusion Gallimard, distribution SODIS) si Payot avait un compte ouvert en France.¹¹²

99. Toujours selon les explications de Payot, dans les modèles germanophone ou anglophone par exemple, la chaîne du livre est constituée de trois maillons indépendants les uns des autres: éditeurs, grossistes et libraires. Les livres des éditeurs sont proposés chez tous les grossistes, et le revendeur peut donc les mettre en concurrence. C'est ainsi le cas pour les livres germanophones importés en Suisse alémanique. En revanche, ce n'est pas le cas en France, où chaque groupe dispose généralement d'un centre de distribution propre (en l'occurrence principalement deux pour le groupe Madrigall, soient la SODIS [catalogue Gallimard] et l'UD [catalogue Flammarion]). Ainsi, en France, un même livre ne peut être publié que par un éditeur, et commercialisé que par le seul diffuseur qui en a l'exclusivité.¹¹³ Payot parle même de particularité française de concentration verticale, à savoir que l'édition, la diffusion ainsi que la distribution se retrouvent aux mains d'un même groupe, ce qui, doublé de la diffusion/distribution exclusive, empêche toute concurrence entre les fournisseurs.¹¹⁴

100. Compte tenu de ce modèle « unique » de diffusion/distribution exclusive, Payot est d'avis que le choix au niveau des offreurs capables de répondre à une grosse demande en matière de quantité de livres – comme celle de Payot justement – reste limité au groupe concerné, en l'occurrence Madrigall. Ce grief sera abordé plus loin, au titre B.4.4.

B.3.2.3 La prise en charge de la diffusion par Payot elle-même ?

101. Dans le cadre de l'enquête s'est posée la question de savoir si Payot pourrait elle-même prendre en charge la diffusion des ouvrages Madrigall pour ses différentes enseignes.

¹⁰⁵ A 103, I. 144 ss; A 143, réponse 15.

¹⁰⁶ A 103, I. 154 à 157 et 166 ss.

¹⁰⁷ A 103, I. 200 ss.

¹⁰⁸ A 103, I. 263 à 268.

¹⁰⁹ A 103, I. 304 à 308.

¹¹⁰ A 143, réponses 22 et 24.

¹¹¹ A 1, § 3.1 et 3.7; A 15, réponse 3.

¹¹² A 15, réponse 3.

¹¹³ A 1, § 3.1.

¹¹⁴ A 15, commentaire concernant l'annexe c.15, p. 18 du PDF.

102. Sur le principe, Madrigall ne verrait pas d'obstacles particuliers à une prise en charge de la diffusion par Payot elle-même. Toutefois, selon B._____, Payot ne pourrait pas se charger de la diffusion elle-même, car les représentants en Suisse de Madrigall constitueraient une importante valeur ajoutée. Il prend pour exemple FNAC Suisse, qui n'est pas visitée par les représentants [...]. Il ajoute que le fait que les autres groupes d'éditions continueraient à utiliser leurs structures de diffusion suisses placerait Madrigall dans une situation de désavantage concurrentiel. Finalement, selon Madrigall, le travail de diffusion est clé au vu de l'obligation légale de diffusion envers les auteurs, respectivement les éditeurs.¹¹⁵

103. Lors de son audition et à la question de savoir si, de façon générale, les libraires considèrent les services de diffusion comme essentiels en Suisse, Céline Besson a répondu par l'affirmative, et a ajouté que les libraires romands ne pourraient pas se passer des diffuseurs.¹¹⁶ Selon elle, ce sont des partenaires commerciaux de tous les jours et il serait assez invraisemblable de s'en passer. Les conditions de travail des libraires seraient clairement moins bonnes sans les diffuseurs.¹¹⁷

104. Comme cela sera encore abordé plus loin (N 213 s.), il est également à noter que les visites des diffuseurs auprès des revendeurs représentent des critères qualitatifs permettant une remise additionnelle sur le PPHT, principe qui s'applique également en France. Partant et si Payot souhaite effectivement obtenir les mêmes conditions commerciales qu'en France, il faut dans tous les cas qu'elle remplisse les mêmes critères – en l'occurrence qualitatifs – qu'un revendeur français, y compris les critères relatifs aux visites des diffuseurs.

105. Vu ce qui précède, la question de savoir si Payot pourrait elle-même prendre en charge la diffusion des ouvrages Madrigall pour ses différentes enseignes peut rester ouverte. En effet et même si c'était possible sur un plan pratique, vu les impératifs légaux de diffusion des œuvres, vu les critères que doivent également respecter les revendeurs français afin d'obtenir la remise maximale et vu la présence dans tous les cas d'une diffusion en Suisse pour les autres revendeurs, aucun coût substantiel de diffusion ne semble d'emblée pouvoir être économisé en Suisse, à l'avantage de Payot seule. Le but de la présente enquête n'est pas de remettre en cause le principe même d'une diffusion des ouvrages Madrigall en Suisse ou de mettre en discussion la nécessité, sur le principe, d'avoir une diffusion des ouvrages Madrigall en Suisse, quelle que soit la tentative de Payot de faire mine de pouvoir entièrement s'en passer et ainsi économiser les coûts de la diffusion en Suisse par rapport à la France.¹¹⁸ La diffusion en Suisse est considérée en l'espèce comme étant une condition usuelle de la branche. En revanche et c'est ce qui sera examiné plus loin, il s'agira de déterminer quel est le surcoût effectif de la diffusion en Suisse par rapport à la France, si ce surcoût est justifié et dans quelle ampleur, et s'il peut être mis à la charge de Payot (N 239 ss et 493 ss).

B.3.2.4 Conclusion intermédiaire concernant la diffusion

106. Il ressort ainsi de ce qui précède qu'en Suisse, la diffusion des livres Madrigall est assurée en exclusivité par E5F et par E5F uniquement. En France, la diffusion des livres Madrigall est assurée en exclusivité par DLM et DLM uniquement. Si elle souhaite s'approvisionner en direct en France en livres Madrigall, Payot doit obligatoirement s'adresser à Madrigall et ses filiales – et en particulier à DLM, à la SODIS ou encore à l'UD – afin d'obtenir l'ouverture d'un compte.

B.3.3 La fixation du prix des livres en France

107. Dans le domaine du livre, pour fixer les conditions d'achat au niveau du marché de gros, il n'est pas raisonnable en matière de « prix de cession », mais de taux de remise sur le prix de vente conseillé (respect. réglementé, comme en France et en Allemagne p. ex.), appliqué par le diffuseur.¹¹⁹ Pour cette raison, les chiffres mentionnés dans la présente décision sont toujours exprimés sur la base du PPHT, étant par ailleurs relevé que le PPHT est également utilisé par Madrigall comme base de calcul du prix appliqué aux revendeurs suisses (N 375 ss).

108. La conséquence directe de la loi Lang et du protocole Cahart selon Madrigall est qu'en France, la marge du libraire est déterminée par la remise qui lui est consentie par le diffuseur dans la mesure où le prix de vente lui est imposé par l'éditeur. S'agissant du prix du marché suisse, en l'absence de réglementation sur le prix de revente des ouvrages, la marge de manœuvre du libraire suisse serait sans commune mesure avec celle qu'il aurait s'il était en France. Dans ces conditions selon Madrigall, la remise maximale qui résulte de sa politique commerciale est fixée à [...] % en France dans un contexte légal permettant à l'éditeur de fixer un prix unique de l'ouvrage.¹²⁰

109. Lors de son audition, B._____ a confirmé qu'en France, les conditions générales de vente (ci-après: les CGV) sont régulées à travers le protocole Cahart, qui prévoit des remises qualitatives et quantitatives, les premières devant être supérieures aux secondes. Certaines conditions sont obligatoires d'après ce protocole, d'autres non. Le libraire doit appliquer le prix légal, et les diffuseurs les conditions.¹²¹

B.4 Les conditions préalables à l'examen des conditions spécifiques d'un approvisionnement direct

B.4.1 Remarque introductive

110. Avant d'examiner concrètement à quelles conditions Payot serait soumise dans le cadre d'un approvisionnement direct en livres Madrigall en France (N 202 ss) et en quoi ces conditions, le cas échéant,

¹¹⁵ A 104, I. 210 ss.

¹¹⁶ A 136, I. 272 et 295.

¹¹⁷ A 136, I. 270 à 295.

¹¹⁸ A 65, réponse 16, p. 13.

¹¹⁹ A 1, § 3.1.

¹²⁰ A 41, réponse 16.

¹²¹ A 104, I. 160 ss et 290 ss.

s'écarteraient des conditions dont bénéficient les enseignes françaises, l'état des négociations entre Payot et Madrigall sera préalablement examiné ci-après (titre B.4.2). Payot basant ses griefs en partie sur une prétendue discrimination par rapport à FNAC, le cas particulier de cette dernière sera ensuite abordé (titre B.4.3). Suivra alors l'analyse des alternatives envisageables pour Payot à l'acquisition de livres Madrigall par les canaux officiels (titre B.4.4), avant d'apprécier finalement la praticabilité effective d'un approvisionnement direct pour Payot (titre B.4.5).

B.4.2 L'état des négociations

111. Il est ici examiné dans un premier temps si Payot a bien tenté de négocier les conditions commerciales d'un approvisionnement direct avec Madrigall, avant de s'adresser aux autorités de la concurrence.

112. A la suite de l'entrée en vigueur en Suisse des nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif le 1^{er} janvier 2022, Payot a débuté des négociations avec Madrigall le 20 janvier 2022, rendant par ailleurs Madrigall attentive à l'entrée en vigueur du nouveau droit suisse le 14 décembre 2021 déjà.¹²² Le but était non seulement de demander l'ouverture d'un compte en France, mais également d'exiger de disposer de conditions équivalentes à celles dont bénéficient les enseignes françaises comparables. En résumé, Payot demandait un approvisionnement direct en France,¹²³ aux conditions françaises, ou alternativement une amélioration de ses conditions d'achat en Suisse afin de permettre une baisse des prix pour être plus compétitive.¹²⁴ La raison est à chercher dans les écarts de prix entre le pays d'origine et la Suisse romande, qui crée selon Payot une situation « intenable » en matière de compétitivité.¹²⁵

113. Dans une réponse du 11 mai 2022 à Payot,¹²⁶ E5F indique en substance que Payot ne peut pas invoquer un pouvoir de marché relatif vis-à-vis de E5F, étant donné que des canaux d'approvisionnements alternatifs ouverts existeraient en France. Sur ce point, E5F indique que les premières négociations sur le fait de s'approvisionner directement depuis la France remonteraient à 2012 et que les difficultés de ces négociations ne seraient pas liées au principe de l'approvisionnement de Payot depuis la France, qui serait acquis depuis 2012, mais à la base de remise d'achat demandé par Payot. Toujours selon E5F, Payot serait donc en mesure de s'approvisionner librement et directement en France depuis une quinzaine d'années, mais n'aurait pas fait ce choix commercial. Finalement, E5F indique à Payot que celle-ci peut se rapprocher en parallèle des discussions commerciales avec E5F de la structure de diffusion DLM à Paris – par [...] E. _____ – pour connaître son prix d'achat en s'approvisionnant directement en France, ainsi que les conditions logistiques de cet approvisionnement.

114. Dans un courrier du 13 mai 2022 adressé par Payot à Madrigall,¹²⁷ Payot conteste premièrement qu'un approvisionnement direct depuis la France aurait été possible depuis 2012 déjà. C'est bien Gallimard qui aurait mis fin aux discussions à ce sujet en 2012. Concernant un approvisionnement en direct, Payot indique qu'elle assurerait elle-même le transport depuis les centres de

distribution de Madrigall vers la Suisse, le dédouanement ainsi que le traitement des flux. De plus, il n'y aurait qu'un flux de commande unique à traiter, que ce soit pour les réassorts quotidiens, les opérations commerciales ou les nouveautés.

115. Dans un courrier complémentaire du 13 mai 2022 toujours adressé par Payot à Madrigall,¹²⁸ Payot ajoute qu'en cas de mise en place d'un approvisionnement direct (par la SODIS et l'UD, soient les distributeurs français des livres Madrigall), cela signifierait que les conditions commerciales qui seraient accordées à Payot devraient être équivalentes à celles dont bénéficient des entreprises comparables opérant sur le territoire aussi bien français (p. ex. [...] et [...]) que suisse (FNAC Suisse).

116. Par courrier du 16 juin 2022,¹²⁹ Payot indique à Madrigall que si aucune proposition ne devait être trouvée pour le contrat de l'année en cours (2022) ainsi qu'une refonte des conditions qui entrerait en vigueur en janvier 2023 – des échéances convenues avec Madrigall selon Payot –, Payot étudierait plus en détail la solution de l'approvisionnement direct. Payot ajoute que par prudence, elle étudiera toutefois dès ce moment-là avec DLM les conditions qui lui seraient octroyées un cas d'approvisionnement direct, non seulement pour gagner du temps, mais également pour pouvoir comparer les deux solutions de manière chiffrée lorsque Madrigall aura fait sa proposition « en local ».

117. A la suite d'un rendez-vous le 29 août 2022 avec E. _____, [...] de Madrigall dédiée aux grandes enseignes, Madrigall a communiqué une proposition de CGV qui seraient appliquées à Payot,¹³⁰ hormis la remise qui serait accordée pour un approvisionnement direct.¹³¹ Selon Payot, deux sujets de première importance résultants des CGV Madrigall communiquées ne respectent pas les conditions usuelles de la branche en France, soit les délais de paiement ainsi que le droit de retour.¹³² Payot a ainsi expressément contesté ces points auprès de Madrigall dans un courrier du 31 août 2022.¹³³ Selon Payot, les CGV Madrigall auraient été rédigées « sur mesure » afin de la dissuader de se diriger vers un approvisionnement direct. Les conditions précitées relatives aux délais de paiement ainsi qu'au droit de retour seraient non seulement inacceptables commercialement pour Payot et ne correspondraient pas aux usages, mais de plus elles entreraient de ce fait dans le cadre des « pratiques illicites » telles qu'elles

¹²² A 1, annexes b.1 et b.2, pp. 46 ss du PDF.

¹²³ A 39, N 12.

¹²⁴ A 1, § 3.6 et 4.2; A 1, annexe b.2, pp. 47 s. du PDF.

¹²⁵ A 1, § 4.5.

¹²⁶ A 1, annexe b.4, pp. 50 ss du PDF.

¹²⁷ A 1, annexe b.5, pp. 53 ss du PDF.

¹²⁸ A 1, annexe b.6, pp. 56 s. du PDF.

¹²⁹ A 1, annexe b.7, pp. 58 s. du PDF.

¹³⁰ A 39, N 12; A 104, I. 355 s.

¹³¹ A 198, N 134.

¹³² A 1, § 4.2 ; A 1, annexe b.8, pp. 59 ss, en particulier pp. 60 et 63 du PDF.

¹³³ A 1, annexe b.10, pp. 68 s. du PDF; A 40, annexe 5.

seraient définies à l'art. 7 al. 2 LCart. Selon Payot en effet, dans les CGV Madrigall, les articles 4 (délai de paiement de [...] jours) et 7 (vente en compte ferme sans droit de retour) lui imposeraient des conditions discriminatoires vis-à-vis d'enseignes comparables françaises (ainsi que FNAC Suisse). L'échéance de paiement serait de [...] jours pour les enseignes françaises comparables,¹³⁴ et même de [...] jours pour l'exemple de la librairie indépendante [...], étrangère à la France, mais dans un pays membre de l'UE.¹³⁵ Il en irait de même pour le droit de retour, dont bénéficieraient les enseignes françaises comparables,¹³⁶ ainsi que la librairie indépendante [...] précitée.¹³⁷ Payot ajoute qu'elle aura la même approche avec les conditions de remise qui lui seraient communiquées, qui doivent être équivalentes à celles dont bénéficient des enseignes comparables, en particulier FNAC Suisse. Finalement, Payot ajoute avoir déjà perdu beaucoup de temps avec les négociations, les premières discussions remontant à plus de 7 mois, et n'avoir reçu aucune réponse concrète et/ou acceptable aux différentes demandes qu'elle a émises et aux questions qu'elle a posées. Payot laisse alors clairement entendre qu'elle s'adresserait aux autorités suisses de la concurrence pour faire respecter la loi suisse, si elle ne devait pas obtenir des réponses à ses interrogations d'ici au 15 septembre 2022.

118. Payot n'aurait reçu aucune réponse de Madrigall dans le délai de réponse fixé au 15 septembre 2022, ce qui a, toujours selon Payot, motivé le dépôt de la dénonciation du 19 septembre 2022 auprès des autorités de la concurrence.¹³⁸

119. Payot résume la situation en indiquant que la question n'était pas seulement de savoir si Madrigall était prête à ouvrir un compte en France à Payot, mais surtout de savoir à quelles conditions elle le ferait (CGV et conditions commerciales de Madrigall). Pour être en mesure de s'approvisionner en France, il faut que Madrigall accepte d'ouvrir à Payot un compte « au prix du marché et aux conditions usuelles de la branche », ce que Madrigall refuserait de faire à ce jour selon Payot, vu que les conditions proposées ne correspondraient pas aux « conditions usuelles de la branche ». Quant au « prix du marché », Madrigall n'aurait pas envoyé à Payot de proposition concrète de remise commerciale pour mi-septembre 2022, contrairement à ce qui aurait été convenu.¹³⁹ Le fait que la remise qui serait accordée à Payot pour un approvisionnement direct ne lui ait pas été communiquée à ce stade est confirmé par Madrigall, qui considère pourtant qu'il s'agit là d'un élément essentiel pour une négociation visant à favoriser un flux français.¹⁴⁰

120. Immédiatement après le dépôt de la dénonciation et par courrier du 21 septembre 2022 adressé à Payot par Madrigall,¹⁴¹ cette dernière lui a fait part de sa stupéfaction par rapport aux propos tenus dans l'article du quotidien *Le Temps* paru simultanément avec la dénonciation,¹⁴² alors que des négociations étaient toujours en cours selon Madrigall. Celle-ci y a également contesté la manière dont les faits étaient relatés dans l'article en question et considéré comme choquante la teneur des propos utilisés. Madrigall termine toutefois en indiquant souhaiter que la négociation se poursuive avec Payot, dans un climat digne et serein.

121. Par courrier du 12 octobre 2022 adressé à Madrigall par Payot,¹⁴³ celle-ci relève que Madrigall n'a toujours pas apporté de réponses à toutes ses questions, à savoir en particulier à quelles conditions Madrigall serait prête à lui ouvrir un compte en France.

122. Le 25 octobre 2022, E. _____ a fait parvenir à Payot un certain nombre de réponses attendues par Payot, dont le taux de remise, annoncé à [...] % sur le PPHT français par Madrigall.¹⁴⁴ Il ressort de ces réponses qu'en ce qui concerne les questions du droit de retour ainsi que des échéances de paiement, des possibilités d'amélioration, respectivement de compromis, pourraient se dessiner entre Payot et Madrigall, même si les conditions précises resteraient à négocier. En ce qui concerne toutefois le niveau de la remise commerciale maximale de [...] % « afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à [l'activité de Madrigall] en Suisse », Payot estime que ces [...] % maximum ne correspondent à rien, en tout cas pas aux conditions commerciales usuelles de la branche (qui sont généralement de [...] % maximum, N 208 ss). Cette remise commerciale de [...] % est totalement inacceptable selon Payot. Toujours selon elle, l'argument avancé pour justifier un tel niveau de remise n'aurait aucun sens, vu que Payot assurerait elle-même la distribution, étant entendu que les coûts des autres activités de Madrigall en Suisse n'ont pas à être financés par Payot. Quant à la diffusion selon Payot, elle devrait faire l'objet d'une remise supplémentaire pour la librairie, plutôt qu'une pénalité. Payot ajoute qu'elle n'envisage pas, dans le schéma d'un approvisionnement direct, de maintenir le système actuel des visites mensuelles dans chaque point de vente, qui n'auraient aucune valeur ajoutée selon elle. Finalement, Payot qualifie d'« indécente » cette proposition de conditions commerciales et comme étant une nouvelle manœuvre destinée à la dissuader de s'orienter vers un approvisionnement direct. Le but de Madrigall serait de maintenir Payot dans un marché suisse verrouillé.

123. Vu ce qui précède et par courrier du 28 octobre 2022,¹⁴⁵ Payot a ainsi indiqué à Madrigall que le taux de remise de [...] % maximum ne correspondait à rien, et en tout cas pas aux « Conditions de vente applicables aux catalogues de la diffusion Gallimard réservées aux librairies », édition d'août 2021, que Payot dit s'être procurées et qui prévoient une remise totale maximale de [...] %. A l'exception de la *Pléiade* ([...] %), Payot indique que vu ses volumes et configurations d'achats, qu'il s'agisse des remises quantitatives ou qualitatives, elle atteindrait bien [...] % dans toutes les catégories

¹³⁴ A 15, réponses 23 et 27; A 15, Commentaires finaux, pp. 20 s. du PDF.

¹³⁵ A 15, réponse 23 et Commentaires finaux, p. 20 du PDF; A 16, annexe 16.

¹³⁶ A 15, réponse 24.

¹³⁷ A 27, N 3.

¹³⁸ A 1, § 4.2.

¹³⁹ A 15, réponses 21 et 23.

¹⁴⁰ A 198, N 134.

¹⁴¹ A 16, annexe 8; A 66, annexe 2.

¹⁴² A 3.

¹⁴³ A 28, annexe 4.

¹⁴⁴ A 31, N 3; A 32, annexe 2; A 42, annexe F.

¹⁴⁵ A 33; A 40, annexe 8.

d'ouvrages. Quant aux « coûts de distribution en Suisse » avancés par Madrigall pour justifier sa proposition de remise maximale théorique de [...] %, Payot indique que Madrigall n'aurait aucun coût de distribution « suisse » pour ce qui concerne les flux Payot, en cas d'approvisionnement direct par Payot. Celle-ci ajoute encore que dans leurs contrats avec les éditeurs, les diffuseurs français prélèvent une commission (de [...] à [...] %) sur les ventes, qui comprend la diffusion, la distribution et la remise des libraires « world wide », et par conséquent la Suisse y est incluse.¹⁴⁶ De ce fait selon Payot, les coûts de diffusion « de base » sont déjà financés par les éditeurs, y compris pour la Suisse. Seul un « surcoût » suisse, lié au niveau de salaire plus élevé – encore que ce surcoût soit sensiblement atténué par de moindres frais pour les représentants suisses par rapport aux équipes de diffusion françaises de province, puisque la taille du pays limite leurs déplacements kilométriques et qu'il n'y a pas de nuitées d'hôtel – pourrait se justifier selon Payot. Elle conclut en indiquant que les arguments que Madrigall avance pour limiter à [...] % la remise commerciale de Payot ne sont pas recevables, et qu'elle estime légitimement (et légalement) pouvoir bénéficier des conditions de vente applicables aux différentes diffusions Madrigall réservées aux librairies françaises. Il résulte donc très clairement du courrier de Payot du 28 octobre 2022 que la remise commerciale maximale de [...] % proposée par Madrigall était refusée par Payot.

124. Madrigall a répondu à Payot par courrier du 22 novembre 2022.¹⁴⁷ Encore une fois, en ce qui concerne les questions du droit de retour ainsi que des échéances de paiement, des compromis semblent possibles, même si les conditions précises resteraient à négocier.¹⁴⁸ En ce qui concerne toutefois le niveau de la remise commerciale – déjà annoncée à [...] % sur le PPHT français par E. _____ le 25 octobre 2022 et fortement critiquée par Payot –, ce niveau de remise est confirmé par DLM, soit le diffuseur des livres Madrigall. Madrigall indique à ce sujet que ce taux de remise tient compte d'un coût de diffusion spécifique à la Suisse et supporté intégralement par E5F, autant pour ses représentants que pour leur encadrement. Les points de vente Payot représenteraient plus de [...] % du chiffre d'affaires que les représentants de Madrigall réaliseraient en Suisse à travers leurs visites. Toujours selon E. _____, cette organisation correspondrait à l'engagement que Madrigall aurait vis-à-vis de ses éditeurs d'assurer une représentation commerciale de leurs marques sur les marchés étrangers. Cela permettrait à Madrigall, au-delà de la présentation du programme de nouveautés à tous ses clients, d'animer ses fonds, qui représenteraient [...] % de son activité. Madrigall considère ses équipes de ventes comme un atout, que ce soit en France ou à l'étranger, dans un environnement concurrentiel qui se renforcerait. A cela s'ajouterait un coût de distribution additionnel par rapport à la configuration précédente, lié au doublement des flux selon Madrigall: l'ensemble des flux Payot se rajouterait au flux actuel de l'OLF qui continuerait d'exister, pour ce qui est de la préparation et du suivi des commandes, de la gestion des retours ainsi que du recouvrement. Le niveau de remise maximale proposé par Madrigall de [...] % est ainsi confirmé par celle-ci, malgré le fait que Payot s'y

était expressément opposée et avait en outre mentionné les raisons pour lesquelles ce taux n'était pas acceptable.

125. Dans sa prise de position devant le Secrétariat du 14 décembre 2022,¹⁴⁹ Madrigall indique que les conditions d'une éventuelle relation commerciale entre elle et Payot seraient encore en phase de négociations, et que la dénonciation de Payot serait intervenue à un stade particulièrement prématuré de cette future relation commerciale. Payot n'aurait tout simplement pas attendu l'aboutissement des négociations avec DLM avant de procéder à sa dénonciation. Payot se serait contentée d'envoyer un unique courrier après avoir reçu le projet de CGV, de fixer unilatéralement de multiples délais serrés, puis de déposer sa dénonciation quatre jours après l'écoulement de ces délais sans même prendre la peine de recontacter DLM. Madrigall conclut en indiquant qu'il n'est tout simplement pas possible de déterminer l'existence d'un abus si les négociations ne sont pas à un stade avancé ou dans une impasse.¹⁵⁰ Les CGV seraient le point de départ des négociations selon Madrigall, les conditions particulières retenues à la fin des négociations s'en écartant très fréquemment, voire systématiquement, pour autant que le libraire puisse fournir certaines assurances quant à son organisation et sa solidité financière. Selon Madrigall, c'est sur cette base que Payot et DLM « discuteraient actuellement » de l'éventuelle organisation d'un droit de retour en parallèle de la relation OLF et des garanties financières permettant d'allonger les délais de paiement qui seraient applicables à Payot. Madrigall considère donc que l'état des négociations avec Payot ne permettrait pas d'établir l'existence ou non d'un abus de pouvoir de marché relatif.¹⁵¹

126. Spécifiquement en ce qui concerne le droit de retour, Madrigall indique dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat qu'en pratique, les retours étant négociables avec la diffusion, la vente en compte ferme de livres sans droit de retour ne peut pas être considérée comme faisant partie des conditions usuelles de la branche en France, applicables à toutes les librairies ou enseignes françaises, sauf pour certaines catégories comme La Pléiade ou dans le cas d'opérations de baisse de prix. Pour les ventes export hors UE, la vente en compte ferme sans droit de retour serait toutefois le postulat de départ, premièrement en raison de l'obligation impérative d'identifier les flux retour et de garantir la gestion des flux, mais également pour

¹⁴⁶ Madrigall conteste ce chiffre et indique que chaque diffuseur/distributeur fonctionne de façon différente, A 103, I. 287 s.

¹⁴⁷ A 36 en lien avec A 40, annexe 6.

¹⁴⁸ A 39, N 81; Madrigall relativise toutefois les réponses de DLM du 22 novembre 2022 dans sa prise de position du 14 décembre 2022, et laisse entendre qu'en l'état actuel, un droit de retour intégral et permanent ne pourrait être accordé à Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct, A 39, N 78 s.; A 41, réponse 7, où Madrigall indique finalement que les retours sont négociables avec la diffusion, mais qu'il serait impératif de pouvoir identifier les comptes et les flux de retours afin de pouvoir générer les avoirs pour retour.

¹⁴⁹ A 39, remarques introductives et N 13.

¹⁵⁰ A 39, N 53 s.

¹⁵¹ A 39, N 57 s. ou encore N 69.

limiter le risque financier du diffuseur/distributeur. Il existerait donc toujours des CGV, et parallèlement des Conditions particulières de vente, qui constitueraient le résultat final de la négociation commerciale propre à chaque client.¹⁵²

127. Spécifiquement en ce qui concerne les délais de paiement, Madrigall indique dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat qu'en matière de vente de livres, les échéances de paiement sont définies librement et se situent en France généralement autour des [...] jours selon le contenu des contrats négociés.¹⁵³

128. Au final, Madrigall indique qu'elle est disposée à ouvrir un compte en France à toute librairie ou enseigne suisse qui en ferait la demande, et cela aux conditions suivantes:¹⁵⁴

- vente ferme (pas de droit de retour) et paiement à [...] jours, étant entendu que ces deux points pourraient être négociés dès lors que le client apporterait des garanties suffisantes pour la gestion des flux retours et concernant sa solvabilité financière;
- niveau de remise proposée allant d'un minimum garanti de [...] % à [...] % du PPHT français, afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à l'activité suisse;
- acceptation par le client des visites des représentants suisses de E5F;
- gestion du compte par DLM, interlocuteur direct du client; et
- mise à disposition des marchandises uniquement selon les modalités ex works.

129. A la question supplémentaire du Secrétariat de savoir si Madrigall serait disposée à appliquer les prix du marché français et les conditions usuelles de la branche en France à toute librairie ou enseigne suisse qui obtiendrait l'ouverture effective d'un compte en France, celle-ci répond que s'agissant des conditions de retour et de paiement, sous réserve d'obtenir les garanties attendues, le droit de retour pourrait être autorisé (sauf exception) et le paiement à [...] jours admis. Concernant le niveau de la remise, Madrigall indique que DLM ne peut pas appliquer aux libraires et enseignes suisses la même remise que celle garantie à toutes les librairies françaises indépendantes. Une remise maximale de [...] % intègre les coûts spécifiques à la Suisse selon Madrigall.¹⁵⁵ Madrigall affirme avoir justifié en détail les surcoûts allégués auprès de Payot.¹⁵⁶ Cela ne ressort toutefois pas du dossier, les explications de Madrigall se limitant à indiquer que la remise maximale de [...] % se justifie par un surcoût pour un libraire suisse par rapport à un libraire français.

130. Par courrier du 27 février 2023,¹⁵⁷ Madrigall indique à nouveau au Secrétariat que les autorités de la concurrence se sont, selon elle, immiscées dans des négociations en cours entre des parties privées, respectivement que l'ouverture de l'enquête serait intervenue alors que des négociations commerciales étaient en cours entre Madrigall et Payot. L'ouverture de l'enquête contribuerait à une complexification des négociations, ce que Madrigall regrette. Lors de son audition du 4 avril 2023,

A. _____ a considéré que les négociations étaient toujours en cours, que ce soit en matière d'approvisionnement direct ou dans tout autre domaine commercial.¹⁵⁸ Il a toutefois précisé que la dénonciation de Payot auprès de la COMCO exerçait sur Madrigall une pression excessive à la fois juridique, médiatique et commerciale, et laissé entendre qu'il était très difficile de négocier dans ces conditions.¹⁵⁹

131. Dans sa prise de position du 10 juin 2024,¹⁶⁰ Madrigall avance encore que la Proposition du Secrétariat du 8 avril 2024 ferait une lecture totalement erronée de l'état des négociations et du refus de Madrigall d'accepter un taux de remise supérieur à [...] %. Madrigall n'aurait jamais adressé une offre finale ou non négociable, mais aurait au contraire toujours adopté une attitude ouverte à la discussion et au dialogue avec Payot.¹⁶¹ Par ailleurs, l'observation de marché menée par le Secrétariat – à ce stade n'est en effet encore ouverte aucune enquête – aurait restreint les ressources disponibles de Madrigall pour la conduite de négociations commerciales avec Payot.¹⁶² A cela s'ajoute encore que Payot n'aurait jamais fait de contre-offre selon Madrigall, alors qu'elle aurait dû y procéder.¹⁶³

132. Vu ce qui précède, il est premièrement constaté qu'en vertu des déclarations mêmes de Madrigall, s'agissant des conditions de retour et de paiement et sous réserve d'obtenir les garanties attendues de la part de Payot, le droit de retour pourrait être autorisé (sauf exception) et le paiement à [...] jours admis. Vu les différents courriers et prises de position exposés ci-dessus, il semble dans tous les cas objectivement réaliste de retenir qu'un accord doit, le cas échéant, pouvoir être trouvé entre Payot et Madrigall sur ces deux points. A ce sujet, il peut par ailleurs être relevé que Madrigall indique expressément que « *ces deux points font l'objet de négociations toujours en cours* », ce qu'elle se garde toutefois bien d'indiquer juste après, s'agissant du taux de remise.¹⁶⁴

133. C'est donc bien davantage la remise maximale théorique de [...] % sur le PPHT français proposée à Payot par Madrigall qui constitue en quelque sorte le nerf de la guerre en l'espèce, vu que les conditions commerciales usuelles de la branche portent généralement sur un maximum de [...] % en tout cas en France et en Belgique, étant rappelé que le système applicable sur le marché belge ne se distingue pas du marché français.¹⁶⁵ Il convient donc d'examiner si ce taux pouvait

¹⁵² A 41, réponse 12.

¹⁵³ A 41, réponse 13.

¹⁵⁴ A 41, réponse 15.

¹⁵⁵ A 41, réponse 16.

¹⁵⁶ A 198, N 158 ss.

¹⁵⁷ A 68.

¹⁵⁸ A 103, I. 74 à 82 et 134 à 138.

¹⁵⁹ A 103, I. 383 à 395.

¹⁶⁰ A 198.

¹⁶¹ A 198, N 130 ss.

¹⁶² A 198, N 143.

¹⁶³ A 198, N 146 *in fine* et 164.

¹⁶⁴ A 39, N 81 et 82.

¹⁶⁵ A 143, réponse 27.

effectivement encore faire l'objet de négociations entre Payot et Madrigall – comme le laisse entendre cette dernière qui affirme à plusieurs reprises que les autorités de la concurrence seraient intervenues trop tôt –, ou si le taux en question était définitif et n'entendait plus être rediscuté par Madrigall, respectivement ne plus être rediscutable.

134. D'un point de vue factuel, il n'est pas contesté qu'en parallèle aux discussions commerciales avec E5F, Payot s'est rapprochée de DLM – par [...] E. _____ – pour connaître son prix d'achat si elle s'approvisionnait directement en France, ainsi que les conditions logistiques d'un tel approvisionnement. Des discussions ont donc bien eu lieu entre Payot et Madrigall par DLM. Indépendamment de la question de l'existence ou non d'un refus direct d'ouvrir un compte en France – qui ne se pose pas en l'espèce –, il convient de se demander si Madrigall poursuit une stratégie de retardement ou de report vis-à-vis de Payot en ce qui concerne un éventuel approvisionnement direct. Or, il n'est souvent pas possible de prouver directement une telle stratégie et donc quasiment la volonté d'une entreprise. Il existe ainsi un certain parallélisme avec ce que l'on appelle les faits intérieurs chez les personnes physiques (connaissance et volonté).¹⁶⁶ Dans un tel cas, il est généralement admis que la « volonté » de l'entreprise puisse également être déduite à l'aide d'indices.

135. En l'espèce, il est constaté que le 16 juin 2022 déjà, Payot indiquait qu'elle allait étudier « dès ce jour » avec DLM les conditions qui lui seraient octroyées en cas d'approvisionnement direct. Or, ce n'est que par courrier du 25 octobre 2022 que DLM a communiqué à Payot le niveau de la remise commerciale maximale de [...] % sur le PPHT, ce que Madrigall considère comme étant une offre.¹⁶⁷ Le 28 octobre 2022, Payot a immédiatement indiqué à Madrigall que le taux de remise de [...] % ne « correspondait à rien », et en tout cas pas aux « Conditions de vente applicables aux catalogues de la diffusion Gallimard réservées aux librairies ». Madrigall comprend ce courrier comme constituant une contre-offre portant sur le fait que la remise doit atteindre [...] %, sauf pour la collection de la Pléiade.¹⁶⁸ Madrigall était donc consciente dès réception du courrier du 28 octobre 2022 que le taux de [...] % n'était pas accepté par Payot. Cela n'a toutefois pas empêché Madrigall de confirmer ce taux par deux fois, soit par courrier du 22 novembre 2022 – Madrigall considérant qu'il s'agit de nouvelles contre-offres alors que le taux de remise de [...] % est à nouveau identique –,¹⁶⁹ puis encore dans ses réponses du 14 décembre 2022 au questionnaire du Secrétariat. Dans ses réponses du 21 juin 2023, Madrigall exposera finalement et pour la première fois par le menu comment le taux de remise de [...] % offert à Payot aurait été calculé.¹⁷⁰ Au terme du même courrier, Madrigall indiquera certes laconiquement être « *disposé[s] à discuter de chacun de ces points avec Payot dans le cadre de la procédure actuelle* », mais elle s'empresse immédiatement de mettre Payot en garde sur les risques d'affaiblissement de l'enseigne en cas d'approvisionnement direct.¹⁷¹ Dans son courrier du 28 juillet 2023, Madrigall mettra ensuite plusieurs fois en doute l'intégrité et la santé financière de Payot,¹⁷² ce qui semble pour le moins peu propice à améliorer un climat

de négociation que Madrigall qualifie de délétère, mais dont elle ne serait en tout cas pas à l'origine.¹⁷³ Quant à Payot, elle confirmera le 1^{er} septembre 2023 l'absence de toute négociation avec Madrigall depuis le début de l'année 2023, tout en ajoutant ne disposer d'aucun moyen de pression, de contrainte ou d'alternative face à un fournisseur qui ne veut pas négocier.¹⁷⁴

136. L'ensemble des indices mentionnés ci-dessus forment une image globale cohérente selon laquelle Madrigall n'est pas concrètement prête à proposer spontanément un taux de remise plus important, à négocier (et non pas seulement à « discuter ») le taux de remise proposé ou encore ne serait-ce qu'à prendre contact avec Payot en ce sens. Il n'y a pas de doute sérieux et insurmontable à ce sujet. A la lecture de la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, il est même constaté que selon Madrigall elle-même, une négociation aurait bien eu lieu entre les parties, avec offre et plusieurs contre-offres.¹⁷⁵ Madrigall semble toutefois ignorer ici que le simple fait de confirmer systématiquement la même offre initiale ne constitue pas – quoi qu'elle en dise – en une « nouvelle contre-offre », mais simplement une confirmation qu'elle n'entendait pas s'écarter de son offre initiale, expressément refusée par Payot, cette dernière n'ayant plus alors à refuser une nouvelle fois des « contre-offres » de Madrigall qui n'en étaient en réalité jamais une.¹⁷⁶ Il apparaît donc, au vu de l'ensemble des circonstances, qu'il est établi sans aucun doute que Madrigall n'est pas prête à négocier le taux de remise maximale de [...] % proposé. Le fait que, depuis la dénonciation de Payot puis l'intervention des autorités de la concurrence, Madrigall avance pour la toute première fois dans sa prise de position du 10 juin 2024 et à demi-mot que Payot pourrait obtenir une remise supérieure à [...] % mais qu'elle ne satisfait de toute manière pas à l'ensemble des critères,¹⁷⁷ est bien tardif et n'y change rien.

137. Il est également relevé qu'une dénonciation devant les autorités de la concurrence ne ferme aucunement la porte à des négociations ou des reconsidérations spontanées, en particulier au début d'une procédure. En l'occurrence, Madrigall aurait largement eu tout loisir de proposer à Payot de négocier le taux de remise, tout au long de l'observation de marché puis éventuellement au début de l'enquête des autorités de la concurrence, ou alors d'informer expressément les autorités précitées que ce taux pourrait précisément faire l'objet d'une nouvelle négociation ou d'une reconsidération suivant les circonstances. Elle ne l'a toutefois pas fait, se contentant

¹⁶⁶ Voir à ce sujet p. ex. ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.4.

¹⁶⁷ A 198, N 137.

¹⁶⁸ A 198, N 138.

¹⁶⁹ A 198, N 139.

¹⁷⁰ A 143, pp. 19 s.

¹⁷¹ A 143, p. 20.

¹⁷² A 148, notamment pp. 7 et 9.

¹⁷³ A 198, N 145.

¹⁷⁴ A 157, chiffre 2.1 p. 4.

¹⁷⁵ A 198, N 137 à 148.

¹⁷⁶ A 198, N 146 *in fine* et 164.

¹⁷⁷ A 198, N 214.

de laisser entendre à ce sujet que les négociations étaient toujours en cours. Une telle affirmation unilatérale et dénuée d'effets concrets ne suffit pas, en l'absence de tout élément tangible qui démontrerait une volonté effective de poursuivre la négociation ou de reconsidérer les conditions commerciales proposées. Finalement, une partie visée par une enquête de droit de la concurrence ne saurait demander la suspension de celle-ci en vue de négocier un éventuel accord (cf. N 35 ss) au-delà du début de l'enquête, et en tous les cas pas lorsque l'enquête se trouve dans sa phase finale comme cela a été le cas en l'espèce. Accepter une telle façon de procéder irait à l'encontre du principe d'économie de procédure, de la sécurité du droit et rendrait dans une large mesure le droit des cartels inapplicable. Il y a lieu de relever qu'il s'est écoulé deux mois entre la demande de suspension de procédure de Madrigall et l'envoi de la Proposition du Secrétariat, temps qui aurait pu être utilisé par Madrigall pour négocier avec Payot indépendamment de la décision du Secrétariat de donner suite ou non à la demande de suspension de la procédure, étant également souligné qu'il ne s'agissait pas d'une demande commune de suspension de la procédure, mais bien d'une demande individuelle de Madrigall à laquelle Payot, interpellée par le Secrétariat, ne s'est pas opposée.¹⁷⁸

138. Finalement, Madrigall, dans sa prise de position du 10 juin 2024, met également en doute la volonté sérieuse de Payot de procéder à un approvisionnement direct. Ainsi, Pascal Vandenberghe aurait mentionné, lors d'une interview télévisée en 2023, que Payot ne souhaitait « *pas forcément* » un approvisionnement direct. Pascal Vandenberghe serait également l'auteur d'autres contradictions, par exemple en ce qui concerne sa position sur le prix unique du livre, sur la responsabilité de Payot vis-à-vis des libraires indépendants, sur la date de sa démission du poste de directeur général de Payot ou sur les prix de détail généralement plus élevés en Suisse.¹⁷⁹ Ces arguments sont toutefois hors sujet. La seule chose pertinente est qu'il est prouvé que Payot a souhaité mettre en place un tel approvisionnement et a entamé les démarches y relatives en demandant à Madrigall l'ouverture d'un compte en France et les conditions correspondantes (N 111 ss). Si Payot poursuit d'autres alternatives que l'approvisionnement direct, ce qui a dû être le cas au moins au début, cela ne peut pas être interprété à son détriment, d'autant plus que la volonté de Payot de procéder à un approvisionnement en direct, a été confirmé à plusieurs reprises au cours de la procédure, y compris par la nouvelle direction.¹⁸⁰

139. Vu ce qui précède, il y a ainsi lieu de constater, d'une part, un échec des négociations et, d'autre part, l'absence de négociations en cours en ce qui concerne le taux de remise dont bénéficierait Payot en cas d'approvisionnement direct.

B.4.3 Le cas particulier de FNAC Suisse

140. Comme vu ci-dessus, Payot estime que les conditions commerciales qui devraient lui être accordées par Madrigall devraient être équivalentes à celles dont bénéficie FNAC Suisse (N 115 et 117). Il y a donc lieu d'examiner ci-après le cas particulier que représente

FNAC Suisse, et de déterminer si la situation de FNAC Suisse est comparable à celle de Payot.

141. Selon Payot, FNAC Suisse s'approvisionnerait directement en France depuis fin 2012, ce qui – par rapport à elle – constituerait une discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales au sens du droit suisse des cartels. Seule une amélioration sensible par Madrigall des prix d'achat de Payot dans le modèle actuel d'approvisionnement en Suisse pourrait mettre fin à cette discrimination selon Payot.¹⁸¹

142. Dans ses réponses du 6 octobre 2022, Payot semble toutefois admettre qu'en réalité, FNAC Suisse ne s'approvisionne pas en direct en France, mais qu'elle est approvisionnée par FNAC France, qui elle s'approvisionne bien en France. C'est donc les CGV (et les conditions de remise) de FNAC France qui s'appliqueraient indirectement à FNAC Suisse.¹⁸²

143. Madrigall estime pour sa part que la comparaison que fait Payot avec la situation de FNAC Suisse n'est pas pertinente en raison du fait que FNAC Suisse n'est pas un partenaire contractuel de Madrigall, respectivement que FNAC Suisse [...].¹⁸³ Madrigall ajoute que pour l'essentiel de son flux, FNAC Suisse s'approvisionne quasi exclusivement auprès de sa société mère française FNAC: GROUPE FNAC-DARTY (donc « FNAC France »), laquelle s'approvisionne elle-même en amont auprès de Madrigall et seulement ponctuellement [...] (N 144). C'est donc les volumes d'achat de l'entité française FNAC France qui fondent la relation commerciale entre Madrigall et FNAC France, ce à quoi s'ajoute que Madrigall n'a pas à supporter de coûts additionnels liés à la distribution et la diffusion en Suisse, vu que FNAC France – qui joue le rôle d'une centrale d'achat pour la Suisse – s'en charge pour sa filiale.¹⁸⁴ Les conditions commerciales qui sont décidées entre FNAC Suisse et FNAC France pour la revente des ouvrages résultent selon Madrigall de rapports intragroupes qui échappent au contrôle de Madrigall. La situation de FNAC Suisse ne serait donc aucunement comparable à celle de Payot selon Madrigall.¹⁸⁵

144. Madrigall précise que FNAC Suisse aurait [...] pour une toute petite partie de son activité, qui représenterait un peu moins de CHF [...] par année. [...]. Par ailleurs, les quelques créations éditoriales spécifiques suisses ne seraient disponibles qu'à travers E5F.¹⁸⁶

¹⁷⁸ A 161 et A 165.

¹⁷⁹ A 198, N 174, 185 et 419.

¹⁸⁰ A 165 et A 197.

¹⁸¹ A 1, annexe b.6, pp. 56 s. du PDF; A 15, réponses 11 et 33; voir aussi A 65, commentaire final et conclusion, let. e.

¹⁸² A 15, réponses 29 et 30.

¹⁸³ A 103, I. 547; A 159.

¹⁸⁴ A 104, I. 200 ss concernant spécifiquement la diffusion pour FNAC Suisse.

¹⁸⁵ A 39, N 72 à 76; voir aussi A 104, I. 190 ss.

¹⁸⁶ A 103, I. 524 ss.

145. Vu ce qui précède et vu en particulier que Payot semble aussi l'admettre, il sera retenu que la situation de FNAC Suisse est très particulière et qu'on ne saurait affirmer sans fortes nuances que FNAC Suisse s'approvisionne en direct en France. Partant, la situation de FNAC Suisse n'est effectivement pas comparable à celle de Payot et il ne sera pas examiné plus en avant si Madrigall impose des conditions discriminatoires à Payot par rapport à FNAC Suisse, qui ne s'approvisionne pas en direct en France au sens où on l'entend dans le cadre de la présente procédure. Néanmoins, la FNAC suisse est considérée comme le principal concurrent de Payot sur le marché du livre en Suisse romande avec 20 points de vente en Suisse romande.¹⁸⁷

B.4.4 Les alternatives envisageables pour Payot

146. Dans le cadre de la présente enquête, les alternatives envisageables pour Payot à l'acquisition de livres Madrigall par les canaux officiels pourraient être les suivantes:

- Payot pourrait cesser la vente de livres Madrigall (N 148 ss);
- Payot pourrait acquérir des livres Madrigall auprès de grossistes (N 171 ss);
- Payot pourrait acquérir des livres Madrigall sur le marché gris (N 183 ss).

147. Il sera analysé ci-après quelles seraient les conséquences pour Payot du recours à ces alternatives, respectivement si elles pourraient être considérées comme raisonnables.

B.4.4.1 Arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot ?

B.4.4.1.1 Déclarations des parties

148. Payot vend aux clients finaux des livres édités et/ou diffusés par le groupe Madrigall. Plus généralement, Payot commercialise l'intégralité des titres de tous les éditeurs faisant partie du groupe Madrigall, comme d'ailleurs de tous les éditeurs français et francophones, qu'ils soient diffusés en Suisse ou pas.¹⁸⁸

149. Selon Payot, il serait totalement inenvisageable si elle ne pouvait plus du tout proposer des livres Madrigall. Le catalogue du groupe Madrigall est en effet particulièrement important (environ 40'000 titres de 9'000 auteurs différents, parmi lesquels une quarantaine de récipiendaires du prix Goncourt, de même qu'une quarantaine de récipiendaires du prix Nobel de littérature).¹⁸⁹ Par définition et toujours selon Payot, une librairie généraliste doit pouvoir proposer l'intégralité de l'offre disponible en langue française, que ce soit par son offre en magasin, ou par les commandes clients en magasin ou en ligne (où l'intégralité des titres disponibles en langue française est présentée). Les livres ne sont pas interchangeables, et chaque livre doit pouvoir être proposé aux clients. Chaque livre fait l'objet de droits dont dispose l'éditeur. Un même livre ne peut être publié que par un éditeur, et commercialisé que par le seul diffuseur qui en a l'exclusivité. C'est ce modèle de diffusion/distribution exclusive qui est, selon Payot, à l'origine de la dépendance totale et absolue des revendeurs vis-à-vis des diffuseurs. Payot ajoute qu'aucun libraire ro-

mand, même spécialisé, ne pourrait se passer des livres du groupe Madrigall.¹⁹⁰

150. Madrigall quant à elle conteste la substituabilité restreinte des livres. Elle indique que pour la grande majorité du catalogue du groupe Madrigall, le choix du consommateur final se baserait en principe davantage sur un thème ou une catégorie d'ouvrages (p. ex. cuisine, tourisme, jeunesse, polar) plutôt qu'une édition ou un auteur particulier. L'existence d'une dépendance à l'assortiment doit être niée selon Madrigall, faute d'attentes particulières du consommateur. La gamme de Payot serait suffisamment étendue et diversifiée pour qu'il existe des alternatives suffisantes, sans que Payot ou son niveau de compétitivité ne souffre d'inconvénients particuliers en cas d'absence de certains ouvrages secondaires diffusés par Madrigall dans un de ses rayons. Toujours selon Madrigall, le consommateur moyen ne se rendrait pas chez un concurrent de Payot du seul fait que, parmi les très nombreux guides de voyage pour la destination de ses vacances, ceux diffusés par Madrigall ne serait pas en rayon. Madrigall termine en indiquant qu'elle ne peut exclure que, pour certains ouvrages de littérature qu'elle distribue et qui jouissent d'une grande notoriété, il puisse exister une forte demande liée à ces ouvrages spécifiques (p. ex. les prix Nobel de littérature).¹⁹¹

B.4.4.1.2 Confusion entre le niveau « wholesale » et le niveau « retail »

151. Dans un premier temps, il doit être constaté que dans ses écritures, Madrigall mélange indistinctement le niveau « wholesale » et le niveau « retail », en indiquant d'une part qu'en l'espèce, la relation entre Madrigall et Payot s'inscrit au niveau « wholesale »,¹⁹² mais en se plaçant immédiatement au niveau « retail » quand il s'agit de déterminer les préférences des consommateurs finaux et la substituabilité supposée des ouvrages.¹⁹³ Il est vrai que les préférences des consommateurs finaux ont certes une influence sur l'assortiment que les libraires se doivent de proposer, à savoir que ceux-ci ne vont proposer que les ouvrages qu'ils sont potentiellement amenés à pouvoir vendre. Toutefois, se placer exclusivement au niveau des consommateurs finaux pour évaluer la substituabilité des ouvrages au niveau « wholesale » ne permet pas d'appréhender la réalité du terrain au niveau des revendeurs de livres, comme cela sera encore confirmé dans les titres qui vont suivre. En d'autres termes, c'est bien au niveau « wholesale » – à savoir au niveau du marché de gros – que la question de la substituabilité des ouvrages doit être examinée en priorité, et non au niveau « retail » – à savoir au niveau du consommateur final qui se rendrait chez un libraire pour acquérir un livre.

¹⁸⁷ <<https://www.fr.fnac.ch/localiser-magasin-fnac/w-4>> (28.10.2024).

¹⁸⁸ A 15, réponse 1.

¹⁸⁹ <www.gallimard.fr/Footer/Ressources/Le-groupe-Madrigall#> (18.12.2023).

¹⁹⁰ A 15, réponses 12 à 15; A 157, chiffre 2.3 p. 5.

¹⁹¹ A 39, N 36 ss.

¹⁹² A 148, p. 4.

¹⁹³ A 148, p. 6; A 39, N 38.

B.4.4.1.3 Importance de l'assortiment Madrigall

152. Avant d'analyser l'importance concrète du catalogue Madrigall pour Payot, il convient de relever plusieurs éléments. A titre préliminaire, il est précisé que le catalogue Madrigall sera examiné comme un ensemble (assortiment complet), car il ressort de l'enquête que les libraires généralistes romands comme Payot proposent et se doivent de proposer à leurs clients l'intégralité du catalogue Madrigall, sur commande ou directement du stock. Cela correspond aux déclarations de Céline Besson (détaillées sous N 163 ci-dessous) ainsi qu'aux constatations du Tribunal administratif fédéral dans la précédente enquête des autorités de la concurrence sur les livres en français (N 165 ss). Au-delà des livres individuels, dont il est évident que certains sont plus connus et/ou réputés que d'autres, c'est donc bien l'ensemble des livres Madrigall, l'assortiment complet, dont il est question en l'espèce.

153. Cela étant, il est premièrement relevé que les livres sont des produits dont la substituabilité est très faible,¹⁹⁴ comme cela a déjà été reconnu par la jurisprudence fédérale (N 164 ss). Cela vaut d'autant plus en ce qui concerne la littérature et *a fortiori* pour les ouvrages récents, qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public.¹⁹⁵ Or, ces livres constituent la quasi-intégralité des livres Madrigall figurant dans la liste des cent livres les plus vendus par Payot en 2021¹⁹⁶, de telle sorte que les exemples avancés par Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024 (exemples au demeurant isolés et non chiffrés)¹⁹⁷ revêtent une importance très négligeable dans l'appréciation du poids de l'assortiment Madrigall pour Payot. Cette forte différenciation entre les ouvrages avait par ailleurs déjà été constatée à l'occasion de la première enquête des autorités suisses de la concurrence.¹⁹⁸

154. A ce qui précède s'ajoute qu'en tant que biens d'expérience, les livres se caractérisent par le fait que leurs particularités – alors même que celles-ci sont centrales pour le lecteur – ne sont vraiment connues du lecteur qu'au moment de sa consommation, respectivement au moment de la lecture du livre.¹⁹⁹ Il existe donc une asymétrie d'information entre l'éditeur ou le libraire et les acheteurs potentiels de livres, qui doivent supporter des coûts de transaction sous forme de coûts d'information lorsqu'ils cherchent l'ouvrage qui leur convient. En d'autres termes, lorsqu'ils se rendent dans une librairie, une partie des clients ne savent pas forcément quel(s) livre(s) ils achèteront: ils doivent donc procéder à une sélection parmi les ouvrages proposés. Une offre de livres des différents genres couvrant tous les éditeurs importants peut réduire considérablement cette asymétrie d'information et faciliter le choix des clients. Les acheteurs potentiels de livres reçoivent ainsi des informations pertinentes sur l'offre de manière groupée et – à tout le moins dans une librairie – de manière tangible (p. ex. en lisant le quatrième de couverture, en comparant différents titres ou grâce aux conseils des libraires).²⁰⁰ Ainsi, plus l'assortiment d'un libraire est exhaustif, plus celui-ci est attractif pour les clients, et en particulier pour ceux qui ne souhaitent pas acquérir un livre spécifique. Contrairement à ce que prétend Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024²⁰¹, c'est justement pour ces clients qu'une librairie doit avoir le

plus grand assortiment possible.²⁰² En outre, la caractéristique inhérente au marché du livre « Nobody knows » plaide en faveur d'un grand assortiment: il est difficile d'estimer à l'avance la demande pour un seul livre et donc son succès. La gestion d'un maximum de titres contribue à la diversification des risques des libraires.²⁰³

155. De manière générale, les clients privilégient en principe également les revendeurs disposant de l'assortiment le plus large possible. C'est d'autant plus le cas, en matière de livres, si les clients connaissent l'absence chez Payot d'un groupe éditorial aussi populaire que Madrigall, proposant des ouvrages régulièrement primés et bénéficiant ainsi d'une publicité particulière auprès des lecteurs. Il existe aussi une plus grande diversité du côté de l'offre au niveau « retail » qu'au niveau « wholesale »: étant établi que, dans la règle, tout libraire généraliste doit offrir (au moins sur commande) les catalogues des principaux éditeurs français, le client final peut en principe effectuer l'intégralité de ses achats en livres auprès de n'importe quelle librairie généraliste romande, y compris FNAC (qui dispose de 22 points de vente répartis dans toute la Suisse romande,²⁰⁴ soit 9 de plus que Payot). A cette concurrence traditionnelle s'ajoute celle de sites de vente en ligne tels qu'Amazon, accessibles à tout un chacun sans déplacement. Dans ce contexte, l'hypothèse selon laquelle les clients de Payot continueraient à acheter auprès de Payot leurs livres édités par des éditeurs autres que Madrigall et se fourniraient en livres Madrigall auprès d'autres revendeurs est pour le moins improbable, respectivement la part des clients de Payot qui procéderait ainsi serait vraisemblablement minoritaire, car un tel comportement reviendrait à multiplier le temps et les déplacements de la clientèle.²⁰⁵

156. L'importance du catalogue Madrigall et sa popularité pour la clientèle de Payot se reflètent d'ailleurs dans les ventes de Payot. Il ressort en effet du dossier qu'environ [10–20] % des livres vendus par Payot en 2021 (représentant [10–20] % de son chiffre

¹⁹⁴ Au niveau « retail » et sans qu'elle ne se transpose au niveau « wholesale », une certaine substituabilité a été reconnue pour les titres d'un genre déterminé, p. ex. pour les livres de cuisine ou les guides de voyages, cf. N 165 ss; cf. également A 136, I. 114 ss.

¹⁹⁵ A 136, I. 310 ss; à ce sujet, il est relevé que le droit français, à l'instar du droit suisse (cf. art. 29 al. 2 let. b de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins), prévoit en principe une protection du droit d'auteur jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur (art. L123-1 du Code français de la propriété intellectuelle).

¹⁹⁶ A 16, annexe 2 et 2^{bis}.

¹⁹⁷ A 198, N 385 ss.

¹⁹⁸ DPC 2018/2, 283 N 591 ss, *Marché du livre écrit en français*.

¹⁹⁹ CARL SHAPIRO, Optimal Pricing of Experience Goods, *The Bell Journal of Economics* (1973), 14(2), 497-507.

²⁰⁰ Voir à ce sujet MONOPOLKOMMISSION, Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld – Sondergutachten 80, 2018, N 15 et 56 ss.

²⁰¹ A 198, N 434 ss.

²⁰² MONOPOLKOMMISSION (n. 200), N 59.

²⁰³ Voir à ce sujet MARCEL CANOY/JAN C. VAN OURS/FREDERICK VAN DER PLOEG, The Economics of Books, in: *Handbook of the Economics of Art and Culture*, Ginsburgh/Throsby (éd.), 2006, 721-761.

²⁰⁴ <www.fr.fnac.ch/localiser-magasin-fnac/w-4> (19.02.2024).

²⁰⁵ Dans le même sens: A 136, I. 124 ss.

d'affaires)²⁰⁶ étaient des livres Madrigall, derrière les livres diffusés par Diffulivre. Les livres diffusés par Diffulivre ont représenté environ [20–30] % des ouvrages vendus par Payot en 2021 (et [20–30] % de son chiffre d'affaires), mais recoupent des livres de plusieurs gros éditeurs indépendants (notamment Hachette – troisième groupe éditorial au niveau mondial –,²⁰⁷ Albin Michel ou encore Glénat).²⁰⁸ En analysant plus précisément les listes des 100 meilleures ventes de Payot en 2021 (par nombre d'ouvrages vendus et par chiffres d'affaires), il en ressort que [10–20] des 100 livres les plus vendus par Payot étaient des livres Madrigall,²⁰⁹ et que [5–15] livres Madrigall figurent parmi les 100 livres ayant généré le plus de chiffre d'affaires pour Payot.²¹⁰ Concernant les 100 livres les plus vendus (en termes de nombre d'ouvrages), [10–20] sont édités par Madrigall comme on l'a vu – soit le groupe éditorial le plus représenté (devant Albin Michel, Médias Participations et Hachette) –, et correspondent à [...] livres vendus en 2021. Il s'agit là encore du groupe éditorial le plus représenté (devant Albin Michel [...], Médias Participations [...] et Hachette [...]). Ces chiffres témoignent déjà de l'importance des livres Madrigall également aux yeux des clients de Payot. En faisant abstraction des dictionnaires, des lois fédérales ainsi que des livres d'enseignement (soit 11 ouvrages), les livres Madrigall représentaient quasiment [15–25] % des ouvrages vendus parmi les 100 meilleures ventes de Payot.²¹¹ Il doit également être rappelé à ce stade que le catalogue du groupe Madrigall comprend 39 récipiendaires du prix Goncourt – largement en tête parmi les éditeurs²¹² – et 44 récipiendaires du prix Nobel de littérature, également un record parmi les éditeurs²¹³, ainsi que de nombreux *best-sellers* ayant eu un succès planétaire, comme la saga Harry Potter.

157. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall souligne que Hachette et Editis sont les deux « grands » du *maché de l'édition française*, comme le montrent entre autres leurs parts de marché en Suisse dans différentes catégories de livres, alors que Madrigall n'a la plus grande part de marché dans aucune catégorie.²¹⁴ En se basant sur les données de la société de conseil GfK pour l'année 2023 utilisées par Madrigall, on constate cependant que Madrigall a la deuxième plus grande part de marché en Suisse dans les deux catégories *Littérature générale grand format* et *Littérature générale poche*, avec [15–25] % et [25–35] %, après Hachette ([20–30] % et [25–35] %). Madrigall est donc particulièrement forte dans les catégories où la substituabilité au niveau « retail » est la plus faible (cf. N 152).

158. Madrigall soutient par ailleurs que le chiffre d'affaires réalisé par Madrigall avec ses [100–200] titres parmi les 1'000 titres les plus vendus de janvier à octobre 2022 ne représente que [0–10] % du chiffre d'affaires du marché total du livre.²¹⁵ Ce constat est trompeur. Madrigall tente ainsi de marginaliser l'importance de ses livres les plus vendus avec les auteurs à forte notoriété en prenant comme référence non pas le chiffre d'affaires des 1'000 livres les plus vendus mentionnés, mais le chiffre d'affaires du marché du livre dans son ensemble. L'exemple hypothétique suivant permet d'illustrer ce point: Supposons qu'il y ait un livre qui soit de loin en tête de la liste des *best-sellers* depuis des années. La part de ce livre – dont aucune librairie ne pour-

rait se passer – dans le chiffre d'affaires de l'ensemble du marché du livre serait néanmoins négligeable. En revanche, si l'on prend comme base de comparaison les 1'000 livres les plus vendus mentionnés, la part de Madrigall est de [10–20] % (chiffre d'affaires) et de [10–20] % (volumes vendus). Ces chiffres confirment les calculs précédents (cf. N 156).

159. Partant, il convient de retenir que Payot doit avoir la possibilité de commercialiser des livres Madrigall, vu l'importance du catalogue.

160. Enfin, et même si leur pertinence doit être relativisée, il convient d'évoquer les conséquences financières directes d'un arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot. Ces pertes directes résulteraient de la disparition immédiate du chiffre d'affaires réalisé avec les livres Madrigall et sont grossièrement quantifiables. Il ressort des données fournies par Payot que cette dernière a, en 2021 et en 2022, réalisé un chiffre d'affaires annuel de CHF [...] millions, dont environ CHF [...] millions ont été réalisés grâce à la vente de livres Madrigall, soit environ [10–20] %.²¹⁶ Les coûts d'achat nets liés aux livres Madrigall s'élevaient à environ CHF [...] millions par année. Selon Payot, d'autres coûts d'un montant de près de CHF [...] million seraient liés au traitement « base arrière » à l'OLF ainsi qu'au transport de l'OLF vers les librairies Payot. Il en résulte un coût de revient d'environ CHF [...] millions. La différence entre le chiffre d'affaires et le coût de revient est donc d'environ CHF [...] millions (soit CHF [...] millions de chiffre d'affaires moins CHF [...] millions de coûts d'acquisition), même si ce montant

²⁰⁶ A noter que, dans la pratique judiciaire allemande sur le pouvoir de marché relatif, la dépendance d'un revendeur de ski envers le fabricant de skis Rossignol avait été retenue alors même que la vente de skis de cette marque ne constituait que 8 % du chiffre d'affaires du revendeur concerné, en raison de la popularité des skis de la marque Rossignol, proposés par ailleurs par tous les concurrents du revendeur en question; BGH du 20.11.1975, KZR 1/75, *Rossignol*.

²⁰⁷ <www.hachette.com/le-groupe-hachette-livre-en-bref/> (23.02.2024).

²⁰⁸ A 16, annexe 1; <www.diffulivre.ch/nos-editeurs> (23.02.2024).

²⁰⁹ A son poste 97 de l'annexe 2^{bis}, l'A 16 mentionne un ouvrage des éditions Table Ronde (appartient au groupe Madrigall) qui n'est – à tort – pas listé dans les parts de marché du groupe Madrigall au début de l'annexe.

²¹⁰ A 16, annexes 2 et 2^{bis}. Les classements des dix meilleures ventes hebdomadaires de Payot contiennent également une part importante de livres Madrigall: ainsi, le classement hebdomadaire de la semaine du 12 au 17 février 2024, partagé dans le supplément « culture » du journal *Le Temps*, mentionne quatre livres Madrigall sur 10. Il en va de même dans les classements des meilleures ventes « grands formats » hebdomadaires partagés par Payot sur son site Internet (<www.payot.ch/fr/meilleures-ventes> [4.3.2024]), qui contenait p. ex. trois livres Madrigall sur 10 lors de la semaine du 26 février au 3 mars 2024.

²¹¹ [...] livres sur [...]; A 16, annexe 2^{bis}.

²¹² <www.cnews.fr/culture/2023-11-07/prix-goncourt-quelle-est-la-maison-dedition-la-plus-primee-depuis-1903-1265508> (28.03.2024).

²¹³ <www.courrierinternational.com/article/vu-d-italie-gallimard-l-editeur-francais-aux-quarante-quatre-nobel> (28.03.2024).

²¹⁴ A 198, N 101 ss.; annexes B et C.

²¹⁵ A 198, N 437; A 39, N 39 et annexe 4; A 219, slide 27 de la présentation de Madrigall. La part de [0–10] % résulterait du fait que le chiffre d'affaires réalisé avec les 1'000 pendant la période mentionnée s'élèverait à environ [15–25] % du chiffre d'affaires total des ventes de livres, tous éditeurs confondus.

²¹⁶ A 16, annexe 1.

devrait encore être légèrement réduit en raison d'autres coûts liés aux retours.²¹⁷ Finalement, en cas de résiliation de la relation d'approvisionnement avec Madrigall, les moyens financiers correspondants ne seraient plus à la disposition de Payot ni pour couvrir les coûts fixes généraux et les frais généraux (marges de contribution, soit la différence entre le chiffre d'affaires et les coûts variables d'une entreprise) ni comme bénéfice.

161. Concernant les adaptations comportementales de Payot, cette dernière pourrait essayer de se procurer des livres Madrigall par un autre canal afin de compenser une partie de la perte de chiffre d'affaires liée à la vente des livres en question. Comme il le sera toutefois démontré plus loin, cette possibilité est quasiment inexistante pour une librairie comme Payot (N 171 ss). Il est en outre possible que Payot économise d'autres coûts variables afin de compenser la perte du chiffre d'affaires réalisé avec les livres Madrigall (p. ex. quelques frais de personnel). Toutefois, nombre de ces coûts sont en grande partie de nature fixe, voire de nature incompressible (p. ex. frais liés à la location des points de vente), raison pour laquelle on ne peut supposer qu'un potentiel d'économie limité et que la perte directe pour Payot ne serait, là encore, que très faiblement réduite.

162. En résumé, la perte financière directe de Payot devrait s'élever, en ce qui concerne les marges de contribution et les bénéfices, à environ CHF [...] millions correspondant aux ventes manquantes en cas de résiliation de la relation de livraison avec Madrigall, ce qui est déjà un montant considérable qui ne pourrait que très légèrement être atténué par Payot. Par ailleurs, ce montant ne tient absolument pas compte des pertes, à moyen terme, sur les ventes des ouvrages des autres groupes éditoriaux (N 154 s.).

B.4.4.1.4 Déclarations de Céline Besson

163. A l'occasion de son audition, Céline Besson a indiqué qu'un libraire généraliste romand – Payot en est un – doit être en mesure d'obtenir tous les livres francophones, ce qui ne signifie toutefois pas forcément qu'il doit les avoir en stock.²¹⁸ Selon elle, un livre reste un exemplaire unique. Il y a des catégories de livres qui pourraient être substituables, comme les livres sur la cuisine par exemple. Pour ce genre de livres substituables sur le contenu, on pourrait imaginer privilégier les livres distribués en Suisse plutôt que ceux qui ne le sont pas. De façon générale selon Céline Besson, il s'agit plutôt de livres qui concernent la vie pratique (bricolage, cuisine, etc.). Les guides touristiques sont plutôt complémentaires ou en tout cas différents.²¹⁹ A la question de savoir si un libraire généraliste romand pourrait se passer des ouvrages de l'un ou de plusieurs grands groupes éditoriaux français, Céline Besson indique que non, car il risque de ne pas pouvoir servir ses clients dans un tel cas, et le risque en fin de compte est que la librairie ne génère pas assez de chiffre d'affaires. Pour Gallimard par exemple, si leurs livres ne peuvent être obtenus, les clients vont aller les chercher ailleurs alors que la majorité des livres que les libraires généralistes romands vendent au quotidien provient précisément de ces grands groupes français.²²⁰ Finalement, Céline Besson indique que pour un libraire généraliste romand, le

catalogue du groupe Madrigall est indispensable et qu'il n'est pas possible de s'en passer.²²¹ Sur question de Madrigall, Céline Besson précise qu'en ce qui concerne les livres « classiques » (livres de droits) publiés par différents éditeurs, ceux-ci pourraient être considérés comme substituables, bien que là encore, il y a des présentations différentes. Les préfaces, postfaces ainsi que les critiques – le travail d'édition ou les commentaires – font la différence. Le texte est certes substituable, mais les autres éléments, « l'emballage », non.²²²

B.4.4.1.5 Jurisprudence des tribunaux fédéraux

164. Finalement, il doit être relevé que dans sa pratique concernant les livres en français – confirmée par les instances de recours comme cela sera abordé ci-après –, les autorités de la concurrence ont également distingué le niveau de marché « wholesale » (acquisition de livres en vue de leur revente) du niveau de marché « retail » (soit la vente aux clients finaux). Les libraires tels que Payot se trouvent en position de demandeur au niveau « wholesale » et d'offreur au niveau « retail », alors que le groupe Madrigall se trouve dans une position d'offreur au niveau « wholesale ». A l'instar de la première enquête (N 86 ss), la présente enquête concerne également et exclusivement le niveau « wholesale ».

165. La question de la substituabilité des ouvrages au niveau « wholesale » a précisément déjà été examinée récemment par le Tribunal administratif fédéral, dans le cadre de la procédure de recours menée par E5F à la suite de la première procédure portant sur les livres écrits en français (N 86 ss). Les considérants qui suivent se trouvent sous le titre « *Concurrence sur le plan inter-marques* » et portent sur la délimitation et la description du fonctionnement du marché de référence (consid. 13 ss). C'est la raison pour laquelle cette appréciation des faits à laquelle a déjà procédé le Tribunal administratif fédéral est pertinente également dans le cadre de la présente enquête, d'autant plus que les mêmes acteurs économiques étaient concernés. Concrètement, le Tribunal administratif fédéral avait jugé ce qui suit dans son arrêt entré en force concernant E5F:²²³

²¹⁷ Dans ses calculs du prix d'achat et du coût de revient, Payot se base sur le coût d'achat brut (« Valeur en Prix d'achat »), c'est-à-dire que les retours ne sont pas pris en compte. D'après les données fournies par Payot (A 143, réponse 5), les coûts d'achat bruts s'élèvent à CHF [...] millions et les retours à environ CHF [...] millions. Il en résulte des coûts d'achat nets d'environ CHF [...] millions.

²¹⁸ A 136, I. 103 à 111 et 325 à 328. On peut donc considérer que le taux de distribution – soit le pourcentage d'acheteurs comparables (au niveau « wholesale ») qui proposent un ou des produits correspondants dans leur assortiment – est proche de 100 % (ce que l'on appelle le taux de distribution est le pourcentage d'acheteurs comparables qui ont un ou des produits correspondants dans leur assortiment; voir JÖRG NOTHDURFT, *Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen*, 17.1.2015, 37).

²¹⁹ A 136, I. 114 ss.

²²⁰ A 136, I. 121 à 128.

²²¹ A 136, I. 148 et 156.

²²² A 136, I. 301 à 309.

²²³ TAF, B-4669/2013 du 30.10.2019 consid. 15.2 à 15.5. L'affaire n'a pas été portée devant le Tribunal fédéral.

« Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques²²⁴ se joue avant tout sur l'échelon « retail ». Du point de vue du consommateur final, c'est-à-dire du lecteur, les titres d'un genre déterminé (p. ex. les livres de cuisine ou les livres de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point, être substituables. Ainsi, on doit admettre, à l'instar de ce que certains diffuseurs/distributeurs ont soutenu, que le lecteur peut, dans une certaine mesure, substituer, par exemple, le « Guide Michelin » par le « Gault et Millau » ou le « Guide du Routard » par le « Lonely Planet ». Toutefois, cette substituabilité ne se transpose pas au niveau « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un seul guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. De même, pour les ouvrages de littérature générale, il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Il en va de même des bandes dessinées. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les détaillants doivent être en mesure d'offrir à ceux-ci un large assortiment de références, le cas échéant, sur commande [...] ».

« C'est la raison pour laquelle, sur le marché « wholesale », les détaillants ne commandent pas des titres individuels, mais un assortiment de titres (p. ex. un assortiment de livres policiers). Aussi, pour pouvoir offrir à leurs clients un choix satisfaisant de références, les détaillants sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès des principaux – si ce n'est de l'ensemble – des diffuseurs/distributeurs suisses, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre comme canal d'approvisionnement. Cet état de fait réduit considérablement le pouvoir de négociation des détaillants sur l'échelon « wholesale ». Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur/distributeur d'aller acheter les livres de son catalogue auprès d'un autre diffuseur/distributeur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur/distributeur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel [...] ».

« [L]a forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence [...] ».

« [I]l ressort que la forte différenciation des livres limite les possibilités de substitution à tous les niveaux. L'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs/distributeurs fondés sur un régime d'exclusivité – indépendamment de la forme de celle-ci – a couvert plus de 95 % du marché sur la période visée par l'enquête. Ainsi, compte tenu de la nécessité pour les détaillants d'être en relation avec l'ensemble des distributeurs/diffuseurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ces derniers a été très largement insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence [...] ».

« Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la forte différenciation du produit du livre, et de la nécessité pour les détaillants de devoir s'approvisionner auprès de l'ensemble des principaux diffuseurs-distributeurs exclusifs, il n'a subsisté, durant la période de

l'enquête, aucune concurrence, actuelle ou potentielle, au niveau intermarques sur le marché de référence ».

166. Partant, en vertu de la jurisprudence fédérale entrée en force et pour la filiale E5F de Madrigall – étant précisé que le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la même conclusion pour toutes les autres parties, Flammarion y compris²²⁵ –, il a déjà été jugé qu'au niveau « wholesale » et pour les livres en français, il est nécessaire pour les revendeurs de livres d'être en relation avec l'ensemble des principaux distributeurs/diffuseurs. En tant qu'un des plus importants groupes éditoriaux français, le groupe Madrigall fait assurément partie des principaux distributeurs/diffuseurs de livres en français.

B.4.4.1.6 Conclusion

167. Vu ce qui précède, il est premièrement retenu qu'en raison de la nature particulière des livres, de la qualité du catalogue Madrigall et de l'importance qu'il revêt pour les ventes de Payot, il est nécessaire pour Payot de pouvoir proposer le catalogue Madrigall pour son activité. Partant, les pertes que subirait Payot en cas de cessation de la vente de livres Madrigall s'élèveraient bien au-delà des seules pertes financières correspondant à la seule perte de chiffre d'affaires et de bénéfice engendrés par la vente de livres Madrigall.

168. Cela est corroboré par les déclarations de Céline Besson, selon qui les libraires généralistes romands ne pourraient pas se passer des ouvrages de l'un ou de plusieurs grands groupes éditoriaux français. Concrètement en particulier le catalogue du groupe Madrigall, celui-ci est indispensable et il n'est pas possible de s'en passer. Si les livres Madrigall ne peuvent être obtenus, les clients se tourneraient vers d'autres librairies, entraînant ainsi une baisse substantielle du chiffre d'affaires.

169. Finalement, vu les arrêts du Tribunal administratif fédéral qui se prononcent déjà sur cette question très spécifique – étant précisé que le Tribunal fédéral n'a pas remis en question ce point dans toutes les procédures de recours qui ont fait suite aux arrêts du Tribunal administratif fédéral portant sur le premier cas des livres en français –, il sera retenu en l'espèce qu'au niveau « wholesale », les revendeurs sont tenus d'avoir un compte ouvert auprès de tous les principaux groupes éditoriaux, dès lors qu'aucun de ceux-ci ne peut être substitué à un autre. Le livre est un bien particulier qui se démarque par une forte différenciation, dont découle corrélativement une substituabilité très limitée, voire inexistante.

²²⁴ Concurrence entre produits théoriquement substituables appartenant au même marché relevant (marché « wholesale »), fournis par des offreurs différents.

²²⁵ TAF, B-3975/2013 du 30.10.2019 consid. 13.2 à 13.5. L'arrêt du TF 2C_44/2020 du 3.3.2022 a entièrement confirmé l'arrêt du TAF sur ce point.

170. Partant et en conclusion, l'arrêt de la vente de livres Madrigall ne constitue pas une alternative raisonnable pour Payot.

B.4.4.2 Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes ?

171. Selon Payot, en raison de la diffusion/distribution exclusive (N 98 ss), la seule alternative à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels est celle de l'ouverture d'un compte en France par Madrigall et d'un approvisionnement direct par leurs centres de distribution centraux SODIS et UD.²²⁶

172. Il convient en conséquence d'analyser ci-après si Payot ne dispose effectivement d'aucune source d'approvisionnement alternative en Suisse ou à l'étranger en mesure de lui procurer l'intégralité des ouvrages Madrigall à des conditions commerciales acceptables et objectivement praticables.

B.4.4.2.1 Les grossistes en Suisse

173. Il s'agit premièrement de déterminer si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall en Suisse, mais ailleurs qu'auprès d'E5F, respectivement de l'OLF.

174. A la question de savoir quelles étaient les possibles sources d'approvisionnement en livres Madrigall pour un libraire en Suisse romande, Céline Besson a mentionné le Buchzentrum (BZ) de Hägendorf (Suisse) lors de son audition le 31 mai 2023, en précisant qu'elle pensait que le Buchzentrum ne distribuait pas tous les livres et en supposant qu'il les achetait auprès de l'OLF. Selon Céline Besson, le Buchzentrum serait un grossiste qui proposerait des prix plus élevés et des remises moindres, raisons pour lesquelles les libraires en Suisse romande n'auraient pas d'intérêt à se fournir en livres francophones auprès du Buchzentrum. Au final, Céline Besson estime que le Buchzentrum ne serait pas une alternative à l'OLF.²²⁷

175. Les déclarations de Céline Besson ont été confirmées par les réponses du Buchzentrum du 13 juillet 2023 au questionnaire du Secrétariat du 5 juillet 2023.²²⁸ Selon le Buchzentrum, les livres en français représentent pour lui une activité secondaire et marginale. Sa clientèle pour les livres en français est principalement constituée de librairies et de détaillants en ligne en Suisse alémanique, pour lesquels les livres français constituent d'ailleurs également une activité secondaire. Le Buchzentrum ne propose par ailleurs qu'un choix très limité de livres en français. La plupart des titres sont intégrés dans leur assortiment sur la base des commandes des clients. En stock, ils ont principalement les livres pour l'enseignement du français.²²⁹ Comme supposé par Céline Besson, le Buchzentrum se fournit effectivement en livres principalement auprès de l'OLF. Il indique expressément que l'achat de livres en français auprès de lui n'est pas attractif pour les libraires spécialisées dans les livres en français. En effet, le Buchzentrum est un second niveau de distribution (grossiste) et se fournit en livres auprès du même fournisseur suisse (en l'occurrence l'OLF) que celui auprès duquel les libraires peuvent s'approvisionner directement. Un achat auprès du Buchzentrum implique ainsi des délais de livraison plus longs et des prix plus élevés.²³⁰

B.4.4.2 Les grossistes en France

176. Il convient ensuite d'examiner si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall à l'étranger, et en particulier en France, mais ailleurs que directement auprès de Madrigall en approvisionnement direct. En l'occurrence, les grossistes français doivent être examinés.

177. Payot est d'avis que les « grossistes » français ne seraient en aucun cas une solution pour une entreprise comme Payot: d'une part, ils ne pourraient offrir à Payot des conditions commerciales acceptables et, d'autre part, ils ne seraient pas en mesure de traiter des flux d'une telle importance.²³¹

178. Lors de son audition, Céline Besson a indiqué qu'elle pensait qu'il était possible, pour un libraire romand et pour tous les livres Madrigall qu'il commercialise, de s'approvisionner auprès de grossistes en France, mais qu'elle ne savait pas si c'était réaliste en matière de remises et de conditions. Par la suite et après avoir demandé quelques précisions par rapport aux questions posées, elle indiquera que ce n'est pas réaliste de s'adresser à un grossiste ou « pire », à un libraire français. Les coûts d'importation (transport, douane, etc.) seraient énormes, les remises minimales et les délais très longs. Il faudrait de toute façon commander beaucoup pour rentabiliser les frais, alors qu'à l'OLF, il est possible de commander un ou deux livres et les délais sont très courts.²³²

179. Madrigall indique pour sa part qu'en France, les grandes enseignes comme [...], [...] ou encore [...] se fournissent habituellement en livres Madrigall directement auprès des centres de distribution centraux de Madrigall (SODIS et UD), et non auprès des grossistes.²³³ Toujours selon Madrigall, les « grossistes » régionaux français ne sont pour les groupes comme Madrigall que des clients (N 80) qui ont pour vocation d'approvisionner les petits points de vente, et qui peuvent éventuellement être amenés à « dépanner ponctuellement » une grande enseigne pour quelques titres, ce qui s'explique par le fait que ces grossistes manquent d'espace de stockage et de la couverture financière nécessaire pour disposer et assurer leurs stocks, ainsi que par la difficulté que représente la gestion des différents flux parallèles. Par ailleurs et dans les faits, Madrigall constate de plus en plus l'arrêt de l'activité des grossistes, le grossiste le plus important en Belgique ayant même cessé ses activités pour cause de faillite.²³⁴ Par ailleurs, à la question de savoir si Payot serait objectivement en mesure de basculer l'entier de son approvisionnement en livres Madrigall auprès de grossistes en

²²⁶ A 1, § 3.4.

²²⁷ A 136, I. 170 à 183.

²²⁸ A 144 et 147.

²²⁹ A 147, réponses 1 et 2.

²³⁰ A 147, réponses 4A, 6, 7 et 8.

²³¹ A 1, p. 10, commentaire concernant l'annexe b.4.

²³² A 136, I. 190 à 214.

²³³ A 41, réponse 10.

²³⁴ A 41, réponse 11.

France, B. _____ a indiqué lors de son audition que cela serait difficile compte tenu du fait que le nombre de grossistes en France est limité et qu'ils n'ont pas la surface économique qui s'y prête.²³⁵ A la question de savoir si des importations parallèles auprès de grossistes français pour l'ensemble des livres Madrigall n'étaient pas simplement impraticables, B. _____ a répondu que compte tenu des volumes qui seraient nécessaires, il faudrait que le grossiste élargisse son périmètre et ses capacités de stockage.²³⁶ Au final, il voit mal qu'un flux suffisant peut être créé auprès d'un grossiste pour que Payot soit en mesure d'acquérir des quantités suffisantes de livres Madrigall ailleurs qu'auprès de l'OLF en Suisse, ou en approvisionnement direct en France auprès de la SODIS ou de l'UD.²³⁷ Par rapport à la situation actuelle avec l'OLF, B. _____ considère également que le service serait moindre avec un grossiste. Cela nuirait selon lui à la situation de Payot.²³⁸

180. A ce qui précède s'ajoute encore qu'au cours de la première enquête du cas des livres, l'OLF avait elle-même déclaré que les libraires suisses ne disposent en principe pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que les diffuseurs officiels, *sauf par le marché gris*,²³⁹ ce qui laissait déjà entendre à l'époque qu'il n'était pas possible de se tourner vers des offreurs alternatifs en France. Concrètement, le Tribunal administratif fédéral avait retenu que *« si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, toute autre alternative d'approvisionnement sur le marché français – telle que celui auprès des diffuseurs/distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France – est exclue [...] »*.²⁴⁰

B.4.4.2.3 Conclusion

181. Vu ce qui précède, en ce qui concerne les grossistes en Suisse, le Buchzentrum de Högendorf ne saurait constituer une alternative d'approvisionnement pour Payot, déjà pour le seul fait qu'il s'agit d'un intermédiaire supplémentaire par rapport à l'OLF. La même réflexion s'applique à l'approvisionnement par le biais de libraires suisses autres que Payot. La diffusion/distribution exclusive des ouvrages Madrigall en Suisse par E5F/l'OLF étant ainsi confirmée, Payot ne dispose pas d'alternative en Suisse lui permettant de basculer l'entier de son approvisionnement en ouvrages Madrigall.

182. Quant aux grossistes français, vu en particulier les déclarations de Madrigall elle-même, il sera retenu que Payot ne serait pas en mesure de basculer l'entier de son approvisionnement en livres Madrigall sur des grossistes en France, tout en y obtenant des conditions commerciales acceptables et praticables. Céline Besson arrive par ailleurs à la même conclusion en considérant qu'il n'est pas réaliste de s'adresser à un grossiste en France.

B.4.4.3 Acquisition par Payot de livres Madrigall sur le marché gris ?

183. Finalement, il convient de déterminer si Payot serait en mesure de s'approvisionner en livres Madrigall sur le « marché gris », étant rappelé que le volume concerné est important, soit près de [...] millions de livres vendus par année par Payot, dont [...] livres Madrigall.²⁴¹

184. La notion de « marché gris » correspond à la pratique du « faux-nez », telle qu'elle est également dénommée dans la branche. Cette pratique consiste à contourner la diffusion/distribution en Suisse – le canal traditionnel d'approvisionnement – par des achats par l'intermédiaire de revendeurs situés en France ou dans d'autres pays, sans que ces revendeurs ne révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats.²⁴²

185. En réalité, le Tribunal administratif fédéral a déjà répondu récemment à cette question dans le cadre du premier cas des livres écrits en français (N 86 ss), respectivement dans le cadre des procédures de recours. Ainsi, dans son arrêt consacré à E5F, il a jugé ce qui suit: *« Quant aux librairies françaises, il ressort de l'évaluation des questionnaires adressés aux détaillants que ceux-ci ne voient pas les librairies françaises comme une alternative crédible d'approvisionnement. Elles ne peuvent en réalité que constituer un « marché gris » au niveau de l'offre « Wholesale », dès lors qu'elles représentent des intermédiaires supplémentaires dans le réseau de distribution et sont, à ce titre, elles-mêmes tributaires des diffuseurs-distributeurs exclusifs français. Dans ces conditions, elles ne sauraient constituer des partenaires potentiels de l'échange à part entière. Au surplus, les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », sont marginales et se font à l'insu des éditeurs et des diffuseurs-distributeurs. Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des libraires français ne permet pas aux détaillants d'obtenir les mêmes conditions et services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses, en particulier s'agissant des remises et du droit de retour. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement auprès des librairies en France effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances spécifiques, en particulier pour les ouvrages non diffusés et non distribués en Suisse. Elles ne permettent pas de conclure que les librairies françaises sont des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « Wholesale », ce que confirme, du reste, l'expérience de Payot [...] »*.²⁴³ Le Tribunal administratif fédéral est par ailleurs parvenu à une conclusion identique dans son arrêt consacré à Flammarion.²⁴⁴

186. La question pourrait également se poser de savoir si FNAC Suisse ou FNAC France pourrait constituer un offreur alternatif vers lequel Payot pourrait se tourner afin d'y basculer officiellement l'ensemble de son approvisionnement en livres Madrigall. Il doit premièrement être relevé que FNAC n'est ni un grossiste ni un distributeur de livres, mais un revendeur de livres en France

²³⁵ A 104, I. 58 s.

²³⁶ A 104, I. 69 s.

²³⁷ A 104, I. 74 s.

²³⁸ A 104, I. 83 à 85.

²³⁹ TF, 2C_44/2020 du 3.3.2022 consid.10.6.3; TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 11.6.2 et 11.7.1.3.

²⁴⁰ TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 11.7.1.3.

²⁴¹ A 16, annexe 1.

²⁴² DPC 2018/2, 273 N 237 et 289 N 359 et les références citées, *Marché du livre écrit en français*.

²⁴³ TAF, B-4669/2013 du 30.10.2029 consid. 13.3.1.2, E5F.

²⁴⁴ TAF, B-3975/2013 du 30.10.2029 consid. 11.3.1.2, *Flammarion*.

ainsi que le plus gros concurrent de Payot en Suisse. Sur un plan purement commercial, en tant que principale concurrente de Payot en Suisse, FNAC n'aurait très probablement aucun intérêt à proposer – si tant est qu'elle puisse le faire tout en retirant un bénéfice – des prix de gros qui permettraient à Payot de la concurrencer efficacement sur le marché « retail » et de gagner des parts de marché sur elle. Partant et déjà pour cette première raison, il semble pour le moins très peu probable que FNAC accepte de fournir Payot avec plus de [...] livres annuellement et avec tous les services associés, en particulier le droit de retour. Il s'ajoute à ce qui précède que FNAC ne saurait constituer une alternative d'approvisionnement pour Payot également en raison du fait qu'il s'agirait d'un intermédiaire supplémentaire par rapport à la propre source d'approvisionnement de FNAC. En tant que second niveau de distribution, les prix FNAC seraient forcément très peu attractifs pour Payot, et potentiellement même plus élevés qu'auprès de l'OLF. Partant et vu ce qui précède, en tant que principal revendeur de livres concurrent de Payot en Suisse, FNAC ne représente pas une alternative crédible d'approvisionnement à des conditions acceptables pour Payot au niveau « wholesale ».

187. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall évoque encore – sans développer ou justifier – deux autres sources potentielles d'approvisionnement, à savoir l'approvisionnement en Suisse auprès d'E5F et l'approvisionnement auprès de plateformes de vente en lignes telles qu'Amazon.²⁴⁵ La première ne constitue évidemment pas une alternative puisqu'E5F fait partie du groupe Madrigall. Les développements ci-dessus concernant les grossistes et le marché gris, en tant qu'intermédiaire supplémentaire, s'appliquent mutatis mutandis à la seconde.

188. Vu ce qui précède et vu qu'aucun développement sur le marché susceptible de remettre en cause cette appréciation n'est perceptible, il est illusoire pour Payot d'être en mesure de basculer l'ensemble de son approvisionnement en livres Madrigall – soit plus de [...] livres annuellement – sur le « marché gris ». Il doit ainsi être retenu que pour une entreprise comme Payot, cela ne serait pas envisageable en raison du volume important, qui exclut toute solution bancaire. En tout état, une telle construction impliquerait forcément un intermédiaire supplémentaire, avec les coûts et difficultés que cela entraînerait.

B.4.4.4 Conclusion intermédiaire concernant les alternatives envisageables pour Payot

189. Vu l'ensemble de ce qui précède et étant donné qu'aucune autre source d'approvisionnement n'a été évoquée au cours de l'enquête, il est constaté qu'en raison de la diffusion/distribution exclusive des livres Madrigall et des spécificités qui sont liées à une telle exclusivité, la seule alternative pour Payot à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels est celle de l'ouverture d'un compte en France par Madrigall et d'un approvisionnement direct par ses centres de distribution centraux SODIS et UD. Quant à l'arrêt pur et simple de la vente de livres Madrigall, celui-ci ne constitue pas une alternative raisonnable pour Payot.

190. Avant toutefois d'examiner les conditions auxquelles un approvisionnement direct devrait intervenir, il convient d'analyser s'il est vraisemblable que Payot serait concrètement en mesure de procéder à un tel approvisionnement. C'est l'objet du prochain titre.

B.4.5 La praticabilité effective pour Payot d'un approvisionnement direct

B.4.5.1 Sur le coût de revient

191. Selon Payot et en cas d'approvisionnement direct, la remise maximale de [...] % proposée par Madrigall sur le PPHT français serait volontairement dissuasive, car le coût de revient des ouvrages serait sensiblement égal au prix de revient actuel. Payot ajoute que la volonté de Madrigall serait de conserver d'une manière ou d'une autre le surbénéfice réalisé au détriment de Payot, y compris en approvisionnement direct.

192. Si Payot obtenait des conditions de remise similaires à celle d'un libraire français comparable ([...] % maximum de remise sur le PPHT français), le coût de revient des ouvrages serait de [...] à [...] % moins élevé qu'actuellement selon Payot. En partant d'une hypothèse (basse) d'une moyenne de -[15–25] % sur l'ensemble des achats nets de Payot, celle-ci indique qu'elle arriverait à une différence de [...] francs. En effet, le coût de revient actuel sur achats nets serait de CHF [...] millions, alors qu'avec des achats directs aux conditions similaires à un libraire français, le coût de revient sur achats nets serait de CHF [...] millions selon Payot, soit une différence de CHF [...] million.²⁴⁶ La baisse des coûts de revient d'environ -[15–25] % représenterait selon Payot une réelle et durable solution pour elle. Payot pourrait ainsi devenir maître de ses prix et répercuter dans le prix final une réelle baisse du prix de vente consécutive à une baisse de ses prix d'achat. De plus, elle serait en mesure de retrouver de la compétitivité face à FNAC Suisse.²⁴⁷ A préciser qu'avec des achats directs, mais aux conditions proposées par Madrigall à Payot (remise maximale de [...] %), le coût de revient sur achats nets serait de CHF [...] millions selon Payot, soit une différence d'un peu plus de CHF [...]. Dans ce dernier cas, le gain serait trop modeste pour offrir un intérêt selon Payot.²⁴⁸

193. Il n'appartient pas en priorité aux autorités de la concurrence de déterminer – pour le compte d'une société active depuis de nombreuses années sur le marché et disposant de connaissances approfondies de celui-ci – si un approvisionnement en direct à l'étranger aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche serait en quelque sort « intéressant » pour elle. Celle-ci est bien plus à même de le confirmer, le cas échéant, calculs à l'appui comme cela a été fait ici.

²⁴⁵ A 198, N 432.

²⁴⁶ A 65, réponse 4.

²⁴⁷ A 65, Commentaire final et conclusion, let. c.

²⁴⁸ A 82, réponse 4.

194. Partant et vu ce qui précède, il est retenu en l'espèce qu'un approvisionnement en livres Madrigall en France, par approvisionnement direct, serait possible et économiquement praticable pour Payot. Dans tous les cas, cette dernière rend suffisamment vraisemblable qu'un tel approvisionnement serait praticable.

B.4.5.2 Sur la logistique, le transport, le stockage ainsi que le dédouanement

195. Concernant la logistique, les flux de transmission des commandes existent déjà selon Payot et pourront être réutilisés en cas d'approvisionnement direct. Le transport depuis la France pourrait faire l'objet d'une mutualisation avec l'OLF, qui pratique déjà des enlèvements chez SODIS et UD *via* un transporteur transitaire. Le stockage se ferait quant à lui principalement en magasin. Si nécessaire toutefois, le contrat de prestation de service « base arrière » avec l'OLF permet déjà à Payot d'avoir la possibilité de stocker certains titres « en centrale ». Afin de limiter les risques de ruptures de stock, un « stock tampon » de [...] références (nouveau titres et titres à forte rotation) serait géré par Payot à l'OLF, comme c'est déjà modestement le cas actuellement.²⁴⁹ Finalement, le dédouanement serait réalisé comme aujourd'hui par le transporteur transitaire, comme il le fait déjà pour l'OLF, sur la base des documents fournis par la SODIS et l'UD (poids et position douanière).²⁵⁰

196. A l'instar de la question du coût de revient (N 191), il n'appartient pas en priorité aux autorités de la concurrence de déterminer si un approvisionnement direct est réalisable sur un plan pratique. Payot est bien plus à même de le confirmer, le cas échéant comme elle le fait ici en expliquant concrètement comment un tel approvisionnement serait mis en œuvre.

197. Vu ce qui précède, la logistique, le transport, le stockage ainsi que le dédouanement en cas d'approvisionnement direct sont rendus suffisamment vraisemblables par Payot, en particulier en lien avec les structures déjà existantes auprès de l'OLF.

B.4.5.3 Le délai de mise en place d'un approvisionnement direct

198. Selon Payot, il lui faudrait au maximum trois mois pour mettre en place un approvisionnement direct avec la France, étant entendu que ce qui serait mis en place pour Madrigall pourrait ensuite être aisément dupliqué pour les autres diffuseurs. Concrètement, selon Payot, les points suivants devraient encore être mis en place:²⁵¹

1. l'ouverture d'un compte auprès de la SODIS et de l'UD aux conditions françaises (remise de [...] %);
2. la finalisation des négociations sur les conditions de vente (date de mise à disposition des nouveautés, conditions de retour, échéance de paiement notamment);
3. la mise en place d'une formule de diffusion satisfaisante pour Madrigall et Payot;
4. la refonte de la base arrière à l'OLF pour absorber davantage de flux.

B.4.5.4 Conclusion intermédiaire concernant la praticabilité

199. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est constaté que Payot a rendu suffisamment vraisemblable qu'elle serait – sur un plan pratique – en mesure de procéder à un approvisionnement direct en France en livres Madrigall.

B.4.6 Conclusion intermédiaire concernant les circonstances préalables à un approvisionnement direct de Payot

200. Dans un premier temps ci-dessus, l'échec des négociations ainsi que l'absence de négociations en cours entre Payot et Madrigall ont été constatés (N 139). Il a également été relevé que FNAC Suisse constituait un cas très particulier, qui n'est pas comparable à la situation dans laquelle se trouve Payot (N 145). A la suite de cela, l'absence de substituabilité des livres au niveau « wholesale » (N 169 ss) ainsi que l'impossibilité pour Payot de se tourner vers des offreurs alternatifs (N 189 s.) ont été constatées. Finalement, il a été constaté qu'un approvisionnement direct serait objectivement praticable pour Payot (N 199).

201. Vu l'issue de l'examen des circonstances préalables ci-dessus, il sera déterminé ci-après quelles sont les conditions et prix usuels de la branche en France, en quoi l'offre de Madrigall à Payot s'en écarte et comment Madrigall l'explique. Enfin, les indications de Madrigall seront analysées tant dans leur principe que, en ce qui concerne les surcoûts, dans leurs différents montants.

B.5 Les conditions spécifiques d'un approvisionnement direct en livres Madrigall

B.5.1 Les « conditions usuelles »

B.5.1.1 En France

B.5.1.1.1 Selon Payot

202. Selon Payot, le système français des remises fonctionne de la façon suivante: après l'entrée en vigueur de la loi Lang, le législateur a voulu la compléter par un dispositif destiné à rendre équitables et transparentes les relations entre les groupes d'édition et les revendeurs, à savoir le protocole Cahart. Ce dispositif repose sur deux axes: les CGV, d'une part, et les conditions commerciales, d'autre part.²⁵²

203. Concernant les CGV et selon Payot, chaque diffuseur doit appliquer aux revendeurs des CGV qui doivent être identiques pour tous. Payot estime que celles que Madrigall lui a proposées ne sont pas conformes aux « conditions usuelles de la branche », en matière de droit de retour et de conditions de paiement (échéance). En effet, toujours selon Payot, les enseignes comparables françaises bénéficieraient d'un droit de retour, ainsi que d'une échéance de paiement de [...] jours (N 117).

²⁴⁹ A 156, chiffre II p. 3.

²⁵⁰ A 65, réponse 5.

²⁵¹ A 65, réponses 6 et 7.

²⁵² A 15, Commentaires finaux, pp. 20 ss du PDF.

204. Concernant les conditions commerciales (remises) et toujours selon Payot, la loi française prévoit qu'elles s'articulent selon trois mécanismes qui s'additionnent:

- a. la remise de base: c'est celle qui est appliquée à tout revendeur ouvrant un compte auprès du diffuseur concerné. Selon les CGV de Flammarion, cette remise de base est de [...] % (N 212);
- b. une remise quantitative: elle vient s'ajouter à la remise de base sur la base d'un barème en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le client. Le barème est spécifique à chaque diffuseur, mais chaque barème d'un diffuseur doit s'appliquer indistinctement à tous ses clients, selon Payot;
- c. une remise qualitative: la loi de « prix unique » étant destinée dans son fondement même à protéger et préserver les librairies indépendantes selon Payot, cette remise vise à compenser la quantité (le CA) par la qualité, là aussi sur des critères fixés par chaque diffuseur. Cette remise a pour but d'éviter que certains fournisseurs soient tentés de privilégier les « très gros » clients, avec pour résultat des écarts de remise trop importants entre ces derniers et les plus modestes en matière de chiffre d'affaires, mais qui font un vrai travail de fonds et de qualité pour les éditeurs selon Payot.

205. Généralement, l'addition de ces trois remises est plafonnée à [...] %. Payot indique que vu ses volumes et configurations d'achats, qu'il s'agisse des remises quantitatives ou qualitatives, elle atteindrait bien [...] % dans toutes les catégories d'ouvrages, respectivement elle remplirait les exigences pour une remise maximale de [...] % (à l'exception de la Pléiade: [...] %).²⁵³ C'est pour cette raison que dans ses calculs, Payot a pris [...] % comme base de calcul du différentiel entre le prix d'achat dont elle bénéficierait en achetant directement en France et celui qu'elle a en Suisse.

206. Les conditions commerciales remises par la librairie [...] (édition d'août 2021) à Payot suivent le même système de remises, avec une remise totale maximale de [...] % sur le PPHT France en euros dans la plupart des catégories d'ouvrages.²⁵⁴

207. Au moment de la dénonciation de Payot du 19 septembre 2022, Madrigall ne lui avait pas encore communiqué les conditions commerciales (remises) pour un approvisionnement direct. Selon Payot toutefois, il y avait fort à parier qu'elles seraient, à l'instar des CGV, « dégradées », donc dissuasives. Effectivement, par courrier du 25 octobre 2022, Madrigall par DLM annonce à Payot un niveau de remise commerciale maximale de [...] % sur le PPHT français « *afin de tenir compte notamment des différents coûts de diffusion/distribution inhérents à [l'activité de Madrigall] en Suisse* » (N 122).

B.5.1.1.2 Selon Madrigall

208. Le système français des CGV et des remises décrit par Madrigall correspond à celui décrit par Payot, comme cela sera abordé ci-après.

209. S'agissant tout d'abord du droit de retour et de l'échéance de paiement, il ressort des déclarations de Madrigall *a contrario* que le droit de retour fait partie,

sauf exception, des conditions usuelles en France (N 126), de même qu'une échéance de paiement de [...] jours (N 127). Les actes au dossier le confirment, puisque tant les CGV du périmètre Gallimard/SODIS que du périmètre Flammarion/UD prévoient un droit de retour ainsi qu'une échéance de paiement de [...] jours.²⁵⁵

210. S'agissant du prix d'achat des libraires, dans le contexte légal français relatif à la loi Lang ou tout autre système comparable de prix unique fixé par l'éditeur et imposé au revendeur, la remise accordée au libraire détermine *de facto* l'assiette de sa marge. Sa marge maximale est la différence entre son prix d'achat et le prix de revente imposé. La remise du libraire est établie par chaque diffuseur en fonction d'une première remise de base, qui est fixée à [...] % par Madrigall et qui est accordée à tous les revendeurs, complétée d'une première remise additionnelle attribuée selon des critères qualitatifs (selon l'art. 2 de la loi Lang précisé dans le protocole Cahart) et d'une seconde remise additionnelle attribuée selon des critères quantitatifs. De manière générale, les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT,²⁵⁶ une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions, et notamment que la moitié de son activité consiste en la vente de livres ainsi que l'acceptation de visites de représentants.²⁵⁷

211. Il ressort des actes au dossier et de l'audition de B._____ qu'en ce qui concerne les revendeurs français et le périmètre Gallimard/SODIS, leur prix d'achat est fixé de la manière suivante:²⁵⁸

1. les différents rabais se calculent sur la base du prix de vente public hors taxe (PPHT), fixé unilatéralement par l'éditeur;
2. une remise de base de [...] % est appliquée par Madrigall à tous les revendeurs ayant un compte ouvert;
3. des critères qualitatifs généraux permettent une remise additionnelle maximale de [...] % environ;
4. des remises qualitatives s'y ajoutent, permettant une remise additionnelle maximale de [...] %;
5. des remises quantitatives s'y ajoutent, permettant une remise additionnelle maximale de [...] %;
6. de façon générale, la totalité des remises appliquées par Madrigall est comprise entre [...] et [...] % du PPHT.

²⁵³ A 33, courrier du 28 octobre 2022.

²⁵⁴ A 27, N 3; A 28, annexe 5.

²⁵⁵ A 42, annexe A pp. 88 ss et 210 ss. du PDF.

²⁵⁶ A 39, N 16 s. ou encore N 70.

²⁵⁷ A 104, I. 317 ss.

²⁵⁸ A 42, annexe A pp. 92 ss du PDF, annexe C pp. 245 ss du PDF, annexe D1 pp. 279 ss du PDF et annexe D5 pp. 300 ss du PDF.

212. Il ressort des actes au dossier ainsi que de l'audition de B._____ que pour les revendeurs français et en ce qui concerne le périmètre Flammarion/UD, leur prix d'achat est fixé de la manière suivante:²⁵⁹

1. les différents rabais se calculent sur la base du PPHT, fixé unilatéralement par l'éditeur;
2. une *remise de base* de [...] % est appliquée par Madrigall à tous les revendeurs ayant un compte ouvert;
3. une *remise qualitative* s'y ajoute, permettant une remise additionnelle maximale de [...] %;
4. une *remise quantitative* s'y ajoute, permettant une remise additionnelle maximale de [...] %;
5. de façon générale, la *totalité* des remises appliquées par Madrigall est comprise entre [...] et [...] % du PPHT.

213. Concernant les critères qualitatifs, ils sont généralement liés aux activités de promotion de l'offre éditoriale, au fond disponible en librairie ou encore aux compétences du personnel de librairie. Quant aux critères quantitatifs, ils dépendent de différents niveaux de chiffres d'affaires. Le protocole Cahart détermine que certains critères sont obligatoires et que d'autres sont facultatifs, étant entendu que les critères qualitatifs doivent être plus importants que les quantitatifs. Ces différents critères sont mesurables par les représentants, raison pour laquelle Madrigall souhaite des visites de ceux-ci. Les critères qualitatifs obligatoires – qui ressortent également des documents remis par Madrigall – sont les suivants selon B._____: les commandes à l'unité, la compétence du personnel, la réception du représentant et les opérations d'animation à l'initiative du libraire. Les critères complémentaires sont la promotion du fond du catalogue, la possibilité d'effectuer des recherches bibliographiques, ainsi que le suivi du service des nouveautés.²⁶⁰

214. A la question de savoir si Payot remplirait tous les critères permettant d'obtenir l'intégralité des remises mentionnées ci-dessus (de base, qualitative et quantitative) si elle était une librairie française, B._____ a indiqué lors de son audition que les plus gros points de vente de Payot pourraient effectivement disposer d'une remise maximale dans la mesure où Payot remplit les critères qualitatifs, mais il faudrait que Payot accepte les visites de représentants et que Madrigall ait accès à un certain nombre d'informations, notamment sur le taux de retour. Pour des points de vente plus petits, les critères permettant d'obtenir l'intégralité des remises ne seraient pas remplis selon B._____.²⁶¹

215. Toujours dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall indique que les CGV proposées par DLM à Payot auraient pour vocation à s'appliquer à tous les partenaires commerciaux hors UE de manière uniforme, et qu'elles ne seraient pas limitées au marché suisse ou aux pays à fort pouvoir d'achat. Selon Madrigall, ces CGV n'auraient pas été préparées « sur mesure » pour Payot, [...].²⁶² [...].²⁶³

B.5.1.2 Hors France

B.5.1.2.1 Pour les revendeurs de l'UE

216. Il ressort du dossier qu'en ce qui concerne les librairies en Belgique, celles-ci sont soumises aux mêmes CGV qu'en France, et les mêmes principes sont ainsi appliqués, tant en matière de fixation des prix d'achat qu'en matière de droit de retour et de condition de paiement.²⁶⁴ Plus généralement, le système applicable sur le marché belge ne se distingue pas du marché français.²⁶⁵ Payot précise au surplus que les libraires belges bénéficiaient des conditions françaises bien avant que la Belgique adopte une loi de réglementation du prix du livre dès janvier 2021 (à tout le moins en Wallonie selon Payot, la loi en vigueur en Flandre étant différente), et que cette loi wallonne n'est au demeurant pas identique à la loi française.²⁶⁶

217. Selon des informations fournies par Payot, la librairie [...] semble effectivement obtenir un rabais majoritairement de [...] % sur les ouvrages distribués par la SO-DIS (Gallimard), et également de [...] % sur les ouvrages distribués par l'UD (Flammarion).²⁶⁷

218. Madrigall confirme par ailleurs que les libraires belges sont soumis aux mêmes CGV que « celles déjà transmises », à savoir en l'occurrence celles des libraires français [...], [...] et [...]. S'agissant des libraires belges, Madrigall ajoute que la Belgique est membre de l'UE avec accès au marché unique européen (contrairement à la Suisse), que la Belgique dispose d'une législation sur le prix unique du livre similaire à la loi Lang française²⁶⁸ (aussi contrairement à la Suisse), et que la représentation commerciale de Madrigall qui visite les clients en Belgique est la même que celle qui visite les clients en France,²⁶⁹ étant toutefois entendu que certains représentants de Madrigall vivent et travaillent en Belgique.²⁷⁰ B._____ précisera en audition qu'il y a un grossiste belge qui livre des petits points de vente, qu'il dispose d'un stock, mais non d'un dépôt. Il n'y a toutefois pas d'équivalent de l'OLF en Belgique, toujours selon B._____.²⁷¹

²⁵⁹ A 42, annexe B pp. 235 ss du PDF, annexe C3 pp. 254 ss du PDF, annexe D4 pp. 295 ss du PDF et annexe D6 pp. 305 ss du PDF; A 116.

²⁶⁰ A 104, I. 270 ss; A 42, annexe A, pp. 92 ss du PDF, annexe B pp. 235 ss du PDF, annexe C pp. 245 ss du PDF, annexe C3 pp. 254 ss du PDF, annexe D1 pp. 279 ss du PDF, annexe D4 pp. 295 ss du PDF, annexe D5 pp. 300 ss du PDF et annexe D6 pp. 305 ss du PDF.

²⁶¹ A 104, I. 325 à 328.

²⁶² A 39, N 68.

²⁶³ A 103, I. 509 s.

²⁶⁴ A 41, réponse 14; A 42, annexe E, pp. 307 ss du PDF; A 104, I. 456 à 462; A 143, réponses 26 et 27.

²⁶⁵ A 143, réponse 27.

²⁶⁶ A 156, chiffres 7 et 27; A 157, chiffre 2.2.

²⁶⁷ A 16, annexe 17.

²⁶⁸ A 198, N 196.

²⁶⁹ A 41, réponse 6; A 104, I. 460 à 462 et 485; A 143, réponses 26 et 27; A 156, chiffre 23.

²⁷⁰ A 104, I. 493 à 496.

²⁷¹ A 104, I. 466 à 468.

219. Sur la question de savoir ce qui empêcherait Madrigall d'appliquer le même système en Suisse, B. _____ a indiqué que la différence est le dépôt, il n'y en a pas en Belgique. D'une certaine façon, la Belgique est traitée comme si elle faisait partie de la France. En Suisse, les ouvrages arrivent dédouanés et doivent être pourvus de nouvelles étiquettes, ce qui ne serait pas le cas en Belgique. L'existence du dépôt est la garantie d'avoir un approvisionnement rapide des libraires indépendants en Suisse. Cela serait précisément un problème avec le projet de Payot: Madrigall n'a pas d'idée de la volumétrie et de la gestion de ce dépôt.²⁷²

220. En audition, A. _____ et B. _____ ont indiqué que l'Allemagne procédait également à des approvisionnements directs de livres Madrigall, sans toutefois en indi-

quer les conditions.²⁷³ Quant à B. _____, il indiquera de tête en audition que les CGV des grossistes français sont très proches de celles des revendeurs indépendants.²⁷⁴ B. _____ précisera encore que mis à part la Belgique, le Québec et la Suisse, sur l'export, la plupart des pays sont approvisionnés en direct et les prix sont calculés en partant du PPHT.²⁷⁵

221. En annexe de ses réponses du 21 juin 2023 et sur questions du Secrétariat, Madrigall a en outre déposé une liste des pays de l'UE vers lesquels les diffusions de Madrigall exportent leurs ouvrages, ainsi que les rabais minimal et maximal pour chacun. Cette liste, qui porte sur un ensemble de clients (libraires, grossistes, institutionnels) et de produits (toutes diffusions, y compris hors groupe Madrigall), est reproduite ici:²⁷⁶

Pays	Remise la plus basse	Remise la plus haute	Grossiste(s) local(aux)
Allemagne	[...] %	[...] %	[...]
Autriche	[...] %	[...] %	[...]
Belgique	[...] %	[...] %	[...]
Bulgarie	[...] %	[...] %	[...]
Chypre			[...]
Croatie	[...] %	[...] %	[...]
Danemark	[...] %	[...] %	[...]
Espagne	[...] %	[...] %	[...]
Estonie			[...]
Finlande	[...] %	[...] %	[...]
Grèce	[...] %	[...] %	[...]
Hongrie	[...] %	[...] %	[...]
Irlande	[...] %	[...] %	[...]
Italie	[...] %	[...] %	[...]
Lituanie	[...] %	[...] %	[...]
Malte			[...]
Pays-Bas	[...] %	[...] %	[...]
Pologne	[...] %	[...] %	[...]
Portugal	[...] %	[...] %	[...]
Rép. Tchèque	[...] %	[...] %	[...]
Roumanie	[...] %	[...] %	[...]
Suède	[...] %	[...] %	[...]

²⁷² A 104, I. 469 à 475.

²⁷³ A 103, I. 443; A 104, I. 444 s.

²⁷⁴ A 104, I. 341 s.

²⁷⁵ A 104, I. 408 à 416.

²⁷⁶ A 143, réponse 25 et annexe J.

Il ressort de ces données que la remise la plus haute maximale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %, et la plus haute minimale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %. La moyenne des remises les plus hautes se situe à [...] %. Il est ainsi constaté qu'avec une proposition à [...] % de remise maximale pour Payot, Madrigall se situe bien en dessous de la moyenne européenne, et même en dessous de la remise la plus haute minimale. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall compare la remise proposée à Payot à la remise minimale moyenne de [...] % pour les revendeurs européens²⁷⁷, mais celle-ci n'est que légèrement inférieure à [...] % et est en outre tirée vers le bas par deux exceptions ([...] avec [...] % et [...] avec [...] %). Madrigall ne peut rien déduire de cette comparaison en sa faveur. Au contraire, c'est un indice supplémentaire que le rabais proposé à Payot est exceptionnellement bas en comparaison internationale. C'est d'autant plus étonnant que, selon Madrigall, Payot occupe également une position économique importante en comparaison internationale.²⁷⁸

B.5.1.2.2 Pour les revendeurs hors UE

222. En audition, A._____ a indiqué – en ce qui concerne les rabais maximaux que les revendeurs hors UE obtiennent en matière d'approvisionnement direct – qu'ils étaient de l'ordre de [...] %, voire [...] % dans certains cas. Il précise par ailleurs que Madrigall travaille dans 90 pays différents, avec des différences importantes entre les pays et les clients. Au Maroc par exemple, la diffusion [...].²⁷⁹

223. En ce qui concerne les CGV exports hors UE qui ont été présentées à Payot, B._____ a indiqué qu'il s'agit de conditions basiques contenant une remise de base sujette à discussion.²⁸⁰ Or, comme constaté précédemment, cela n'est pas le cas en réalité (N 139).

224. En annexe de ses réponses du 21 juin 2023 et sur questions du Secrétariat, Madrigall a en outre déposé une liste de 87 pays situés hors UE vers lesquels les diffusions de Madrigall exportent leurs ouvrages, ainsi que les rabais minimal et maximal pour 62 d'entre eux. Selon Madrigall, cette liste porte sur un ensemble de marchés différents avec des spécificités très variables (clients libraires, grossistes, institutionnels), toutes diffusions comprises.²⁸¹

225. Il ressort de ces données que la remise la plus haute maximale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %, et la plus haute minimale, en l'occurrence octroyée [...], se monte à [...] %. La moyenne des remises les plus hautes se situe à [...] %. Il est ainsi à nouveau constaté qu'avec une proposition à [...] % de remise maximale pour Payot, Madrigall se situe bien en dessous de la moyenne mondiale (hors Europe), et également à nouveau en dessous même de la remise la plus haute minimale. Pour les revendeurs dans les pays hors de l'UE, Madrigall chiffre dans sa prise de position du 10 juin 2024 le rabais minimal moyen à [...] %.²⁸² Cette donnée est toutefois sujette à une erreur de calcul. En se basant sur les valeurs indiquées au N 221 ci-dessus, le rabais minimal moyen est de [...] %. Cette comparaison suggère également que le rabais (maximal) proposé par Payot est très bas en comparaison internationale.

B.5.1.3 Conclusion intermédiaire concernant les conditions usuelles

226. Vu ce qui précède, il y a lieu de constater que les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT,²⁸³ une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions de base. Il y a également lieu de constater que les librairies en Belgique sont soumises aux mêmes CGV qu'en France; la Belgique est traitée comme si elle faisait partie de la France. En dehors de la Belgique, du Québec et de la Suisse et en ce qui concerne l'export, la plupart des pays sont approvisionnés en direct et les remises sont calculées en partant du PPHT. Partant, il est constaté qu'en ce qui concerne l'approvisionnement en livres Madrigall, la Suisse fait l'objet d'un traitement particulier et inhabituel à double titre: d'une part, elle n'est – en tout cas à l'heure actuelle – pas approvisionnée en direct, et d'autre part, si elle était approvisionnée en direct, elle ne pourrait pas bénéficier d'une remise comprise entre [...] et [...] % du PPHT français, mais seulement d'une remise maximale de [...] % sur le PPHT français. En particulier par rapport aux autres pays européens, mais également au reste du marché mondial, le traitement dont fait l'objet le marché suisse par Madrigall interpelle.

227. Enfin, il y a lieu de retenir que le droit de retour et l'échéance de paiement de [...] jours, prévus dans les CGV de Madrigall, font partie des conditions usuelles de la branche en France.

228. Il convient ainsi d'examiner ci-après de quelle(s) façon(s) Madrigall explique ce traitement particulier du marché suisse, et en particulier comment ce « surcoût » suisse que constitue la différence entre la remise maximale proposée à Payot et les remises sensiblement plus importantes pratiquées, semblerait-il, dans le reste du monde est justifié par Madrigall.

B.5.2 La justification du « surcoût » suisse par Madrigall

229. Selon Payot, la diffusion est payée en amont par l'éditeur à son diffuseur. Cela étant dit, il y a certainement un « surcoût » suisse pour la diffusion que Payot peut comprendre. Payot en arrive à un total de [...] % de surcoût maximum sur le prix d'achat hors taxe acceptable à ses yeux, « all inclusive »,²⁸⁴ étant entendu que Payot parle ici de surcoût pour un achat en Suisse, et non en cas d'approvisionnement direct.

²⁷⁷ A 198, N 197.

²⁷⁸ A 198, N 112 ou 232.

²⁷⁹ A 103, I. 489 à 491.

²⁸⁰ A 104, I. 361 s.

²⁸¹ A 143, réponses 28 et 29 ainsi qu'annexe K.

²⁸² A 198, N 197.

²⁸³ A 39, N 16 s. ou encore N 70.

²⁸⁴ A 1, annexe b.2, pp. 47 s. du PDF.

230. Toujours selon Payot, jusqu'à l'envoi de la dénonciation de Payot aux autorités de la concurrence, Madrigall n'avait pas justifié le contenu des CGV présentées à Payot ni n'était revenue vers Payot avec une version revue ou corrigée, malgré sa demande.²⁸⁵

231. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall avance pour la première fois que la différence entre les conditions appliquées aux partenaires commerciaux en France et celles proposées à Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct de la France vers la Suisse s'expliquerait par des *considérations commerciales légitimes*, en particulier des motifs techniques et économiques qui persisteraient – dans les circonstances actuelles – à faire obstacle à l'octroi de conditions commerciales identiques à celles appliquées aux libraires français. Le taux de remise maximale de [...] % proposé par DLM à Payot aurait été calculé et estimé en tenant compte:

- du surcoût que représenterait la *diffusion* en Suisse par rapport à la France;
- du surcoût que représenterait la *distribution* en Suisse par rapport à la France;
- de l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse; et
- des coûts qui en découleraient et que devrait supporter Madrigall.²⁸⁶ Ces derniers seraient liés notamment aux coûts de préparation et suivi des commandes, à la gestion des retours et du recouvrement additionnel en cas de flux parallèle (activités jusqu'à présent gérées par l'OLF), supportés intégralement par E5F.²⁸⁷

232. Concernant en particulier les coûts de diffusion, Madrigall indique que le salaire d'un représentant en Suisse romande serait en moyenne 80 % supérieur à celui d'un représentant en France. Compte tenu du poids très significatif de Payot sur le marché romand, près de [...] % de l'activité des représentants en Suisse se ferait auprès de Payot selon Madrigall, auprès de qui les coûts correspondants seraient ainsi répercutés, étant encore précisé que la diffusion est une obligation légale des éditeurs et constitue dès lors – toujours selon Madrigall – une partie intégrante des conditions usuelles de la branche.²⁸⁸

233. Dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat, Madrigall indique au surplus qu'en Suisse, les points de vente Payot représenteraient plus de [...] % du chiffre d'affaires réalisé dans le pays et plus de [...] % de l'activité réalisée en lien avec les représentants suisses de E5F, et donc de manière corrélative une part similaire des différents coûts liés à l'activité de E5F en Suisse. A mentionner que cette répartition des coûts totaux entre Payot et le reste du marché est contestée par Payot.²⁸⁹ A ce coût de diffusion expliqué ci-dessus s'ajouterait un coût de distribution additionnel en cas de flux parallèles.²⁹⁰ Selon Madrigall, c'est l'ensemble de ces coûts qui amène DLM à indiquer que le niveau de remise qui peut être proposé en Suisse est compris entre la remise de base en France qui est de [...] % et qui figure dans les conditions commerciales, et un maximum de [...] % selon le niveau de chiffres d'affaires et de retours constatés en sus des coûts évoqués. Il ne peut selon Madrigall être exigé d'elle de cal-

quer des conditions usuelles en France strictement identiques dans un contexte légal, économique et commercial suisse différent. A l'instar d'une remise maximale de [...] % qui tiendrait compte des coûts liés à l'activité française, une remise maximale de [...] % intégrerait les coûts spécifiques à la Suisse selon Madrigall.²⁹¹

234. Lors de son audition du 5 avril 2023 et sur la question du surcoût en Suisse par rapport à la France, B._____ a répondu ce qui suit:

- concernant le surcoût que représenterait la *diffusion* en Suisse par rapport à la France: Le salaire des représentants serait environ 80 % plus élevé en Suisse qu'en France. La diffusion étant une activité essentielle en Suisse, l'équipe suisse de [...] représentants doit être maintenue selon B._____, que l'approvisionnement se fasse en direct ou non. Le coût de cette équipe (salaire, structure) serait plus élevé qu'en France, et représenterait une part significative du coût additionnel, respectivement le poste principal du surcoût. C'est principalement sur la diffusion que la différence de coût se fait, étant encore précisé que pour la Suisse, [...];²⁹²
- concernant le surcoût que représenterait la *distribution* en Suisse par rapport à la France: B._____ indique dans un premier temps qu'il n'a pas de clarté suffisante quant à la façon dont Payot fonctionnerait, respectivement quant à l'organisation des flux aller et retour. Il y a lieu de s'assurer qu'il n'y ait pas de confusion avec le système actuel de l'OLF, ce qui est envoyé, comment cela est réparti par point de vente et ce qui est retourné. La discussion n'aurait pas encore eu lieu avec Payot à ce sujet. Madrigall part du principe qu'il y aura un surcoût par rapport à cela.

Par ailleurs, B._____ indique que les livres devront être étiquetés en Suisse, et il faudra savoir quelle part des livres reviendra étiquetée ou non, un livre retourné étiqueté étant pilonné (détruit), car l'étiquette abîmerait le livre. Si la création d'un flux parallèle amène à augmenter la part de livres pilonnés, cela entraînerait un surcoût. S'ils ne sont pas étiquetés, les livres sont en principe remis en stock. Le surcoût dépendrait donc aussi de la nature des flux qui seraient retournés. Pour certains ouvrages (p. ex. de la collection La Pléiade), Madrigall essaierait d'enlever les étiquettes. Pour les livres de poche en revanche, dont le coût de revient est très bas, ils seraient pilonnés. Le pilonnage représenterait ainsi un coût pour Madrigall, ce qui expliquerait le surcoût lié à la distribution;²⁹³

²⁸⁵ A 1, § 4.3 et 4.4.

²⁸⁶ A 39, N 77 et 82 ss.

²⁸⁷ A 39, N 86.

²⁸⁸ A 39, N 83 s.

²⁸⁹ A 156, chiffre 1.

²⁹⁰ A 198, N 205.

²⁹¹ A 41, réponse 16.

²⁹² A 104, I. 105 à 119.

- concernant le surcoût de l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse: Selon B. _____, ce surcoût serait lié à la démutualisation des dépôts. Madrigall a actuellement un accord avec l'OLF, qui fournit une prestation dont la rémunération est dégressive selon l'ampleur des mouvements pris en charge. Si les mouvements de Payot devaient s'arrêter, Madrigall subirait un surcoût pour les autres libraires, surcoût qui a été estimé. Selon Madrigall, il n'y aurait pas de raison que les autres libraires indépendants subissent ce surcoût, qui serait ainsi mis à la charge de Payot.²⁹⁴

235. Selon Payot, les motifs avancés par Madrigall ne tiendraient pas, cela pour les raisons suivantes:²⁹⁵

- le surcoût que représenterait la diffusion en Suisse par rapport à la France: Payot estime que la diffusion telle qu'elle existe aujourd'hui est bâtie sur le même modèle qu'il y a 40 ans, avant l'éclosion des moyens modernes de communication. Elle estime ainsi que le modèle de présentation des nouveautés serait dépassé, chronophage et inutile, et qu'il n'offrirait aucune réelle valeur ajoutée. Un nouveau modèle basé sur l'envoi préalable du programme annoté, des visioconférences et des visites beaucoup moins fréquentes dans les librairies permettrait d'optimiser la diffusion et d'en réduire les coûts pour les diffuseurs. Finalement, Payot indique plus généralement que le surcoût pour la diffusion suisse devrait être réparti équitablement entre tous les clients par une règle de trois;²⁹⁶
- le surcoût que représenterait la distribution en Suisse par rapport à la France: Vu que c'est Payot qui prendrait en charge l'enlèvement des palettes chez la SODIS et l'UD, le transport, le dédouanement, ainsi que le transit par sa base arrière avant de livrer ses magasins physiques, il n'y aurait aucun coût pour Madrigall, contrairement à la situation actuelle. Payot ne se prononce toutefois pas sur la question de l'étiquetage;
- l'organisation d'un approvisionnement direct de la France vers le marché suisse: Payot ne voit pas en quoi il y aurait ici le moindre surcoût. Les centres de distribution de la SODIS et de l'UD reçoivent les commandes, les traitent, les préparent et les facturent en hors taxe, comme elles le font déjà pour les clients du « grand export ». Pour Payot, chaque distributeur ne reçoit qu'une seule commande à traiter pour l'ensemble de ses librairies, ce qui simplifie grandement la tâche logistique pour eux, avec une seule préparation à effectuer et une seule facture à émettre. Par rapport à des chaînes de librairies comparables en France, dont chaque point de vente envoie ses commandes sans centralisation, cela constituerait selon Payot de fait une économie non négligeable pour la SODIS et l'UD;²⁹⁷
- les coûts qui en découleraient et que devrait supporter Madrigall: Le seul coût pour Madrigall serait le maintien du système actuel *pour les autres revendeurs*, coûts que Payot n'a toutefois pas à supporter. L'approvisionnement direct réduirait les coûts pour Madrigall selon Payot, y compris en matière de coûts des « mouvements chez OLF », qui n'auraient plus

lieu d'être pour Payot. Sur la partie logistique et distribution, il n'y aurait donc aucun surcoût pour Madrigall par rapport à un revendeur français similaire, et même une économie substantielle en raison du regroupement des commandes.

236. A la suite de ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat ainsi qu'aux déclarations de B. _____ du 5 avril 2023, Madrigall a indiqué dans ses réponses du 21 juin 2023 qu'il lui paraissait essentiel de préciser comment le taux de remise maximale théorique de [...] % offert à Payot avait été calculé par DLM,²⁹⁸ chose qui n'avait jamais été expliquée et détaillée jusqu'alors. Concrètement, l'offre de DLM résulterait de la démarche suivante:

- Estimation de la remise moyenne: Application à l'ensemble des points de vente Payot des CGV de chacune des diffusions du groupe Madrigall en s'appuyant sur les critères quantitatifs (chiffre d'affaires et taux de retours) et critères qualitatifs (largeur de l'offre, nombre d'opérations, etc.) sur la base des informations disponibles au titre de l'année 2022;
- Calcul de la moyenne pondérée par le chiffre d'affaires de chaque point de vente: Selon Madrigall, l'enseigne française [...] est celle qui se rapprocherait le plus de Payot par son chiffre d'affaires et son nombre de points de vente, mais avec un assortiment qui serait beaucoup plus large et un fond animé de façon beaucoup plus régulière. Sa remise moyenne liée à l'application des CGV serait de [...] %. Pour Payot et toujours selon Madrigall, la remise moyenne « théorique » obtenue serait de [...] % (moyenne pondérée par le chiffre d'affaires, mais Payot estime que le mode de calcul utilisé par Madrigall ne serait pas transparent et que la remise annuelle serait volontairement abaissée;²⁹⁹
- Estimation du coût additionnel: Pour une activité en Suisse s'appuyant selon Madrigall sur les représentants actuels de E5F, par rapport à une activité opérée en France pour des clients ayant des magasins en France, l'estimation du coût additionnel serait de [5–15] % du CA PPHT, taux qui se décomposerait comme suit:
 - Coût lié aux frais de personnel de la diffusion: Le coût d'une équipe de représentants et du compte clé serait de [...] % en France contre [...] % en Suisse (en raison principalement du salaire plus élevé de 80 % en Suisse selon Madrigall). Ce surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT;³⁰⁰

²⁹³ A 104, I. 123 à 142; A 104, I. 370 ss.

²⁹⁴ A 104, I. 145 à 150 ainsi que 417 à 423.

²⁹⁵ A 65, réponse 16.

²⁹⁶ A 156, chiffre 3.

²⁹⁷ Madrigall semble également confirmer la centralisation des achats concernant Payot, A 103, I. 251 s. et 582.

²⁹⁸ A 143, pp. 19 ss.

²⁹⁹ A 156, chiffre 7.

³⁰⁰ Selon Payot, le compte-clé, dont le [...] % serait consacré au suivi exclusif du compte de Payot, serait une invention récente de Madrigall au sein de E5F et sa formule actuelle, quasiment intégralement dédiée à Payot. Elle serait inutile et trop coûteuse, A 156, chiffre 1.

- Coût lié à la garantie du risque crédit: Sur la base d'un chiffre d'affaires de € [...] millions, le coût estimé de l'assurance-crédit serait de [...] % des sommes facturées selon Madrigall, soit près de € [...]. Le surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT, étant précisé que l'obtention d'une garantie ne serait pas acquise;
- Coût additionnel Service Relation Clients et Recouvrement: Selon Madrigall, le temps nécessaire à l'analyse des flux en provenance de Payot en complément de celui de l'OLF nécessiterait [...] additionnel. De la même manière, [...] additionnel serait nécessaire toujours selon Madrigall pour le service recouvrement, eu égard à la spécificité d'un client suisse (fonctionnements bancaires et mécanismes de garantie différents). Ces surcoûts de € [...] représenteraient [...] % du CA PPHT;
- Coût lié à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution: Les prestations de l'OLF (commissions sur les flux aller et retour) étant liés à la volumétrie totale des libraires et de Payot, dans l'hypothèse d'un approvisionnement direct en France de l'ensemble des flux Payot, le coût selon Madrigall pour les autres clients serait majoré de € [...], soit un surcoût de [...] % du CA PPHT. Selon Payot, ces coûts ne seraient pas son affaire, mais ceux d'OLF et Madrigall. En aucun cas Payot n'aurait à en supporter les conséquences selon elle;³⁰¹
- Perte sur les retours: Selon Madrigall, tout ouvrage arrivant non désétiqeté ou abîmé par un désétiqetage mal fait est pilonné dans les entrepôts de Madrigall (pratique commune aux distributeurs français). En moyenne, selon Madrigall, Payot retournerait [...] exemplaires tous les ans, dont [...] seraient pilonnés. Sur les [...] exemplaires restants, habituellement [...] % (soit [...] exemplaires) sont réintégrés. En cas d'approvisionnement direct et selon Madrigall, les [...] exemplaires précités ne pourraient toutefois pas être réintégrés. Sur la base d'un coût de revient de fabrication unitaire de € [...],³⁰² cette perte représenterait un total d'environ € [...] selon Madrigall ([...] x € [...]). Le surcoût serait donc de [...] % du CA PPHT. A cela s'ajouterait un manque à gagner lié à la perte de marge sur ces retours pilonnés estimé à € [...], soit [...] % du CA PPHT.³⁰³ Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall se base désormais – comme le Secrétariat dans sa Proposition – sur les chiffres de l'année 2022 ([...] exemplaires retournés par Payot)³⁰⁴ et constate que, sur [...] exemplaires en principe réintégrables, [...] % sont « *impropre[s]* à la réintégration » dans le cas de Payot en raison de dommages. Néanmoins, Madrigall se base sur les quelque [...] (soit [...] % de [...]) exemplaires restants réellement réintégrables pour déterminer les surcoûts, ce qui donnerait un montant de € [...] ([...] x € [...]), soit [...] % du CA PPHT lié à la perte sur les retours pilonnés (sans la perte de marge).³⁰⁵ En ce qui concerne la réduction de la remise maximale théorique pour Payot, Madrigall semble quand même s'en tenir à son estimation

initiale basé sur les [...] retours de Payot.³⁰⁶ Payot quant à elle estime que cette perte n'a aucun sens. Laisser entendre que ce poste n'existerait pas en France, ce qui reviendrait à dire que tous les ouvrages retournés y sont remis en stock et en circulation, serait faux, comme cela serait confirmé par B._____.³⁰⁷ Les titres pilonnés pour Payot le seraient uniquement pour les titres pour lesquels Madrigall, dans la fiche-article, indique « pilon ». Il n'y aurait donc aucune « perte sur retours pilonnés » spécifique à Payot à prévoir, et ces surcoûts seraient imaginaires.³⁰⁸

237. Il résulte de ce qui précède selon Madrigall que la remise maximale proposée par DLM de [...] % tiendrait compte des points ci-dessus, qui aboutissent à une remise de [...] %, soit la remise moyenne théorique (N 236) diminuée des surcoûts mentionnés ([...] % – [...] %). En outre, selon Madrigall, si le chiffre d'affaires venait à baisser, le coût additionnel serait mécaniquement plus élevé, sans tenir compte de l'impact sur la remise moyenne théorique calculée. Madrigall souligne finalement encore les risques d'affaiblissement de l'enseigne Payot en cas d'approvisionnement direct (le dépôt ne pouvant plus jouer son rôle essentiel selon Madrigall). Payot indique quant à elle qu'elle a du mal à comprendre que son traitement coûterait [...] % de plus qu'un équivalent français. La comparaison des coûts détaillés montrerait des surcoûts pour Payot liés au fait que dans le mode de calcul pour l'équivalent français, ce seraient des moyennes nationales (tous réseaux confondus) qui seraient appliquées, et non les coûts réels. Plus généralement concernant la remise de [...] %, Payot la considère comme totalement irréaliste, vu qu'elle ferait supporter à Payot des coûts qui sont du ressort du fournisseur, en l'occurrence Madrigall. Payot maintient que c'est sur la base des conditions françaises – et elles seules – que le niveau de remise doit être calculé.³⁰⁹

238. Pour justifier le surcoût suisse proposé par Madrigall à Payot – à savoir une remise maximale théorique de [...] % du PPHT français proposé par DLM à Payot au lieu d'une remise comprise entre [...] et [...] % du PPHT français –, Madrigall invoque donc principalement cinq motifs différents. Ces cinq motifs sont analysés en détail sous le titre suivant.

³⁰¹ A 156, chiffre 3 et conclusion.

³⁰² L'A 143 p. 20 mentionne vraisemblablement € [...] par erreur, cela a été corrigé d'office ici.

³⁰³ A 143, p. 20.

³⁰⁴ Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 [...] exemplaires retournés par Payot en 2022 au lieu de [...] exemplaires. Selon les chiffres mis à disposition par Madrigall dans le cadre de l'enquête (A 143, réponse 5, annexe C et fichier Excel), ce dernier chiffre devrait être correct. Pour cette raison, les chiffres utilisés – d'office – dans la présente décision diffèrent légèrement de ceux utilisés dans la prise de position de Madrigall, sans que cela n'affecte en rien les conclusions.

³⁰⁵ A 198, N 289 ss.

³⁰⁶ A 198, N 519 ss.

³⁰⁷ A 104, I. 130 à 140, où il est toutefois indiqué qu'un livre étiqueté qui est retourné est pilonné (détruit), et s'il n'est pas étiqueté, il est en principe remis en stock.

³⁰⁸ A 156, chiffres II.8 et 3 (« Autres remarques et informations »).

³⁰⁹ A 156, chiffres II.8 et 3 (« Autres remarques et informations »).

B.5.3 L'évaluation des surcoûts invoqués par Madrigall

B.5.3.1 Remarques préalables

239. En ce qui concerne premièrement les surcoûts invoqués par Madrigall, le second questionnaire envoyé par le Secrétariat à Madrigall le 18 avril 2023 – auquel celle-ci a répondu le 21 juin 2023 – portait presque exclusivement sur ces différents points.³¹⁰ C'est donc avant tout les informations livrées par Madrigall le 21 juin 2023 et résumées ci-dessus au N 236 qui sont évaluées ci-après, et en particulier celles portant sur la manière dont le taux de remise maximale de [...] % offert à Payot a été calculé.

240. De façon générale, il est relevé qu'en 2022, le chiffre d'affaires brut PPHT³¹¹ réalisé par Madrigall avec Payot s'est monté à € [...] millions.³¹² En y appliquant un taux de remise de [...] % – étant rappelé qu'il s'agirait d'un taux de remise maximum –, un chiffre d'affaires net de € [...] millions serait obtenu, soit une remise effective de € [...] millions. Si le taux de remise moyenne théorique de [...] % était appliqué (N 236 ci-dessus), le chiffre d'affaires net s'élèverait à € [...] millions, soit une remise effective de CHF [...] millions. En appliquant un taux de remise de [...] % plutôt que de [...] %, la remise effective serait ainsi supérieure de [20–30] %, soit € [...] million de plus (différence entre € [...] et € [...] millions). Toutefois, le montant de cette différence est potentiellement trop faible, car selon Payot, le mode de calcul utilisé par Madrigall pour obtenir le taux de [...] % ne serait pas transparent et la remise annuelle serait volontairement abaissée.³¹³ A noter enfin que la différence entre la remise maximale de [...] % proposée à Payot et celle dont bénéficier les libraires français se monte à € [...] en partant du CA PPHT réalisé par Madrigall avec Payot en 2022 ([...] % de € [...] millions).

B.5.3.2 L'estimation de la remise moyenne

241. Concernant l'estimation de la remise moyenne (voir en page 764), à première vue et si cette façon de procéder correspond à la pratique en France, elle semble correcte. Il est relevé que Madrigall ne fait pas valoir de coûts spécifiques pour ce poste. Quant à Payot, elle n'a pas remis en cause cette façon de procéder. Le point central aux yeux des autorités de la concurrence, c'est que les différents calculs des remises soient effectués de façon identique pour les enseignes françaises que pour les enseignes suisses qui procéderaient à un approvisionnement direct, et qu'aucun biais ne soit introduit à l'occasion de ces calculs.

B.5.3.3 Le calcul de la moyenne pondérée par le chiffre d'affaires de chaque point de vente

242. Concernant ce point (voir en page 764), Madrigall calcule les taux de remise maximaux théoriques pour chaque filiale de Payot et pour son site Internet à l'aide des objectifs fixés dans les CGV Gallimard, Flammarion, ainsi que CDE³¹⁴ et Sofédís (deux autres diffuseurs de Madrigall). L'attribution des points sur la base desquels est établie la remise maximale théorique relève par nature de la compétence de Madrigall et ne peut être évaluée en définitive que par Madrigall, respectivement et le cas échéant, par Payot. Alors que le système d'attribution des points pour les critères quantitatifs semble en

principe compréhensible pour les autorités de la concurrence, il n'en va pas de même pour les critères qualitatifs, ou alors seulement partiellement. Par exemple, Madrigall n'explique initialement pas pourquoi tous les magasins Payot obtiennent 0 point pour le critère « Réassortiment Fonds » (Gallimard). Madrigall affirme à ce sujet que Payot n'aurait pas droit à cette remise de qualité en raison d'une décision de Payot.³¹⁵ Il ne ressort pas non plus des explications de Madrigall ni des pièces au dossier pourquoi différentes filiales n'obtiennent pas de points ou obtiennent moins de points que le nombre maximal possible, par exemple pour le critère « Promo » (Gallimard, Flammarion, et Sofédís). Madrigall explique cela par le fait que certains magasins ne remplissaient pas les critères correspondants.³¹⁶ Il faudrait en outre tenir compte du fait que Payot comprend des petites, moyennes et grandes librairies et ne pourraient donc pas bénéficier de la remise maximale de [...] %, car les critères sont évalués par magasin.³¹⁷ En comparaison avec l'enseigne française [...] (taux de remise sur CA PPHT de [...] %, N 245) et selon toute vraisemblance, le taux de remise maximal théorique calculé par Madrigall pour Payot semble trop bas par rapport à ce dont bénéficierait une enseigne française comparable. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Payot réaffirme qu'elle remplirait tous les critères qui donneraient droit au rabais de [...] %.³¹⁸ A l'occasion de son plaidoyer devant la COMCO, elle s'est limitée à affirmer qu'au moins ses magasins de Genève et Lausanne obtiendraient ces remises.³¹⁹

243. Vu ce qui précède, la question de savoir si le taux de remise moyenne théorique de [...] % pour Payot correspond effectivement au taux de remise que l'enseigne obtiendrait aux conditions françaises ne peut être tranchée sur la base des informations fournies par Madrigall. Les explications énumérées dans la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024 concernant la remise maximale ne le remettent pas fondamentalement en cause. Les affirmations – en partie tout à fait plausibles – restent toujours improuvées. Il faut également tenir compte du fait que les critères prétendument non remplis par Payot (par exemple en ce qui concerne les retours ou le critère « Promo ») sont des instantanés et peuvent être évalués différemment d'une année à l'autre. Dans l'ensemble, Madrigall ne parvient pas à justifier de manière crédible pourquoi un rabais de [...] % est a priori exclu

³¹⁰ A 143.

³¹¹ C'est-à-dire le chiffre d'affaires sans remise; ci-après: CA PPHT.

³¹² A 143, annexe H. Madrigall mentionne systématiquement un CA PPHT de € [...] millions pour Payot, alors que celui-ci s'élevait à € [...] millions en 2022. Par souci de simplification, il est par la suite tenu compte d'un CA PPHT de € [...] millions, comme y procède Madrigall dans ses calculs. Cette simplification n'a aucune influence sur les résultats des calculs et les conclusions qui en découlent.

³¹³ A 156, chiffre 7.

³¹⁴ Le Centre de Diffusion de l'Édition (CDE) diffuse une quarantaine d'éditeurs et appartient au groupe Madrigall. Les éditeurs diffusés par le CDE sont distribués par la SODIS, filiale de distribution de Gallimard.

³¹⁵ A 198, N 210.

³¹⁶ A 198, N 210.

³¹⁷ A 198, N 214.

³¹⁸ A 197, p. 2.

³¹⁹ A 219, p. 5 s des notes de plaidoiries de Payot.

pour Payot. Peu importe que Payot n'explique pas non plus de manière convaincante pourquoi elle aurait droit au rabais maximal de [...] %. Faute d'explications tangibles à ce sujet et vu les biais de calcul mis en évidence, il est constaté que Madrigall échoue à démontrer que la remise moyenne théorique que Payot obtiendrait en France serait « seulement » de [...] %. L'impact pratique de ce point est toutefois limité dans la mesure où l'aspect central de la présente enquête est constitué par la différence de remise entre Payot et une enseigne française comparable, soit remplissant les mêmes critères que Payot selon les CGV et conditions commerciales de Madrigall. Ainsi, si une différence justifiable du taux de remise devait pouvoir être calculée entre les enseignes suisses et les enseignes françaises, elle devrait être fixée en points de pourcentage, et non en déduction d'un certain taux maximum.

B.5.3.4 L'estimation des coûts additionnels

B.5.3.4.1 Généralités

244. Pour déterminer le rabais effectif, Madrigall part dans un premier temps du taux de remise moyenne théorique de [...] % du CA PPHT. Les différents surcoûts identifiés par Madrigall pour justifier l'abaissement du taux de remise maximale à [...] % sont calculés sur la base des différences entre Payot et l'enseigne [...], en déduisant le pourcentage du CA PPHT de Payot de la remise théorique de [...] %.

245. Madrigall qualifie les enseignes [...] et Payot de comparables en ce qui concerne le CA PPHT ([...] € [...] millions; Payot € [...] millions) et le nombre de points de vente.³²⁰ Cette comparaison semble plausible à première vue: pour les composantes des coûts de diffusion/distribution pour lesquelles Madrigall n'identifie pas de coûts supplémentaires de Payot (commissions de distribution, frais personnels de diffusion autres, et diffusion frais généraux), [...] et Payot présentent des montants très similaires. Le rabais de [...] sur leur CA PPHT est de [...] %.³²¹ Ce rabais plus élevé par rapport au rabais théorique de Payot serait justifié – selon Madrigall – par le fait que l'enseigne [...] disposerait d'un « *assortiment plus large et un fonds animé de façon beaucoup plus régulière* ». ³²²

246. Le coût total de diffusion/distribution concernant Payot dans le cadre d'un approvisionnement direct est estimé par Madrigall à € [...] million (soit [...] % du CA PPHT). En ce qui concerne [...], ces coûts s'élèveraient à € [...] million (soit [...] % du CA PPHT). Pour Payot, ces coûts seraient donc supérieurs d'environ € [...] à ceux de [...], soit [...] %. Madrigall y ajoute les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution, ce qui se traduit par un surcoût revendiqué de € [...]. Ce surcoût correspond à la diminution de la remise moyenne théorique de [...] % à la remise maximale théorique de [...] % proposée par Madrigall.

247. Payot conteste, d'une part, certaines composantes des coûts de diffusion/distribution qui lui sont imputables (p. ex. en ce qui concerne la répartition des coûts des frais de personnel des représentants et compte-clé entre Payot et les autres libraires suisses) et, partant, le montant total de ces coûts.³²³ D'autre part, les surcoûts seraient dus au fait que les coûts de diffusion/distribution

concernant [...] ne correspondraient pas aux coûts réels, mais à une moyenne française sur l'ensemble des clients de Madrigall.³²⁴

248. En ce qui concerne [...], il est constaté que la part des coûts de diffusion/distribution dans le chiffre d'affaires net ainsi que les parts des différentes composantes des coûts (p. ex. frais professionnels des représentants et compte-clé) sont relativement proches des valeurs moyennes françaises. Les bases de données disponibles ne permettent pas de déterminer directement si les valeurs indiquées pour [...] correspondent à la réalité. En ce qui concerne les frais professionnels des représentants et compte-clé, Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 avoir utilisé la moyenne sur l'ensemble de la diffusion de Madrigall en France pour les déterminer.³²⁵ Il ressort néanmoins des données fournies par Madrigall que la part des coûts de diffusion/distribution concernant [...], soit environ [...] % du total des coûts de diffusion/distribution de Madrigall en France (€ [...] millions), est similaire à la part du chiffre d'affaires net de [...] (environ € [...] millions) par rapport au chiffre d'affaires net total de Madrigall en France (environ € [...] millions), soit environ [...] %.³²⁶

249. De façon très générale, les enseignes [...] et Payot peuvent donc être considérées comme étant comparables. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall remet en question la comparabilité des enseignes [...] avec Payot.³²⁷ [...] ne serait ainsi comparable à Payot qu'en ce qui concerne le CA PPHT et le nombre de points de vente. Cependant, Madrigall avait déjà souligné les limites de la comparaison, par exemple en ce qui concerne l'assortiment.³²⁸ Cependant, Madrigall utilise [...] pour calculer avec précision les surcoûts de la diffusion par rapport à Payot – répartis sur différents postes de coûts – et en déduire la réduction du rabais maximal possible à [...] %. Par exemple, en raison des surcoûts liés aux frais de personnel de la diffusion, il y a une réduction de [...] points de pourcentage, ce qui correspond à la différence des coûts concernés entre Payot ([...] % du CA PPHT) et [...] ([...] % du CA PPHT).³²⁹ La justification de la réduction proposée à Payot repose donc sur la comparaison directe des coûts de diffusion de Payot et de [...]. Par ailleurs, Payot et [...] semblent disposer d'une valeur presque identique pour les postes

³²⁰ [...] compte [...] magasins en France selon son propre site Internet, voir [...] (18.12.2023).

³²¹ A 143, réponses 9 et 11. Par souci de simplification et parce que le CA PPHT de Payot 2022 était également légèrement supérieur à € [...] millions, il est par la suite tenu compte d'un CA PPHT de € [...] millions pour les deux enseignes, comme y procède d'ailleurs également Madrigall dans ses calculs. Cette simplification n'a aucune influence sur les résultats des calculs et les conclusions qui en découlent.

³²² A 143, réponse 29, chiffre 2.

³²³ A 156, chiffres 1 et 8.

³²⁴ A 156, chiffre 8.

³²⁵ A 198, N 236.

³²⁶ A 143, réponse 12.

³²⁷ A 198, N 529.

³²⁸ A 143, réponse 11.

³²⁹ A 143, réponse 29.

de coûts de diffusion pour lesquels Madrigall n'identifie pas de surcoûts par rapport à Payot (p. ex. Frais personnels de diffusion autres et Frais généraux).³³⁰ Rien ne s'oppose donc à ce que les autorités de la concurrence s'inspirent de cette comparaison avancée par Madrigall pour justifier les surcoûts et leur montant dans le cadre de la diffusion.

B.5.3.4.2 Les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé

250. Il convient de noter que Madrigall identifie les surcoûts les plus importants pour ce poste de coûts. Les justifications avancées par Madrigall reposent en partie sur des affirmations non étayées, ce qui a amené les autorités de la concurrence à évaluer la plausibilité des affirmations de Madrigall au moyen de scénarios.

251. Concernant ce point (voir en page 764), la principale raison évoquée par Madrigall pour expliquer les coûts de personnel plus élevés pour la diffusion en Suisse par rapport à la France (ou à d'autres pays) est que les salaires seraient 80 % plus élevés en Suisse. Selon Madrigall, il n'y aurait cependant pas d'autres coûts supplémentaires spécifiques à la Suisse en ce qui concerne les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion en Suisse par rapport à la France (ou à d'autres pays).³³¹

252. Même si ces coûts étaient effectivement 80 % plus élevés en Suisse qu'en France – ce qui est examiné ci-après – cela ne permettrait de compenser qu'une partie des frais de personnel des représentants et compte-clé plus élevés que Madrigall fait valoir comme surcoût par rapport à l'enseigne française [...]: pour Payot en effet, Madrigall estime le coût lié aux frais de personnel de la diffusion à € [...] et pour [...] à € [...], ce qui correspond à un facteur de [...] (+[...] %).

253. Les représentants d'E5F sont stationnés en Suisse et ne se déplacent pas depuis la France, contrairement à la Belgique par exemple. De ce fait, dans l'organisation actuelle de la diffusion/distribution via E5F, des coûts supplémentaires sont avancés en raison du niveau de salaire plus élevé en Suisse qu'en France, ce que Payot reconnaît sur le principe.³³²

254. Le point de départ des considérations suivantes est constitué par les frais de personnel des représentants et comptes clés que Madrigall fait valoir pour la librairie française [...]. Pour [...], Madrigall chiffre ces frais à € [...] (= [...] % du CA PPHT), et pour Payot à € [...] (= [...] % du CA PPHT). Ces coûts sont donc [...] fois plus élevés chez Payot que chez [...], ce qui correspond à [...] % du CA PPHT. Pour une différence de niveau de salaire entre la Suisse et la France de 80 % comme avancée par Madrigall (facteur de 1.8), les coûts pour Payot s'élèveraient à € [...] (= [...] % du CA PPHT), en partant de € [...]. Dans un tel cas, le surcoût serait de [...] % du CA PPHT. Comme cela sera démontré ci-après, les différences entre la Suisse et la France en ce qui concerne le niveau des salaires ainsi que le niveau des coûts de la main-d'œuvre, en l'occurrence pertinents pour la comparaison des coûts,³³³ sont en réalité inférieurs à 80 %. Les coûts supplémentaires correspondants sont donc surestimés par Madrigall.

255. Dans ce qui va suivre, les éléments suivants seront analysés:

- les différences de salaires et de charges salariales accessoires entre la Suisse et la France (N 256 ss);
- les différences de productivité de la main-d'œuvre et du temps de travail effectif entre la Suisse et la France (N 265 ss), étant précisé que les conclusions restent générales, faute de bases de données détaillées. Ces différences ne seront toutefois pas prises en considération dans les calculs, ce qui est en faveur de Madrigall;³³⁴
- les coûts de la diffusion/distribution en lien avec Payot (N 268 ss);
- le temps investi et les coûts de main-d'œuvre des représentants d'E5F (N 273 ss), ainsi que
- les frais de personnel et du compte clé (N 288 ss).

I. Différence de salaires et de charges salariales accessoires entre la Suisse et la France

256. Selon les fiches de salaire de novembre 2022 des quatre représentants d'E5F en Suisse, le salaire mensuel moyen net s'élève à CHF [...].³³⁵ Sur la même période, les Editions Gallimard ont payé un salaire net moyen de € [...] à quatre représentants en France. En supposant une parité entre le franc suisse et l'euro

³³⁰ A 143, réponse 29.

³³¹ A 39, N 83; A 104, I. 105 ss.

³³² A 83, réponse 14.

³³³ En fait, ce sont les coûts salariaux unitaires, c'est-à-dire les coûts par unité de prestation ou les coûts salariaux en tenant compte des charges salariales accessoires, de la productivité de la main-d'œuvre et des heures de travail effectives, qui seraient décisifs pour le calcul des coûts supplémentaires admissibles (cf. Reiner Eichenberger, *Hochpreisinsel Schweiz: Ursachen, Folgen, wirkungsvolle Rezepte*, *Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie*, 2005, Cahier 2, pp. 41 à 54; *Surveillant des prix* [2014], *Preise und Kosten*, 2014, 44, <www.preisueberwacher.admin.ch/pue/fr/home/documentation/publications/etudes---analyses/2014.html> [18.12.2023]). En raison de la disponibilité incomplète de données fiables, il est finalement renoncé, en faveur de Madrigall, d'utiliser les coûts salariaux unitaires comme base de calcul et de comparaison (N 265 ss). Il est néanmoins important d'aborder les coûts salariaux unitaires, au moins qualitativement.

³³⁴ Les données relatives au temps de travail effectif ainsi qu'à la productivité de la main-d'œuvre dans différents pays sont souvent disponibles à un niveau agrégé. Un calcul exact des différences dans un secteur spécifique n'est pas possible ou seulement au moyen d'hypothèses et d'approximations. Une analyse des données sectorielles disponibles montre toutefois qu'il peut généralement être parti du principe que les différences qui se manifestent au niveau agrégé sont également valables pour les différentes branches (avec des variations potentiellement marquées).

³³⁵ A 40, annexe 9B.

comme c'était pratiquement le cas tout au long de l'année 2023, les salaires nets versés en Suisse sont supérieurs de [25–35] %.³³⁶

257. Si l'on compare les salaires bruts des fiches de paie des représentants d'E5F avec la « RÉMUNÉRATION BRUTE » des fiches de paie des Editions Gallimard, la différence est en moyenne de [45–55] %.³³⁷ La différence plus importante par rapport aux salaires nets s'explique par le fait que dans deux cas, les paiements des représentants français sont supérieurs à la « RÉMUNÉRATION BRUTE », car les allocations (p. ex. remboursements de frais) dépassent les déductions (p. ex. pour les assurances sociales), alors que les bulletins de salaire des représentants d'E5F ne contiennent pas de suppléments.

258. Dans l'une de ses prises de position, Madrigall mentionne les salaires versés annuellement pour cinq maisons d'édition du groupe Madrigall:³³⁸

- Gallimard: € [...] à € [...] (valeur médiane: € [...]);
- Flammarion: € [...] à € [...] (valeur médiane: € [...]);
- Livre Diffusion: € [...] à € [...] (valeur médiane: € [...]);
- CDE: € [...] à € [...] (valeur médiane: € [...]);
- SOFEDIS: € [...] à € [...] (valeur médiane: € [...]).

259. Il en résulte des paiements mensuels moyens de € [...], € [...], € [...], € [...] et € [...] et une valeur moyenne non pondérée de € [...]. En comparaison, les salaires nets des représentants de E5F sont supérieurs de [25–35] %.³³⁹

260. Ces comparaisons montrent que les différences de salaires nets et bruts entre la Suisse et la France sont nettement inférieures à 80 %, et cela d'autant plus qu'une approche conservatrice a été suivie.

261. Le coût total de la main-d'œuvre comprend, outre les salaires bruts, les charges salariales accessoires telles que les cotisations patronales aux assurances sociales. L'Office fédéral de la statistique calcule régulièrement la composition des coûts de la main-d'œuvre en Suisse dans le cadre de l'enquête « Structure des coûts de la main-d'œuvre par heure travaillée selon les sections économiques ». ³⁴⁰ Selon les calculs effectués pour l'année 2020, les salaires et traitements (salaires bruts) représentent, toutes branches économiques confondues, environ 80 % du coût total de la main-d'œuvre. Les 20 % restants se composent des cotisations sociales des employeurs (environ 17.5 points de pourcentage) ainsi que d'autres dépenses (environ 2.5 points de pourcentage). Ainsi, en Suisse, les coûts de la main-d'œuvre sont supérieurs de 25 % aux salaires bruts, cette valeur étant stable au fil des ans.

262. Pour la France, Eurostat indique que les charges salariales accessoires représentent 32 % du coût total de la main-d'œuvre en 2022.³⁴¹ En conséquence, les coûts salariaux sont supérieurs de 47 % aux salaires bruts. Ceci est confirmé par les données contenues dans les quatre fiches de paie des Editions Gallimard concernant les cotisations patronales aux assurances sociales:³⁴² ces cotisations s'élèvent à [...] % pour la « RÉMUNÉRATION BRUTE » et à [...] % pour les versements. Ces valeurs reflètent vraisemblablement plus

précisément la situation de la branche que les estimations générales d'Eurostat.

263. En ce qui concerne le coût de la main-d'œuvre, il apparaît en fin de compte que les différences entre la Suisse et la France sont plus faibles que les différences entre les salaires nets et bruts respectifs. En partant d'une valeur (haute) de [45–55] % selon le N 257 ci-dessus, on obtient une différence de [23–32] %³⁴³ en ce qui concerne les coûts de la main-d'œuvre. Les frais de personnel des représentants et comptes clés passeraient ainsi de € [...] à environ € [...]. Le surcoût correspondant de € [...] équivaut à [...] % du CA PPHT de Payot (alors le surcoût calculé par Madrigall s'élevait à hauteur de [...] %; cf. N 236). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall ne conteste pas fondamentalement ces calculs. En tenant compte des informations fournies ultérieurement concernant les treizièmes salaires, la différence entre les coûts du travail en Suisse et en France serait de [30–40] % (au lieu de [23–32] %).³⁴⁴ Bien que Madrigall ne fournisse aucune preuve à l'appui, cette correction n'est pas contestée en

³³⁶ A 40, annexe 9A. Une fiche de salaire d'un représentant français n'a pas été prise en compte (p. 46), car elle comprend un 13e mois de salaire. Selon la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, cela fausserait l'image. Si l'on tenait correctement compte de la moitié de ce salaire, les salaires nets en Suisse seraient supérieurs de [30–40] % (au lieu de [25–35] %) et les salaires bruts de [50–60] % (au lieu de [45–55] %) à ceux de la France (cf. A 198, N 218). Cette correction n'est pas contestée en l'espèce, et pour ce qui est de sa pertinence, il est renvoyé au N 263 ci-dessous. Si les médianes étaient utilisées au lieu de la moyenne arithmétique, la différence concernant les salaires nets se réduirait à [15–25] %. En effet, dans les certificats de salaire de E5F, un salaire est particulièrement élevé par rapport aux autres et tire ainsi la moyenne arithmétique vers le haut, ce qui ne se produirait pas en tenant compte des valeurs médianes. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall.

³³⁷ Si les valeurs médianes étaient considérées plutôt que la moyenne arithmétique, la différence se réduirait à [35–45] %. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall.

³³⁸ A 143, réponse 18.

³³⁹ Si l'on considère que toutes les maisons d'édition versent 13 mois de salaire à leurs représentants, les versements mensuels seraient réduits en conséquence et l'écart se creuserait pour atteindre [40–50] %. Selon la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024, certaines fiches de salaire contiendraient un 13e salaire. Cela engendrerait une différence de salaire net de [30–40] % au lieu de [25–35] % (cf. A 198, N 218). Cette correction n'est pas contestée en l'espèce, et pour ce qui est de sa pertinence, il est renvoyé au N 263 ci-dessous. Si les valeurs médianes étaient considérées plutôt que la moyenne arithmétique, la différence descendrait à [15–25] %. En retenant ici la moyenne arithmétique, une approche plus « conservatrice » est suivie, ce qui est en faveur de Madrigall.

³⁴⁰ <www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/cout-travail.html> (18.12.2023).

³⁴¹ <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/LC_LCI_LEV_custom_7982219/default/table?%20lang%20=de> (18.12.2023).

³⁴² A 40, p. 39 ss, colonne « employeur MONTANT ».

³⁴³ En partant d'un salaire français de 100, si le salaire brut suisse est supérieur de [45–55] %, on obtient un salaire brut suisse de [145–155] pour un salaire brut français de 100. Le coût français de la main-d'œuvre est 47 % plus élevé que le salaire brut français, soit 147 (100 x 1.47). Le coût suisse de la main-d'œuvre est 25 % plus élevé que le salaire brut suisse, soit [181–193] ([145–155] x 1.25). En comparant le coût français de la main-d'œuvre (147) avec le coût suisse de la main-d'œuvre ([181–193]), il est constaté que le coût suisse de la main-d'œuvre est [23–32] % plus élevé que le coût français de la main-d'œuvre.

³⁴⁴ A 198, note de bas de page 140.

l'espèce. Cependant, même en tenant compte des valeurs actualisées, les conclusions tirées des comparaisons des coûts du travail ne changent pas de manière significative. Ainsi, les surcoûts liés aux frais de personnel de la diffusion justifiés sur la base de ces comparaisons n'augmentent que légèrement par rapport à [...], passant de [...] % à [...] % du CA PPHT, ce qui correspond à une augmentation de moins de CHF [...] en valeur absolue. Les autorités de la concurrence ont suivi une approche conservatrice à plusieurs reprises lors de l'évaluation des surcoûts éventuellement admissibles. Ainsi, elles se basent sur les différences de coûts du travail et non sur les coûts salariaux unitaires (cf. note de bas de page 333) et utilisent systématiquement la moyenne arithmétique au lieu de la médiane (cf. notes de bas de page 336, 337 et 339).

264. En outre, dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall relativise tous ces calculs. En particulier, Madrigall conclut que la différence entre [...] et Payot en ce qui concerne la part des frais de personnel des représentants et compte-clé n'est que de [...] point de pourcentage. La justification avancée par Madrigall est la suivante: La part de ces coûts dans le CA PPHT français (€ [...]) est de [...] % pour [...]. En y appliquant des coûts du travail plus élevés de [23–32] % (comme en Suisse³⁴⁵), cette part s'élève à [...] %. En revanche, dans le cas de Payot, la part s'élève à [...] % du CA PPHT « suisse » (soit le CA PPHT augmenté via les tabelles), qui s'élève à CHF [...]. La différence serait alors de [...] point de pourcentage, ce qui correspondrait à un prétendu abus de la part de Madrigall.³⁴⁶ Cette présentation est manifestement trompeuse, car le calcul de la part des frais de personnel des représentants et compte-clé doit être effectué sur la même base (en l'occurrence le CA PPHT français, pertinent dans le cadre d'un approvisionnement direct) afin d'obtenir une comparaison pertinente des coûts correspondants entre [...] et Payot. En revanche, le CA PPHT suisse correspond au CA PPHT français augmenté des tabelles (cf. N 375) et est donc manifestement surévalué, à moins qu'une conversion analogue ne soit effectuée pour [...]. Le calcul entrepris par Madrigall doit donc être qualifié de non-pertinent.

II. Différence dans la productivité de la main-d'œuvre et le temps de travail effectif entre la Suisse et la France

265. Les coûts salariaux unitaires tiennent compte non seulement des coûts de la main-d'œuvre, mais aussi de la productivité de la main-d'œuvre et du temps de travail effectif. La productivité est généralement mesurée à l'aide du produit intérieur brut (PIB) par heure travaillée, tandis que le temps de travail effectif représente les heures de travail effectivement consacrées à la production (p. ex sans les vacances, les absences pour cause de maladie, les congés maternité, etc.).³⁴⁷

266. D'une part, plus le temps de travail effectif est élevé, plus les coûts salariaux unitaires sont bas, toutes choses restantes égales par ailleurs. D'autre part, une plus grande productivité de la main-d'œuvre permet d'obtenir une production avec moins d'intrants. En d'autres termes, plus la productivité de la main-d'œuvre

est élevée, plus les coûts salariaux unitaires sont faibles.³⁴⁸

267. Les données publiquement disponibles sur la durée effective du travail et, en particulier, sur la productivité de la main-d'œuvre se rapportent généralement à l'ensemble de l'économie et ne peuvent pas être appliquées directement à des branches individuelles. C'est pourquoi il est renoncé en l'espèce à prendre en compte ces deux indicateurs dans les calculs et les comparaisons. Étant donné que, selon les données agrégées disponibles, tant la durée effective du travail que la productivité de la main-d'œuvre sont plus élevées en Suisse qu'en France, on peut toutefois partir du principe que l'écart entre les coûts de la main-d'œuvre en France et en Suisse devrait donc être réduit. En d'autres termes, le fait de ne pas utiliser la durée effective du travail et la productivité de la main-d'œuvre – les coûts salariaux unitaires – pour les calculs et les comparaisons joue vraisemblablement en faveur de Madrigall.³⁴⁹

III. Coûts de la diffusion/distribution en lien avec Payot

268. Même à considérer que le coût de la main-d'œuvre serait supérieur de 80 % en Suisse, cela n'expliquerait que [55–65] %³⁵⁰ de la différence des frais de personnel des représentants et comptes clés entre Payot et [...] (cf. N 252 ss). Comme démontré ci-dessus, la différence entre la Suisse et la France en matière de coûts de mains-d'œuvre est en réalité nettement inférieure à 80 %. La différence dans les frais de personnel des représentants et comptes clés nécessite donc une justification supplémentaire.

³⁴⁵ L'application de la valeur légèrement supérieure de [30–40] % (cf. N 263) ne change fondamentalement rien aux développements qui suivent.

³⁴⁶ A 198, N 236 ss.

³⁴⁷ OECD, OECD Compendium of Productivity Indicators, 2023, p. 19 et 22, <www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/oecd-compendium-of-productivity-indicators-2023_74623e5b-en> (18.12.2023).

³⁴⁸ Selon les chiffres de l'OCDE actuellement disponibles, les heures de travail effectives moyennes par habitant et par an sont en règle générale légèrement plus élevées en Suisse qu'en France. En plus et toujours selon les données de l'OCDE, la productivité de la main-d'œuvre en Suisse, mesurée en USD, est en général supérieure à celle de la France (cf. <<https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm>> et <<https://data.oecd.org/lprdy/gdp-per-hour-worked.htm>> (18.12.2023). Une source alternative suggère des différences bien plus substantielles en matière de productivité de la main-d'œuvre (Penn World Table, <www.rug.nl/ggdc/productivity/pwt/> [18.12.2023]).

³⁴⁹ Des études plus anciennes retiennent de faibles différences de coûts salariaux unitaires entre la Suisse et la France. Selon BAKBASEL (2017), les coûts de la main-d'œuvre dans le commerce de détail en Suisse sont certes supérieurs de 45 % aux coûts salariaux bruts en France en 2015. La différence se réduit à 3 % pour les coûts salariaux unitaires (<www.bak-economics.com/fileadmin/documents/reports/BAK_BASEL_Kosten_Detailhandel_internationaler_Vergleich_Studie.pdf> [18.12.2023]).

³⁵⁰ 80 % de plus (facteur 1.8) que [...] (€ [...]), soit € [...] (=+€ [...]). Les frais de personnel concernant Payot sont cependant de € [...] (=+€ [...]). Les salaires plus élevés de 80 % revendiqués par Madrigall n'expliquent donc que [...] % des frais de personnel revendiqués par Madrigall (=.../[...]).

269. Selon Madrigall, [...] % des coûts totaux actuels de E5F pour la diffusion/distribution (CHF [...] million) sont imputables à Payot, [...] % aux libraires indépendants et [...] % à LivreServices³⁵¹, alors que le chiffre d'affaires brut réalisé par E5F avec Payot ne représente que [...] % du chiffre d'affaires brut actuel de E5F (prix public conseillé HT). Madrigall justifie la part plus élevée des coûts de diffusion/distribution par le fait que LivreServices ne reçoit pas de visites, et que les coûts correspondants sont entièrement à la charge de Payot et des libraires indépendants.³⁵²

270. La part de Payot dans les dépenses d'E5F est donc plus élevée que la part de Payot dans le chiffre d'affaires net de E5F (2022: [...] %; 2021: [...] %).³⁵³ La différence est encore plus grande si l'on considère le nombre de visites des représentants de E5F chez les libraires indépendants. Selon les chiffres de Madrigall, 18 points de vente Payot et 78 points de vente de libraires indépendants sont visités. Payot gère donc 20 % des magasins visités et reçoit [...] % de toutes les visites des représentants de E5F. En ce qui concerne les postes avancés par Madrigall « frais de personnel compte-clé, coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support » et « frais généraux », Madrigall attribue également et de façon surprenante une part plus importante à Payot, vu le chiffre d'affaires net réalisé avec Payot.³⁵⁴

271. Les coûts de diffusion/distribution proportionnellement plus élevés que ceux des autres libraires suisses s'expliqueraient selon Madrigall par 1) des visites plus fréquentes des représentants de E5F, 2) des coûts nettement plus élevés pour les visites individuelles, et 3) l'attribution presque complète à Payot des postes « compte-clé » et « coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support ». Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall affirme en revanche que, pour Payot, la part des frais de personnel des représentants et du compte clé dans le CA PPHT « suisse » (prix suisses tabellisés) est plus faible ([...] %) que pour les libraires indépendants ([...] %).³⁵⁵ Cette considération, même si elle n'a qu'une importance secondaire, est au moins partiellement trompeuse. D'une part, la comparaison faite au N 269 porte sur l'ensemble des coûts de diffusion revendiqués par Madrigall, c'est-à-dire y compris le Coût encadrement commercial Madrigall et fonctions support ainsi que les Frais généraux autres (qui ne sont toutefois pas considérés comme surcoût). D'autre part, pour une comparaison plus pertinente en ce qui concerne les frais de personnel des représentants et du compte clé, le chiffre d'affaires net réellement généré serait déterminant, c'est-à-dire le CA PPHT « suisse » corrigé de la remise actuelle. Il faut tenir compte du fait que Payot bénéficie actuellement d'un rabais nettement plus important sur le CA PPHT « suisse » que les libraires indépendants (cf. note de bas de page 353). Enfin, il est indéniable que Payot supporte une part plus importante des coûts de distribution totaux ([...] %) et des frais de personnel des représentants et du compte clé ([...] %) par rapport à sa part du chiffre d'affaires net de E5F (environ [...] %).

272. Il sera analysé ci-après le détail des coûts de la main-d'œuvre des représentants d'E5F (N 273 ss) et du compte clé relatifs à Payot invoqués par Madrigall (N 288 ss). Dans la mesure où Madrigall fait valoir des

frais supplémentaires en ce qui concerne le coût « encadrement commercial Madrigall et fonctions Support », il est renvoyé aux explications de la section B.5.3.4.4.

IV. Coûts de la main-d'œuvre des représentants d'E5F

273. Selon Madrigall, les quatre représentants d'E5F ont effectué en 2022 un total de [...] visites dans 18 filiales Payot. Ce chiffre comprend les « visites du site Internet de Corminboeuf », des salons en collaboration avec Payot et des boutiques du Musée cantonal des beaux-arts et du musée Photo Élysée.³⁵⁶

274. Selon Madrigall, une visite dure en moyenne [...] heures, ce qui correspond à un total de [...] heures par an. Comme les visites dans les filiales des libraires indépendants ne durent en moyenne que [...] heures, les filiales Payot représenteraient [...] % du temps consacré aux visites des représentants de Madrigall.³⁵⁷ [...] heures correspondent environ à une année de travail avec un taux d'occupation de [...] %.³⁵⁸

275. Au temps consacré aux visites, Madrigall ajoute le temps de déplacement des représentants. Pour l'ensemble des libraires suisses, ceux-ci s'élèvent à près d'une heure par visite, ce qui correspond à [...] heures pour Payot.³⁵⁹ [...] heures correspondent à un taux d'occupation de [...] %.

276. Les représentants ont également besoin de temps pour préparer les visites. Pour une visite moyenne d'un magasin Payot, Madrigall chiffre ce temps à [...] heures, pour les libraires indépendants à [...] heures. Le temps de travail correspondant pour Payot s'élève donc à [...] heures, ce qui correspond à un taux d'occupation de [...].³⁶⁰

³⁵¹ A 143, réponse 1.

³⁵² A 143, réponses 1 et 20 ainsi qu'Annexe A.

³⁵³ A 39, N 61; la part de Payot dans le CA PPHT de E5F est légèrement plus élevée en 2022 ([...] %) que sa part dans le chiffre d'affaires net, ce qui s'explique par le fait que Payot bénéficie d'un rabais sur le prix public conseillé HT plus élevé ([...] %) que les autres libraires suisses ([...] % à [...]), cf. A 39, N 23.

³⁵⁴ A 143, réponse 1.

³⁵⁵ A 198, N 236.

³⁵⁶ A 143, réponses 1 et 20; Annexe A.

³⁵⁷ A 143, réponses 1 et 20.

³⁵⁸ Un taux d'occupation de 100 % correspond selon Madrigall à 210 jours de travail de 8 heures (soit 1'680 heures, cf. A 143, réponse 1). Si une visite d'une filiale de Payot durait en moyenne aussi longtemps que la visite d'un libraire indépendant ([...] heures), cela correspondrait à un total de [...] heures, soit un taux d'occupation d'environ [...] %.

³⁵⁹ A 143, réponse 20: sur un total de [...] heures pour les tâches des représentants, [...] % du temps a été consacré à des déplacements, soit [...] heures, dont [...] % du temps pour Payot, soit [...] heures.

³⁶⁰ A 143, réponse 20: sur un total de [...] heures pour les tâches des représentants, [...] % du temps a été consacré à la préparation des visites, soit [...] heures, dont [...] % du temps pour Payot, soit [...] heures.

277. Au total, les heures de travail des représentants attribuées par Madrigall à Payot correspondent à un taux d'occupation d'environ [...] %, soit [...] % de l'ensemble des activités des quatre représentants d'E5F. Ces [...] % représentent, selon Madrigall, un coût de CHF [...] par an.³⁶¹

278. De son côté, Payot conteste d'abord le nombre de visites des représentants d'E5F, ainsi que la durée des visites.³⁶² Selon Payot, le nombre de visites s'élève à [...] dans 13 filiales au total. Cela représente environ 22 % de visites en moins que ce qu'affirme Madrigall. D'une part, les magasins de Berne et de Montreux ne seraient pas visités, car l'achat de nouveautés pour ces filiales serait effectué par les filiales de Vevey et de Lausanne. Payot ne mentionne pas non plus les « visites du site Internet de Corminboeuf », des salons en collaboration avec Payot et des boutiques du Musée cantonal des beaux-arts et de Photo Elysée. Finalement, à une exception près (Fribourg), il y aurait selon Payot 1 à 9 visites de moins dans les autres filiales que ce qu'affirme Madrigall.³⁶³ Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall mentionne à nouveau les [...] visites³⁶⁴, mais n'aborde pas la différence avec les données de Payot et ne dissipe donc pas les doutes mentionnés ci-dessus. Les autorités de la concurrence continuent donc de penser que le nombre de visites avancé par Madrigall est exagéré. Toutefois, il est démontré ci-dessous que les frais de personnel de la diffusion relativement élevés en ce qui concerne les visites des représentants chez Payot sont principalement dus aux heures moyennes consacrées par Madrigall aux visites et à leur préparation.

279. Payot conteste également la durée moyenne des visites. Même dans les grandes succursales, les visites ne dureraient pas plus de [...] heures. En outre, les visites de la direction commerciale (selon Madrigall: [...] visites; selon Payot: [...] visites) se feraient principalement par téléphone et ne dureraient donc que [...]. Au total, Payot estime la durée moyenne des visites à [...] heures, ce qui donne un total de [...] heures pour [...] visites.³⁶⁵ Cela correspond à un taux d'occupation d'environ [...] %. Madrigall relève une contradiction dans sa prise de position du 10 juin 2024, car la Proposition du Secrétariat semble se baser sur une durée de visite maximale de [...] heures, alors que Payot lui-même se base sur une durée de visite moyenne de [...] heures pour certaines librairies (Pepinet à Lausanne et Rive Gauche à Genève).³⁶⁶ La proposition ne conteste en aucun cas le fait que la visite d'un représentant dans certaines grandes librairies peut durer nettement plus longtemps que la moyenne de toutes les visites. Cependant, le plafond de [...] heures estimé par Payot concerne précisément cette moyenne, qui est finalement utilisée pour calculer le total des heures consacrées et donc les frais de personnel de la diffusion. Il n'y a pas de contradiction entre le calcul de Payot et la Proposition. D'ailleurs, Madrigall ne fait que justifier dans sa prise de position pourquoi les visites des magasins Payot durent plus longtemps que les visites des libraires indépendants. Madrigall ne justifie donc pas pourquoi les heures de travail des représentants sont manifestement beaucoup plus importantes que celles d'une librairie française comparable (cf. également N 283 ci-après). C'est en effet la seule façon de justifier les frais de personnel de

diffusion nettement plus élevés de Payot par rapport à [...], qui, comme il l'a été démontré ci-avant, dépassent largement les coûts de travail plus élevés en Suisse.

280. Madrigall estime donc le nombre des visites supérieur de 28 % et la durée moyenne des visites supérieure de 200 % aux chiffres avancés par Payot, ce qui correspond à un nombre d'heures consacrées aux visites des représentants de E5F supérieur de 154 % ([...] contre [...] heures).

281. Pour les temps de déplacement, une petite heure en moyenne par visite semble appropriée, d'autant plus que Madrigall ne fait pas de distinction entre Payot et les libraires indépendants. Cette hypothèse n'est pas non plus contestée par Payot. Pour [...] visites à Payot, le nombre d'heures de trajets est également de [...], ce qui correspond à environ [10–20] % du temps de travail.

282. Payot ne se prononce pas sur les heures consacrées par Madrigall à la préparation des visites, car Madrigall qualifie ces informations de secret d'affaires. Il n'est toutefois pas contesté que les visites des représentants entraînent des dépenses. Madrigall n'apporte toutefois pas la preuve du montant des charges de préparation liées aux visites des points de vente Payot, ni les différences importantes entre Payot et les libraires indépendants ([...] contre [...] heures, ce qui correspond à un facteur de [...] (+[...] %). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall fait valoir que les réunions éditoriales, auxquelles les représentants participent [...] fois par an et qui durent [...], sont comprises dans la préparation des visites, ce qui représente [...] heures pour Payot et [...] heures pour les libraires indépendants par visite. En conséquence, le temps de préparation sans réunions éditoriales serait encore de [...] heures par visite pour Payot et de [...] heures pour les libraires indépendants.³⁶⁷ Ce calcul n'est cependant pas correct. Selon les données antérieures de Madrigall, le temps de préparation pour les visites aux libraires indépendants est de [...] heures (voir ci-dessus). Si l'on déduit de ce chiffre les [...] heures consacrées à la participation des représentants aux réunions éditoriales, on obtient [...] heures. Le rapport entre le temps de préparation des visites de Payot et des visites des libraires indépendants reste donc inchangé. Compte tenu de la taille des points de vente Payot par rapport aux magasins des libraires indépendants,³⁶⁸ un temps de préparation un peu plus important pourrait se justifier, en plus d'un nombre moyen de visites plus élevé, respectivement d'une durée de visite plus longue. Madrigall justifie d'abord cette différence par le fait que Payot gère environ 35'000 titres,

³⁶¹ Cela implique un coût de CHF [...] pour un poste à temps plein. Par mois et sur la base de 12 (13) salaires mensuels, le coût d'un poste à plein temps s'élève donc à CHF [...] (CHF [...]), ce qui est comparable au coût moyen de la main-d'œuvre des quatre représentants de E5F, estimé à CHF [...] (moyenne des quatre salaires bruts à hauteur de CHF [...], multipliés par le facteur 1.25 selon N 261).

³⁶² A 156, § I.1. ainsi que § V.19. et 20.

³⁶³ A 82, réponse 12.

³⁶⁴ A 198, N 223 et 225.

³⁶⁵ A 82, réponse 12; A 156, p. 2.

³⁶⁶ A 198, N 229.

³⁶⁷ A 198, N 225 s.

³⁶⁸ A 15, réponse 5; A 156, chiffre I.1.

ce qui ne serait pas comparable à une librairie indépendante de taille moyenne. Madrigall explique ensuite les raisons pour lesquelles elle a besoin de beaucoup plus de temps pour préparer les visites des représentants auprès de Payot.³⁶⁹ L'envoi des programmes à venir de Madrigall, avec les arguments de vente et les bons de commandes à tous les points de vente de Payot; la présentation des titres sélectionnés par formulaire ainsi que des visuels, des arguments de vente et éventuellement du matériel de promotion; la présentation des titres livrés au directeur des magasins Payot pour qu'il puisse décider des quantités qui seront impérativement présentées en magasins; le travail de coordination avec le service export de Madrigall concernant les titres sélectionnés par Payot, entre autres. Ce travail de préparation ne concernerait en Suisse que Payot, et non pas les libraires indépendants. Toutefois, un nombre moyen de visites élevé dans les mêmes enseignes et dans des enseignes comparables permet généralement de réaliser d'importantes économies d'échelle. Des synergies sont obligatoirement possibles et forcément réalisées. Dans ce contexte, un temps de préparation moyen de [...] heures *par visite* semble pour le moins improbable aux yeux des autorités de la concurrence. L'estimation de Payot et les données de Madrigall concernant les libraires indépendants semblent davantage réalistes. Madrigall fonde son argumentation dans sa prise de position du 10 juin 2024 sur l'hypothèse que la préparation des visites des magasins Payot prend environ [...] fois plus de temps que pour les visites des libraires indépendants.³⁷⁰ Comme expliqué ci-dessus, cette hypothèse ne correspond pas aux informations fournies par Madrigall au cours de l'enquête. Le temps consacré à la préparation d'une visite d'une filiale Payot est, même en tenant compte de la participation des représentants aux réunions éditoriales, plus long d'un facteur [...] (et non [...]) que le temps de préparation d'une visite d'un libraire indépendant. En tenant compte du facteur de [...] avancé par Madrigall, il en résulte, sur la base d'un temps de préparation des libraires indépendants de [...] heures, un temps de préparation correspondant de [...] heures en moyenne pour la visite d'un magasin Payot, ce qui est même parfois moins que dans les scénarios présentés au N 284.

283. En résumé, dans sa prise de position, Madrigall aborde la différence entre les charges liées aux visites des représentants chez Payot et les libraires indépendants, pour justifier les hypothèses sur les charges correspondantes relatives à Payot, hypothèses qui, comme il l'a été démontré précédemment, ne sont pas documentées ou justifiées et ne semblent pas plausibles. Outre les coûts de travail plus élevés en Suisse, déjà traités plus haut, la seule justification de Madrigall consiste à déduire mathématiquement les frais de personnel de la diffusion de € [...] à l'aide de données sur le nombre de visites et les heures de travail correspondantes. La raison pour laquelle ces coûts sont plus élevés d'un facteur [...] que pour une librairie française comparable (en l'occurrence [...]; cf. N 252) n'est pas justifiée. Il convient de souligner une fois de plus que, selon Madrigall, [...] dispose d'un assortiment beaucoup plus large, et d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière (cf. N 290). Il est donc difficile de comprendre pourquoi les représentants devraient avoir une charge

de travail aussi faible dans le cas de [...]. Il semble également évident (et n'est contesté nulle part par Madrigall) que les représentants qui visitent les filiales de [...] participent aux réunions éditoriales. En général, si l'on suit la logique de raisonnement de Madrigall, plus une librairie est grande, plus les frais de personnel de la diffusion sont élevés. Par conséquent, les grandes librairies devraient obtenir des rabais plus faibles, ce qui n'est pas évident et n'a pas été avancé par Madrigall. Madrigall semble plutôt partir du principe que Payot doit prendre en charge tous les coûts liés à la diffusion – même le travail de préparation interne des représentants, comme la participation aux réunions éditoriales. Cela va à l'encontre du fait que, comme Madrigall le souligne régulièrement, la diffusion est essentielle pour elle et que, par conséquent, elle dédommage parfois Payot pour l'organisation d'activités commerciales.³⁷¹

284. En ce qui concerne les heures consacrées à la préparation des visites dans les filiales Payot, Madrigall part d'un facteur de [...] sur la durée moyenne des visites ([...]/[...]).³⁷² Si l'on applique ce facteur à la durée moyenne des visites de [...] heures selon Payot ou à la limite supérieure de [...] heures par visite mentionnée par Payot,³⁷³ on obtient une durée moyenne de préparation de [...] ou [...] heures.³⁷⁴ Il en résulte, pour [...] visites, un total d'heures de [...] respectivement [...], ce qui correspond à un taux d'occupation d'environ [...] % respectivement [...] %.

285. En raison des différences entre les données et les hypothèses de Madrigall et de Payot, ainsi que de différentes combinaisons qui en résultent, plusieurs scénarios sont comparés ci-dessous en ce qui concerne les charges horaires et les coûts de main-d'œuvre des représentants de E5F:

- le scénario « Madrigall 1 » porte sur les heures de travail et les coûts avancés par Madrigall;
- le scénario « Madrigall 2 » est basé sur le scénario « Madrigall 1 », mais s'appuie sur la durée moyenne de visite des libraires indépendants ([...] heures) et sur un temps de préparation moyen selon le facteur de [...] découlant des affirmations de Madrigall;
- le scénario « Payot 1 » se base sur les données et les hypothèses de Payot lorsque celles-ci sont disponibles et, pour le reste, sur les heures de travail avancées par Madrigall pour les libraires indépendants (1 heure de déplacement, [...] heure pour le temps de préparation);

³⁶⁹ A 198, N 227.

³⁷⁰ A 198, N 226.

³⁷¹ A 198, N 375.

³⁷² Pour les libraires indépendants, Madrigall part d'un facteur correspondant de seulement [...] (temps de préparation moyen de [...] heures divisé par la durée moyenne de la visite de [...] heures).

³⁷³ A 156, p. 2.

³⁷⁴ Pour rappel, Madrigall avance, dans sa prise de position du 10 juin 2024, que la préparation des visites des magasins Payot prend environ [...] fois plus de temps que pour les visites des libraires indépendants. Pour un temps de préparation moyen de [...] heures pour les libraires indépendants, cela entraîne un temps de préparation moyen de [...] heures pour Payot, ce qui se trouve dans cette intervalle (cf. N 282).

- le scénario « Payot 2 » est basé sur le scénario « Payot 1 », mais prend en compte le temps de préparation moyen selon le facteur [...] sous-entendu par Madrigall.
- le scénario « Payot 3 » est basé sur le scénario « Payot 1 », mais s'appuie sur la durée moyenne de visite des libraires indépendants ([...] heures) et un temps de préparation moyen selon le facteur de [...] sous-entendu par Madrigall.

Ces scénarios ne sont en aucun cas une estimation exacte des frais de personnel de la diffusion. Il s'agit plutôt de classer les chiffres avancés par Madrigall, et de vérifier la plausibilité des différences calculées plus haut entre la Suisse et la France en termes de coût du travail. Cela se fait dans un premier temps en tenant compte des données quantitatives apportées par Payot sur les visites des représentants. Dans un deuxième temps (voir section VI), les scénarios sont complétés par une comparaison directe avec [...] et les coûts du travail plus élevés en Suisse.³⁷⁵

Scénario	Madrigall 1	Madrigall 2	Payot 1	Payot 2	Payot 3
Visites	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)
Voyages	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)
Préparation	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)	[...] h (Ø [...] h)
Total des heures	[...] h	[...] h	[...] h	[...] h	[...] h
Taux d'activité	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Coûts en CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 1

286. Le *Tableau 1* montre que les coûts des représentants de E5F imputés par Madrigall à Payot sont nettement plus élevés que ceux calculés sur la base d'autres méthodes. Cela est principalement dû à trois facteurs, respectivement à leur combinaison:

- le nombre de visites des points de vente de Payot avancé par Madrigall est nettement plus élevé que le nombre déclaré par Payot;
- la durée moyenne des visites est nettement plus longue selon Madrigall que selon Payot (et également par rapport à la durée moyenne des visites aux libraires indépendants);
- Madrigall déclare un temps de préparation des visites de Payot nettement plus important que celui consacré aux visites des libraires indépendants.

287. Il apparaît également que, dans les deux scénarios « Madrigall 1 » et « Madrigall 2 », les coûts des seuls représentants de E5F sont plus élevés que le total des frais de personnel des représentants et compte-clés de [...]. Cette observation indique déjà que Madrigall se base sur une structure quantitative plus importante pour le calcul des frais de personnel des représentants et comptes clés en ce qui concerne Payot par rapport à [...]. Il n'y a toutefois aucune justification de cette différence dans les explications de Madrigall (en particulier, rien n'explique pourquoi la différence est uniquement due au fait que Payot est situé en Suisse et [...] en France). Certes, les visites dans les magasins [...] sont plus courtes que celles dans les magasins Payot, mais elles sont en revanche plus fréquentes.³⁷⁶

V. Frais de personnel compte clé

288. Selon Madrigall, les buts du compte-clé comprennent notamment la présentation des programmes, la négociation des opérations et des accords annuels, ainsi que la coordination du travail des représentants. Le compte-clé de E5F se monte à CHF [...] par an et sert à [...] % Payot. Les [...] % restants sont attribués à toutes les autres librairies dans l'ensemble de la Suisse. La raison invoquée en est que Payot est la seule enseigne regroupant des librairies en Suisse.³⁷⁷

289. Selon Payot, le compte-clé n'a été introduit que récemment chez E5F. Jusqu'à présent, il était directement rattaché à Madrigall et ne s'occupait pas presque exclusivement de Payot, mais aussi d'autres clients. Payot estime que la solution actuelle concernant le compte-clé est inutile et trop chère.³⁷⁸

³⁷⁵ Le calcul des « coûts en CHF » se base sur les chiffres mentionnés au N 277 et s'obtient en multipliant le taux d'occupation obtenu par les coûts implicites [...] de Madrigall (CHF [...]).

³⁷⁶ A 143, réponse 21.

³⁷⁷ A 143, réponse 1.

³⁷⁸ A 156, p. 2.

290. Le compte-clé est également utilisé pour la diffusion en France.³⁷⁹ Les coûts correspondants sont donc inclus dans les frais de personnel des représentants et compte-clé mentionnés pour [...] à hauteur de € [...]. Madrigall ne précise pas à combien s'élèvent la charge de travail et les frais de compte-clé pour [...]. Compte tenu de la comparabilité de Payot et de [...], notamment en ce qui concerne le CA PPHT et le nombre de filiales (qui est même plus important chez [...]), la charge de travail du compte clé ne devrait pas être plus faible chez [...] que chez Payot. Le fait que [...] disposerait selon Madrigall d'un assortiment beaucoup plus large et d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière (cf. N 245) devrait précisément constituer une charge plus importante chez [...] que chez Payot.

VI. Vue d'ensemble des frais de personnel des représentants et compte-clé

291. Au total, Madrigall fait valoir, en ce qui concerne Payot, des frais de main-d'œuvre des représentants et compte-clé d'un montant de € [...] (N 252). En comparaison avec les autres frais de diffusion/distribution mentionnés par Madrigall en cas d'approvisionnement direct de Payot (soit € [...], € [...] million [N 246] moins € [...]), cela correspond à une part de [...] %. Pour [...], cette part n'est que de [...] % (€ [...] sur € [...]), ce qui correspond d'ailleurs à la moyenne de Madrigall pour toute la

France (coûts de diffusion/distribution sans frais de personnel des représentants et compte-clé: € [...] millions; frais de personnel des représentants et compte-clé: € [...] millions)].³⁸⁰

292. Le *Tableau 2* suivant compare différents scénarios concernant les frais de personnel des représentants et compte-clé:

- les scénarios « Madrigall 1 », « Madrigall 2 », « Payot 1 » et « Payot 3 » ont déjà été décrits au N 285 ci-dessus. Dans ces scénarios, CHF [...] sont ajoutés pour le compte-clé, en supposant que les charges correspondantes sont également supportées par [...];
- le scénario « [...] » décrit les frais de personnel des représentants et du compte clé pour [...] selon les données fournies par Madrigall;
- le scénario « Coûts de la main-d'œuvre » reproduit les calculs présentés au N 263 (calcul des coûts de la main-d'œuvre par rapport à Payot sur la base des comparaisons des coûts de la main-d'œuvre entre la France et la Suisse).

Pour les frais et les coûts, il est parti de l'hypothèse d'une parité entre le franc suisse et l'euro, comme c'était pratiquement le cas tout au long de l'année 2023.

Scénario	Madrigall 1	Madrigall 2	[...]	Payot 1	Payot 3	Coûts de la main-d'œuvre ³⁸¹
Frais	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
En % du CA PPHT (€ 7 millions)	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
Coûts supplémentaires (vs. [...])	[...]	[...]	-	[...]	[...]	[...]
En % du CA PPHT	[...] %	[...] %	-	[...] %	[...] %	[...] %

Tableau 2

293. Il n'est pas possible de procéder à une estimation exacte des coûts supplémentaires admissibles en ce qui concerne les frais de personnel des représentants et compte-clé sur la base des données fournies. Il apparaît toutefois que dès que l'on s'écarte des hypothèses de Madrigall, les coûts supplémentaires sont nettement moins élevés. Il convient de tenir compte du fait que les calculs reposent sur des hypothèses conservatrices, c'est-à-dire que les surcoûts calculés ont tendance à représenter une limite supérieure.³⁸² Le *Tableau 2* montre également que dans les scénarios basés sur les données fournies par Payot concernant le nombre de visites et leur durée moyenne, les frais de personnel de

la diffusion et donc les surcoûts admissibles par rapport à une librairie française comparable sont semblables à ceux qui sont calculés en tenant compte uniquement des coûts de main-d'œuvre plus élevés en Suisse.

³⁷⁹ A 104, I. 116 ss.

³⁸⁰ A 143, réponse 12.

³⁸¹ Les coûts de la main-d'œuvre prennent en compte les treizièmes salaires selon la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024 (cf. N 263).

³⁸² Payot considère que des coûts supplémentaires de CHF 50'000.- à CHF 75'000.- seraient acceptables, sur la base des coûts salariaux plus élevés en Suisse (A 82, réponse 14).

294. En ce qui concerne les frais de personnel des représentants et compte-clé, Madrigall fait valoir, outre les salaires supérieurs de 80 %, d'autres coûts supplémentaires substantiels par rapport à la librairie française [...]. Dans la mesure où les données fournies par Madrigall et Payot permettent de les calculer, ces surcoûts s'expliquent en premier lieu par une structure quantitative nettement plus élevée des activités des représentants et du compte clé de E5F.³⁸³ En comparaison avec [...], Madrigall ne fait cependant pas valoir de volumes plus importants. La comparabilité des deux libraires ne permettrait d'ailleurs guère de justifier une telle différence, surtout au vu des données fournies par Madrigall. Il est même possible que les charges des représentants et du compte clé soient plus élevées pour [...] en raison des visites plus fréquentes, d'un assortiment beaucoup plus large ainsi que d'un fonds animé de façon beaucoup plus régulière, comme l'avance Madrigall. En comparaison avec les petits libraires indépendants, le temps supplémentaire consacré par les représentants aux visites des magasins Payot et à la préparation y relative est en principe justifié. L'ampleur de la différence entre Payot et [...] n'est toutefois pas justifiée par Madrigall et est considérée comme en partie arbitraire par les autorités de la concurrence.

295. Si l'on estime les frais de personnel des représentants et compte-clé, d'une part, sur la base des différences de coûts de la main-d'œuvre entre la France et la Suisse ou, d'autre part, avec des grilles quantitatives qui s'orientent davantage vers les hypothèses de Payot ou les chiffres pour [...] et les libraires indépendants, les surcoûts admissibles se réduisent à (nettement) moins de [0–10] % du CA PPHT, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise.

296. Par rapport à [...] ou, plus généralement, par rapport aux coûts de diffusion/distribution concernant les libraires français, les surcoûts admissibles sont ceux qui résultent des coûts de la main-d'œuvre plus élevés en Suisse (car il n'est pas possible de calculer les coûts salariaux unitaires avec suffisamment de précision, ce qui joue vraisemblablement en faveur de Madrigall). Des dépenses horaires plus élevées sont justifiées si 1) elles sont dues à des voyages plus longs et des frais de déplacement plus élevés, ce qui, en comparaison avec la France, plaide plutôt en faveur de coûts plus bas en Suisse (et particulièrement en Suisse romande) par rapport à la France; ou 2) si elles résultent effectivement d'activités différentes (et plus coûteuses) des représentants et du compte clé en raison du fait que Payot est une librairie suisse (par rapport à une librairie française). Ces deux arguments ne sont pas substantiés en suffisance ni même avancés par Madrigall. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall n'apporte pas non plus d'éléments de preuve, mais se contente de constater que les coûts sont globalement plus élevés en Suisse, raison pour laquelle la Proposition compare les « pommes avec les poires ».³⁸⁴

B.5.3.4.3 Les coûts liés à la garantie du risque de crédit

I. Position de Madrigall

297. Concernant ce point, la COFACE³⁸⁵ a informé Madrigall par courriel, à sa demande, qu'en ce qui concerne Payot, un montant de crédit maximal de € [...] pouvait être assuré. Le taux d'intérêt correspondant serait de [...] % du montant facturé (chiffre d'affaires net), ce taux n'étant pas précisé dans la communication de la COFACE.³⁸⁶

298. Dans le cadre d'un délai de paiement de [...] jours et compte tenu d'une durée de traitement des commandes estimée par Madrigall à environ un mois, soit au total environ trois mois, Madrigall estime le montant des impayés potentiels à 25 % en moyenne du montant facturé (chiffre d'affaires net) de € [...] millions, soit € [...] million.³⁸⁷ Toujours sur la base d'un chiffre d'affaires net de € [...] millions et d'un taux d'intérêt de [...] %, Madrigall estime que les surcoûts au sens d'une prime de risque s'élèveraient à environ € [...].

299. Pour justifier le risque supplémentaire par rapport à la situation actuelle, Madrigall explique que jusqu'à présent, l'OLF « connaît parfaitement les évolutions économiques du marché en Suisse [et] bloque immédiatement le compte du libraire ou entre en discussion avec lui. C'est donc l'OLF qui assure aujourd'hui le suivi de solvabilité des clients suisses (afin d'éviter les cas de défauts de paiement), qui négocie si nécessaire des échéanciers avec ses clients, et qui peut récupérer les stocks en cas de défaut de paiement ou de faillite ». Madrigall poursuit en indiquant qu'en cas d'approvisionnement direct, ces tâches reviendraient à la SODIS et à l'UD, qui devraient ainsi intégrer la complexité du recouvrement sur le marché suisse et auraient plus de difficulté à récupérer leurs stocks en cas de défaillance.³⁸⁸

300. Il s'agit donc d'examiner dans les considérants qui suivent si les motifs avancés par Madrigall permettent de justifier un surcoût de [...] % du CA PPHT par rapport aux autres libraires français ou étrangers procédant à des approvisionnements directs et qui bénéficient de remises sensiblement plus élevées (N 220 et 225).

³⁸³ P. ex. visites plus longues des représentants E5F dans les filiales Payot. Même à salaires égaux, les frais de personnel seraient donc plus élevés chez Payot que chez [...].

³⁸⁴ A 198, N 234.

³⁸⁵ Selon Madrigall, la COFACE est l'assurance-crédit entreprise via la CENTRALE DE L'EDITION qui est un GIE (groupement d'intérêt économique) réunissant les principaux éditeurs et distributeurs français, dont la mission est de développer l'exportation des livres français dans le monde, A 143, réponse 3.2 et annexe B.

³⁸⁶ A 143, réponse 4, p. 19 et annexe B.

³⁸⁷ Etant entendu que Madrigall part ici d'un taux de remise de [...] %, qui est précisément discuté dans la présente enquête.

³⁸⁸ A 143, réponse 5.

II. L'OLF n'est pas un observateur privilégié

301. Il doit premièrement être constaté que l'OLF, qui n'est pas un revendeur de livres, mais une société indépendante distribuant des livres, ne dispose d'aucun avantage en matière d'informations pertinentes concernant la solvabilité de Payot par rapport à la SODIS et l'UD, qui seraient en relation contractuelle directe avec Payot en cas d'approvisionnement direct. Il est rappelé au besoin que le diffuseur E5F – filiale de Madrigall – est parfaitement implémenté en Suisse et se trouve en contact permanent avec Payot, pour laquelle il sert notamment aussi d'interlocuteur pour les commandes (N 68). Ce lien avec E5F ne changerait pas en cas d'approvisionnement direct. Pour connaître les évolutions économiques du marché suisse et, le cas échéant, entreprendre des démarches immédiates en vue de bloquer un compte, E5F est en première ligne et bien mieux placée que la société tierce OLF. En tant qu'exportatrice vers la Suisse, il est de la responsabilité de Madrigall de surveiller la solvabilité des clients étrangers, et sa filiale suisse E5F est en l'espèce parfaitement en mesure d'y procéder. Si E5F, la SODIS ou l'UD devait recevoir des signaux indiquant que Payot ne pourrait plus honorer partiellement ou intégralement ses obligations de paiement, les mêmes mesures que celles mentionnées pour l'OLF seraient à leur disposition (p. ex. suspension des livraisons, blocage de compte, etc.). Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall conteste cette présentation. Selon Madrigall, l'OLF, en tant qu'entreprise suisse, connaît le système juridique suisse et a accès aux documents pertinents des points de vente. En conséquence, le transfert de ces activités à Madrigall ou à E5F entraînerait des coûts supplémentaires, qui seraient couverts par le poste coût du service recouvrement en tant que surcoût. En outre, E5F serait la structure de diffusion suisse de Madrigall et ne serait ainsi pas compétente pour les recouvrements.³⁸⁹

302. Il est compréhensible qu'OLF dispose actuellement du savoir-faire nécessaire et de l'accès aux documents pertinents en tant que partenaire contractuel de Madrigall mandaté pour le recouvrement. Madrigall ne peut toutefois pas démontrer de manière crédible pourquoi la SODIS ou l'UD (voire un tiers) ne pourrait assumer ce rôle dans le cadre d'un approvisionnement direct – cas échéant en occasionnant certaines dépenses initiales – qu'avec des coûts supplémentaires substantiels. Par ailleurs, l'argument selon lequel l'OLF (en tant que distributeur) connaîtrait mieux le marché suisse des livres que Madrigall n'est pas convaincant. Madrigall considère le marché suisse en général et Payot en particulier comme très important³⁹⁰ et a un intérêt à réaliser le plus grand bénéfice possible en vendant ses livres sur le marché suisse. Pour cela, il est indispensable de connaître les conditions du marché. En outre, E5F devrait également disposer d'une telle connaissance du marché, même si elle n'agit qu'en tant que structure de diffusion suisse de Madrigall, dans la mesure où Madrigall considère l'existence d'une diffusion locale en Suisse comme essentielle car « *le ressenti terrain est très important et la diffusion locale permet à Madrigall de s'adapter aux spécificités du marché suisse* »³⁹¹.

III. Absence de motif justifiant une gestion des risques défavorables aux revendeurs suisses

303. Pratiquant l'approvisionnement direct dans de nombreux pays, Madrigall est selon toute vraisemblance appelée à prendre des mesures similaires contre les risques de défauts de paiement en ce qui concerne [...] ou tout autre revendeur en France et de par le monde. Or, ces mesures ont toutes un coût, mais Madrigall n'avance aucun argument qui démontrerait que ces coûts sont supportés aussi par les autres revendeurs et en déduction directe de leurs taux de remise qui, comme on l'a vu, sont généralement bien plus importants qu'en Suisse. Il est en outre rappelé que les risques spécifiques à certains pays (comme les risques géopolitiques, économiques, la complexité du recouvrement ou encore les difficultés de récupération du stock) sont, en Suisse, vraisemblablement parmi les plus faibles en comparaison internationale. Madrigall mentionne dans sa prise de position que Madrigall et les revendeurs français sont soumis au même système juridique, ce qui facilite le recouvrement et la récupération des stocks. De plus, Madrigall pourrait mieux évaluer la solvabilité des revendeurs français, car les entreprises doivent publier leurs comptes, ce qui n'est pas le cas en Suisse. A cela s'ajoute que les CVG de Gallimard/Sodis, Flammarion et Sofédis contiendraient une réserve de propriété et permettraient ainsi de récupérer les stocks en cas de défaut de paiement. En Suisse, cela ne serait que très difficilement possible pour un bien comme les livres, car une telle réserve doit être inscrite dans un registre public de l'office des poursuites, conformément à l'art. 715 CC. Enfin, pour les revendeurs, au moins depuis les pays éloignés, les retours seraient en principe exclus et le paiement au comptant très fréquent. Il faudrait ainsi garder à l'esprit que le risque pour les pays autres que la France, la Belgique, la Suisse et le Québec est moins important en raison des volumes plus faibles. Les risques liés à Payot ne pourraient donc pas être comparés à des marchés de moindre importance.³⁹²

304. Par nature, les activités commerciales comportent des risques. Apparemment, Madrigall considère que ce risque doit être supporté uniquement par les clients, car c'est la seule façon d'expliquer pourquoi Payot devrait aujourd'hui supporter tous les coûts liés au risque de défaillance via les tables³⁹³ et, dans le cas d'un approvisionnement direct, via une remise réduite. Il n'est pas clair si cela vaut également pour les libraires en France, en Belgique ou au Québec. Madrigall omet de faire des déclarations sur ces pays d'exportation, qui sont importants aux yeux de Madrigall, et se limite aux pays éloignés.³⁹⁴ Ainsi, il n'est toujours pas clair si, et si oui, pourquoi le risque de défaillance peut être moins bien couvert pour les revendeurs suisses que pour les revendeurs dans d'autres pays (en dehors des pays éloignés ou des marchés de faible importance pour Madrigall).

³⁸⁹ A 198, N 243 ss.

³⁹⁰ Cf. not. A 198, N 109 ss.

³⁹¹ A 198, N 61.

³⁹² A 198, N 254 ss.

³⁹³ A 198, N 252.

³⁹⁴ A 198, N 257 s.

305. L'objection de Madrigall selon laquelle une réserve de propriété selon le Code civil suisse semble ignorer le droit international privé, et en particulier l'art. 102 al. 2 LDIP³⁹⁵ selon lequel une réserve de propriété valablement constituée à l'étranger sur un bien importé par la suite en Suisse conserve sa validité durant trois mois. D'autres options explicitement prévues par les CGV de Madrigall (par exemple l'exigence d'une caution bancaire ou de garanties comparables³⁹⁶) sont passées sous silence.

306. Madrigall ne parvient pas non plus à expliquer de manière convaincante pourquoi, dans le cadre d'un approvisionnement direct, l'accès aux informations relatives à la solvabilité de Payot serait plus difficile que dans le cas d'une librairie française. Le fait que les entreprises en France doivent publier leurs comptes, contrairement à la Suisse, semble peu pertinent dans le cas présent, car Madrigall est bien entendu libre d'exiger la publication de certains chiffres financiers dans le cadre de négociations concrètes et sérieuses avec Payot, afin de pouvoir évaluer le risque d'approvisionnement direct (ce que Madrigall fait apparemment pour tous ses clients). Il peut à ce sujet à nouveau être renvoyé aux CGV de Madrigall, selon lesquelles Madrigall peut demander de telles informations et/ou garanties aux librairies cocontractantes.³⁹⁷ Madrigall n'explique pas pourquoi cela ne serait pas possible dans le cas de Payot.

307. Par principe, l'activité entrepreneuriale comporte des risques. Il semble que Madrigall considère que ce risque doit être supporté uniquement par les clients, car c'est la seule façon d'expliquer pourquoi Payot doit aujourd'hui supporter tous les coûts liés au risque de défaillance par le biais des tables et, dans le cas d'un approvisionnement direct, par le biais d'une réduction de la remise. Il n'est pas clair s'il en va de même dans le cas des librairies en France, en Belgique ou au Québec. Madrigall omet de faire des déclarations sur ces pays d'exportation, qui sont importants aux yeux de Madrigall. Ainsi, il n'est toujours pas clair si et pourquoi le risque de défaillance pour les revendeurs suisses peut être moins bien couvert que pour les revendeurs dans d'autres pays (en dehors des pays éloignés ou des marchés de faible importance pour Madrigall). Le fait que les entreprises en France doivent publier leurs comptes, contrairement à la Suisse, semble peu pertinent en l'espèce, car Madrigall est bien entendu libre de demander, dans le cadre de négociations concrètes et sérieuses avec Payot (ou de l'imposer dans les CGV qu'elle appliquerait à Payot, à l'instar de ce qu'elle pratique en France; cf. N 306), la publication de certaines informations financières afin de pouvoir évaluer le risque en cas d'approvisionnement direct (ce que Madrigall semble faire pour tous ses clients).³⁹⁸

IV. Le taux d'intérêt est douteux

308. Sur la base d'un chiffre d'affaires de € [...] millions, le coût estimé de l'assurance-crédit serait de [...] % des sommes facturées selon Madrigall.

309. En l'espèce, le coût estimé de [...] % n'est pas substantifié par Madrigall. Il n'existe pas non plus de bases ou de valeurs de comparaison qui confirmeraient que ce taux est approprié. Madrigall semble en outre considérer que Payot se trouve dans une situation finan-

cière difficile sur la seule base d'une déclaration publique faite consécutivement à la crise du COVID-19,³⁹⁹ situation que Payot conteste en outre en faisant référence au ratio d'endettement sur ses fonds propres de [...] %.⁴⁰⁰ Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall soumet des documents supplémentaires concernant les surcoûts liés à l'assurance du risque de crédit. En particulier, Madrigall indique que selon la grille tarifaire de la Centrale de l'Edition, la prime pour les pays de l'UE et de l'OCDE (dont la Suisse fait partie) est de [...] %. Etant donné que, selon un e-mail d'un collaborateur de la Centrale de l'Edition, seule une somme de € [...] peut être garantie dans le cas de Payot (cf. N 297), Madrigall maintient l'estimation de la prime de garantie à [...] %.⁴⁰¹ Il n'est toujours pas clair sur quelle base la limite de € [...] a été fixée, car la grille tarifaire de la Centrale de l'Edition ne l'indique pas. De même, Madrigall ne montre pas dans quelle mesure l'assurance ou la garantie contre les pertes de crédit complète (100 % du montant moyen supposé des factures impayées) qu'elle semble vouloir obtenir est habituelle pour les revendeurs étrangers comme Payot et est réduite en fonction des rabais accordés aux libraires concernés.

310. Enfin, les déclarations de Madrigall concernant la situation financière de Payot semblent contradictoires. D'une part, Madrigall part du principe, comme mentionné précédemment, que Payot connaît des difficultés financières. D'autre part, Madrigall soutient que Payot dispose d'un soutien financier important après la prise de contrôle (présumée) par Vera Michalski-Hoffmann.⁴⁰²

311. En tout état, les coûts supplémentaires de € [...] avancés par Madrigall (N 298) se basent sur un montant facturé (chiffre d'affaires net) de € [...] millions, c'est-à-dire le chiffre d'affaires net calculé en tenant compte d'un rabais de [...] % sur le CA PPHT. Dans le système actuel, le montant facturé en 2022 s'élève à environ € [...] millions, ce qui impliquerait le cas échéant des impayés plus élevés. Toutes choses restantes égales par ailleurs, le risque de crédit pour Madrigall est donc plus élevé aujourd'hui que ce qu'il serait dans le cadre d'un approvisionnement direct. Il faut également garder

³⁹⁵ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291; LDIP).

³⁹⁶ Cf. p. ex. les CGV de Flammarion (A 143, annexe D, p. 5).

³⁹⁷ Les conditions générales de Flammarion d'octobre 2022 contiennent la clause suivante: « En tout état de cause, Flammarion peut demander à tout moment des renseignements et/ou états financiers du client. Une garantie bancaire - ou toute autre forme de sûreté similaire - peut être demandée par Flammarion pour garantir le paiement des factures impayées; [...] » (cf. A 143, annexe D, p. 5). Les conditions générales de Gallimard d'août 2023 (cf. A 143, annexe E, p. 1) et les conditions générales de Sodedis de 2023 (cf. A 143, annexe G3, p. 1) renvoient, en ce qui concerne le paiement, aux conditions générales de SODIS, qui contiennent une clause identique à celle des conditions générales de Flammarion (cf. A 42, annexe C5, p. 3).

³⁹⁸ A 198, N 150 et 271.

³⁹⁹ A 148, p. 8 s.

⁴⁰⁰ A 157, p. 7.

⁴⁰¹ A 198, N 260 ss et annexe G.

⁴⁰² A 198, N 496; A 219, slide 7 de la présentation de Madrigall.

à l'esprit que le taux de remise de [...] % n'est pas définitif et est précisément aussi l'objet de la présente procédure. Or, si le taux de remise devait en fin de compte se révéler plus élevé, les garanties financières à considérer le cas échéant seraient liées à une assiette de valeur des ouvrages plus faible.

V. Conclusion intermédiaire

312. Partant et vu ce qui précède, il est retenu qu'un délai de paiement de [...] jours doit être admis sur le principe, si Payot fournit les garanties nécessaires à DLM. Toutefois, ces garanties ne devront porter ni plus ni moins sur ce qui serait exigé de n'importe quel autre revendeur étranger en situation d'approvisionnement direct. Quant au financement du risque de crédit Madrigall n'a par ailleurs pas démontré que pour les pays étrangers à la France autres que la Suisse mais ayant une importance comparable à cette dernière, le risque en question faisait l'objet d'un financement supplémentaire par le biais du taux de remise. Enfin, Madrigall n'a pas non plus démontré que les instruments usuels en France, tels que la réserve de propriété ou l'exigence de garanties, sont exclus dans le cas de Payot, ni pourquoi.

B.5.3.4.4 Les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement

313. Concernant ce point (voir en page 765), pour les deux postes Service Relation Clients et Recouvrement, Madrigall estime que les coûts supplémentaires correspondraient chacun à un demi-poste à temps plein. Compte tenu du montant de € [...] (cf. N 236 ci-dessus), il faut partir du principe que ces postes seraient créés en France. Madrigall justifie les coûts supplémentaires dans le domaine Service Relation Clients par le fait que les flux de livres, y compris les retours dans le cadre d'un approvisionnement direct, devraient le cas échéant être traités séparément pour Payot et les autres libraires indépendants. Il ne devrait notamment pas y avoir de mélange avec les flux des libraires indépendants auprès de l'OLF.⁴⁰³

314. En l'espèce, il n'apparaît pas clairement dans quelle mesure un approvisionnement direct par Payot devrait entraîner des coûts supplémentaires par aux librairies en France (ou dans d'autres pays) dans le domaine Services Relation Clients, étant rappelé que les coûts de ces services – ainsi que ceux de recouvrement – sont couverts, en ce qui concerne les libraires français, par le chiffre d'affaires que Madrigall réalise avec ces librairies. Madrigall ne justifie pas le montant des coûts supplémentaires correspondant à [...] (ce qui correspond tout de même à environ [...] heures de travail de plus de celles déjà comprises dans le prix d'achat « français »), et cela seulement pour l'analyse d'un unique flux en provenance de Payot. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall énumère – pour la première fois – différentes activités qui conduiraient aux surcoûts allégués par rapport à un libraire français, en raison des difficultés supplémentaires qu'induirait le caractère transfrontalier de la situation.⁴⁰⁴ Madrigall s'en tient uniquement à cette référence générale au caractère transfrontalier, sans justifier et démontrer en détail les coûts prétendument plus élevés (et récurrents). Par exemple, on peut se demander si l'activité « *procéder au recouvrement [...] en cas de non-paiement, avec des*

relances puis l'introduction de poursuites si nécessaire » dans le cas de Payot entraîne des coûts (récurrents). Ensuite, Madrigall mentionne diverses formalités spécifiques qui devraient être accomplies dans le cadre d'une livraison des livres en Suisse.⁴⁰⁵ Là encore, on ne voit pas en quoi ces activités entraînent des surcoûts de l'ampleur alléguée (p. ex. « *Mention de l'origine française sur la facture et du numéro EORI* ») ou pourquoi certains frais ne sont dus que pour une livraison en Suisse (p. ex. « *création de la liasse à remettre au transporteur* »). Dans ce contexte, il convient de rappeler que Payot a indiqué à plusieurs reprises qu'elle assurait elle-même le transport depuis les centres de distribution de Madrigall vers la Suisse, le dédouanement ainsi que le traitement des flux (cf. N 114). Cette procédure correspond en principe aussi aux conditions de Madrigall pour un approvisionnement direct (modalités *ex works*, cf. N 128). Certains surcoûts (p. ex. « *Dédouanement et étalonnage du formulaire EUR1* », ce dernier devant être rempli par l'exportateur, soit Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct) ne devraient donc pas être supportés par Madrigall ou devraient être supprimés par rapport à la situation actuelle dans laquelle, selon Madrigall, l'OLF est indemnisée pour les activités correspondantes.⁴⁰⁶ Même si le passage à un nouveau modèle devait effectivement entraîner certaines dépenses supplémentaires, il s'agirait en premier lieu de coûts initiaux. Il est douteux, et Madrigall ne le motive d'ailleurs pas, que les dépenses supplémentaires soient de nature récurrente, et donc il ne se justifierait pas dans tous les cas d'en tenir compte par le biais du taux de remise.

315. Parallèlement à ce qui précède et si coûts supplémentaires il devait effectivement y avoir, Madrigall ne serait de toute manière pas légitimée à les mettre à la charge de Payot, celle-ci n'ayant pas à supporter les éventuels coûts résultants d'un modèle économique propre à Madrigall qui consisterait à maintenir plusieurs flux. Dans le cadre de sa liberté économique, Madrigall demeurerait certes libre de conserver plusieurs flux, mais les éventuels coûts additionnels que générerait un système de diffusion/distribution inédit en Suisse ne saurait être supportés par Payot ni tout autre libraire suisse qui procéderait à un approvisionnement direct, d'autant plus si un tel doublement des flux se révèle plutôt coûteux selon ce que laisse entendre Madrigall. La façon dont Madrigall souhaite organiser ses flux en Suisse relève de sa liberté économique, mais les éventuels coûts qui en découlent demeurent quoi qu'il en soit à sa charge et ne sauraient fonder une remise moindre octroyée à Payot.

⁴⁰³ A 104, I. 130; A 143, réponse 3.1.

⁴⁰⁴ A 198, N 274 ss.

⁴⁰⁵ A 198, N 277 s.

⁴⁰⁶ A 198, N 276.

316. Finalement et concernant les supposés coûts supplémentaires du service de recouvrement en raison de la complexité du recouvrement à l'étranger due aux fonctionnements bancaires et aux mécanismes de garanties différents, Madrigall n'avance pas pourquoi ces coûts devraient être plus élevés en comparaison avec d'autres pays, dont il est prouvé que les librairies profitent de remises nettement plus élevées que Payot. Comme indiqué ci-dessus (cf. N 305 s.), Madrigall n'explique pas si et pourquoi les instruments usuels en France dans le cadre du service de recouvrement, tels que la réserve de propriété ou l'exigence de garanties, sont exclus dans le cas de Payot.

317. Si le cadre réglementaire et les processus correspondants sont connus, les coûts supplémentaires pourraient tout au plus être justifiés par le fait que les processus en Suisse ou le service de recouvrement dans le cadre d'activités transfrontalières entre la France et la Suisse sont – dans des cas concrets et objectifs – généralement plus coûteux qu'en France ou dans le cadre d'activités transfrontalières entre la France et d'autres pays. Ce point n'est toutefois pas substantifié par Madrigall, et aucun coût supplémentaire récurrent – [...] – ne peut être retenu à ce titre.

B.5.3.4.5 Les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution

318. Concernant ce point et selon Madrigall, en cas d'approvisionnement direct, si Payot devait réduire voire supprimer le volume des prestations effectuées par l'OLF, cela entraînerait une diminution des recettes de l'OLF et donc une baisse des contributions aux coûts fixes. L'OLF serait ainsi contraint d'imputer sa propre marge ou de répartir sur le volume total restant des autres clients les contributions supprimées, d'un montant de € [...], qui étaient versées jusqu'à présent pour les prestations en lien avec Payot.

319. La somme mentionnée est expliquée pour la première fois dans la prise de position de Madrigall du 10 juin 2024. Ainsi, le contrat entre l'OLF et Madrigall contiendrait différents taux qui, multipliés par la base de flux correspondante, détermineraient les commissions à verser à OLF. Selon Madrigall, la hauteur des taux dépend de la volumétrie totale des libraires, c'est-à-dire du flux total (y compris le flux de Payot) en Suisse. En 2022, le flux hors Payot aurait généré des commissions à hauteur de € [...]. Si le flux Payot était supprimé, le taux s'élèverait, de même que les commissions pour le flux hors Payot à hauteur estimée de € [...], soit une différence – ou en d'autres mots, un surcoût – de € [...].⁴⁰⁷

320. Madrigall essaie de faire passer une hypothétique diminution des recettes qui toucherait un ou des tiers pour des coûts supplémentaires qui devraient être imputés à Payot. Or, si la relation commerciale avec l'OLF devait se modifier dans le cadre d'un approvisionnement direct par Payot, cela correspondrait à un processus naturel du marché, étranger aux critères de droit de la concurrence devant être pris en considération. Une des conséquences premières de l'application du droit des cartels est même souvent et précisément une modification de la structure du marché, accompagnée générale-

ment de diminution de recettes. Dans un cas extrême, la relation commerciale entre Payot et l'OLF pourrait donc bien cesser complètement, sans que cela soit problématique du point de vue du droit de la concurrence. On ne voit tout simplement pas pourquoi Payot devrait dans un tel cas continuer à verser, même indirectement, des prestations à l'OLF. Il est en fin de compte de la responsabilité entrepreneuriale de Madrigall de réagir aux changements sur le marché. Madrigall indique par exemple elle-même que de nouvelles conditions devraient être négociées avec l'OLF en cas d'approvisionnement direct par Payot.⁴⁰⁸ Si l'on suivait d'ailleurs le raisonnement de Madrigall, la remise de la FNAC dans le cadre de son approvisionnement en France devrait logiquement être réduite, puisque sa distribution en Suisse ne se fait pas par OLF, ce qui entraîne des commissions plus élevées par rapport aux flux Payot et libraires indépendants.

321. Vu qu'en cas d'approvisionnement direct c'est Payot qui prendrait en charge l'enlèvement des palettes chez la SODIS et l'UD, le transport, le dédouanement, ainsi que le transit par sa base arrière avant de livrer ses magasins physiques,⁴⁰⁹ Madrigall économiserait même les coûts liés à la rémunération de l'OLF pour ses prestations de distribution. Ainsi, malgré un flux total entraînant des commissions plus élevées, les commissions totales payées par Madrigall à OLF diminueraient d'un peu plus de € [...].⁴¹⁰ en raison de la baisse du flux total.

322. Dans l'ensemble, Madrigall ne démontre pas de manière convaincante qu'elle doit supporter des coûts supplémentaires liés à la démutualisation du dépôt OLF. Si Madrigall devait répercuter les commissions dues à l'OLF sur les libraires indépendants via les tabelles, cela ne changerait rien pour Madrigall, puisque dans ce cas les libraires indépendants devraient payer les commissions plus élevées pour le flux hors Payot. A cet égard, il convient de noter que les libraires indépendants ne se sont pas manifestés pendant l'enquête. En revanche, si Madrigall devait effectivement supporter elle-même les commissions plus élevées pour le flux hors Payot ou ne pas les répercuter directement sur ses clients, Madrigall devrait logiquement prendre en compte les économies mentionnées résultant de la suppression du flux Payot.

⁴⁰⁷ A 198, N 282 s. et annexe H.

⁴⁰⁸ A 104, I 151 s.

⁴⁰⁹ A 65, réponse 16.

⁴¹⁰ Selon le tableau au N 283 de l'A 198, les flux hors Payot en 2022 se seraient élevés à CHF [...] et le flux Payot à CHF [...]. Le flux Payot aurait ainsi été [...] fois plus élevé que le flux hors Payot. Sur la base des commissions actuelles pour le flux hors Payot (€ [...]), il y aurait eu des commissions sur le flux Payot à hauteur de € [...]. Cette extrapolation est une simplification, car pour Payot la répartition de la base de flux entre les catégories vente, case, allègement et pilon mentionnées dans le tableau n'est pas connue en détail. On ne voit cependant pas pourquoi l'extrapolation s'écarterait substantiellement de la valeur réelle.

B.5.3.4.6 La perte sur les retours

323. Pour ce poste, Madrigall a initialement déduit le surcoût lié à la perte sur les retours à l'aide de valeurs moyennes sur les retours de Payot (cf. N 324). Les valeurs moyennes utilisées par Madrigall s'écartent toutefois substantiellement des retours réels de Payot présentés par Madrigall pour l'année 2022, sur la base desquels le surcoût lié à la perte engendrée par les retours est établi (cf. N 326 ss).

324. Dans ses estimations initiales du surcoût lié à la perte sur les retours, Madrigall part du principe que Payot retourne en moyenne [...] exemplaires par année, dont [...] doivent être éliminés. Selon Madrigall, [...] % des livres retournés et non éliminés sont généralement réintégrés, soit [...] exemplaires.⁴¹¹ Madrigall fait valoir toutefois qu'en cas d'approvisionnement direct, ces exemplaires, qui pourraient en principe être réintégrés, ne le seraient pas.⁴¹² En d'autres termes, les livres Madrigall que Payot retournerait ne pourraient en principe plus être réintégrés en cas d'approvisionnement direct.

325. Madrigall calcule ainsi, pour un coût de revient – non documenté – de fabrication unitaire de € [...], un surcoût sur les retours pilonnés de € [...]⁴¹³ (soit [...] % du CA PPHT). S'y ajouterait une perte de marge invoquée sur ces livres de € [...] (soit [...] % du CA PPHT).⁴¹⁴

326. Madrigall n'explique initialement pas pourquoi seulement [...] % des exemplaires retournés non éliminés peuvent être réintégrés, ni surtout pourquoi la réintégration dans le cadre d'un approvisionnement direct ne serait pas possible du tout ou pas semblable en matière de proportions à la situation en France, dans d'autres pays ou encore à la situation actuelle. On peut néanmoins retenir des déclarations de B._____ que les livres retournés qui ont été étiquetés doivent en règle générale être pilonnés.⁴¹⁵ Enfin, l'hypothèse plutôt péremptoire selon laquelle aucun des exemplaires retournés ne peut être réintégré contredit les explications de B._____, selon lequel la proportion de livres qui devraient finalement être éliminés dans le cadre d'un approvisionnement direct n'est a priori pas connue.⁴¹⁶ En outre, dans sa prise de position du 10 juin 2024 Madrigall explique que, dans le cas de Payot, seule une partie des exemplaires retournés non éliminés peuvent être réintégrés par le fait que « [...] une proportion est *“impropre”* à la réintégration car les livres sont endommagés ». Selon Madrigall, ce taux s'élève à [...] % en 2022 (chiffre non documenté).⁴¹⁷

327. Contrairement à l'estimation initiale de Madrigall des pertes sur les retours, en 2022 et selon les chiffres annoncés par Madrigall, les retours de livres Madrigall par Payot se sont élevés à [...] exemplaires.⁴¹⁸ Madrigall n'explique pas pourquoi le nombre moyen des retours de Payot initialement estimé serait nettement plus important que les chiffres de 2022, et encore moins comment cette moyenne est calculée alors qu'elle est sensiblement plus élevée que les chiffres de l'année 2022.

328. Après que le Secrétariat s'est basé sur les chiffres réels de l'année 2022 dans sa Proposition, Madrigall a présenté dans sa prise de position du 10 juin 2024 une nouvelle estimation du surcoût lié à la perte sur les retours. Sur les [...] exemplaires effectivement retournés

par Payot, [...] exemplaires auraient dû être pilonnés selon Madrigall. En d'autres termes, [...] exemplaires⁴¹⁹ auraient potentiellement pu être réintégrés. Mais comme mentionné ci-dessus, une proportion de [...] % de ces livres retournés était « [...] *“impropre”* à la réintégration ». Par conséquent, environ [...] exemplaires retournés par Payot (soit [...] x [...] %) auraient en tout cas pu être réintégrés.⁴²⁰ Or, Madrigall utilise précisément ces exemplaires qui, selon ses propres déclarations, ne sont justement pas endommagés, pour calculer les surcoûts.⁴²¹ Il en résulterait un surcoût sur les retours pilonnés de € [...]⁴²² (soit [...] % du CA PPHT) et une perte de marge hypothétique d'environ € [...]⁴²³ (soit [...] % du CA PPHT). En ce qui concerne la réduction de la remise maximale théorique pour Payot, Madrigall semble néanmoins s'en tenir à son estimation initiale nettement exagérée (cf. N 324 s.).⁴²⁴

329. Comme indiqué précédemment, Madrigall omet de justifier et de démontrer pourquoi tous les exemplaires intacts ne pourraient pas être réintégrés dans le cadre d'un approvisionnement direct de Payot, d'autant plus que cela semble aujourd'hui être possible sans difficulté. Par conséquent, il résulte de ce qui précède qu'il pourrait y avoir effectivement un surcoût spécifique à la Suisse lié au pilonnage des livres non ou mal désétiqgués, mais seulement à hauteur de [...] % des exemplaires en principe réintégrables, soit environ [...] exemplaires ([...] x [...] %) sur la base des chiffres pour 2022, question qui ne se pose pas en France (le PPHT étant en général imprimé directement sur les livres).⁴²⁵ Ce surcoût peut difficilement être estimé avec précision *a priori*, mais s'est élevé en 2022 à € [...] ([...] x € [...]) en ce qui concerne les pertes sur les retours pilonnés, soit moins de [[0–10]] % du CA PPHT et donc nettement inférieur aux surcoûts allégués par Madrigall de € [...] ([...] % du CA PPHT).

⁴¹¹ [...] = 70 % des [...] exemplaires n'étant pas pilonnés ([...] = [...] - [...]).

⁴¹² A 143, p. 20.

⁴¹³ Soit le nombre d'exemplaires réintégrés [...] multiplié par le coût de revient individuel de € [...].

⁴¹⁴ A 143, p. 20.; A 198, N 207.

⁴¹⁵ A 104, I. 130 à 140.

⁴¹⁶ A 104, I. 370 à 400.

⁴¹⁷ A 198, N 290. La proportion d'exemplaires retournés réintégrables est donc, dans le cas de Payot, de [...] % et non de [...] % comme cela avait été affirmé initialement.

⁴¹⁸ A 143, réponse 5, annexe C et fichier Excel; A 198, N 289 ss. Comme indiqué dans la note de bas de page 304, Madrigall mentionne dans sa prise de position du 10 juin 2024 à tort [...] exemplaires retournés par Payot en 2022 au lieu de [...] exemplaires. En utilisant – d'office – ce dernier chiffre dans la présente décision n'affecte en rien les conclusions.

⁴¹⁹ [...] = [...] - [...].

⁴²⁰ La proportion d'exemplaires retournés réintégrables est donc, dans le cas de Payot, de [...] % et non de [...] % comme cela avait été affirmé initialement.

⁴²¹ A 198, N 289 ss.

⁴²² [...] = [...] x € [...].

⁴²³ De la perte de marge initialement invoquée de € [...] pour [...] exemplaires ne pouvant pas être réintégrés, on peut en déduire une perte de marge de € [...] ([...]/[...]) par exemplaire.

⁴²⁴ A 198, N 519 ss.

⁴²⁵ A 143, réponse 11 d. et p. 20; A 198, N 290.

330. Il en résulterait en plus une perte de marge hypothétique d'environ € [...] ([...] x € [...]). Cette perte de marge invoquée par Madrigall ne correspond toutefois pas à un surcoût, mais se rapporte à un hypothétique bénéfice qui n'a pas été réalisé par Madrigall.

331. Payot considère quant à elle que les surcoûts invoqués par Madrigall en relation avec les pertes sur les retours sont totalement injustifiés. Madrigall n'aurait pas à supporter de frais à cet égard, puisque Payot procéderait elle-même au tri et au désétiquetage des livres à retourner, ce qui serait également le cas dans le cadre de l'approvisionnement direct. Un tel surcoût ne correspondrait d'ailleurs pas aux conditions usuelles.⁴²⁶ Ce faisant, Payot ignore que ces surcoûts ne sont pas dus aux efforts de triage et de désétiquetage, mais aux dommages causés aux livres par le désétiquetage, qui empêchent leur réintégration (après que les livres aient été retournés à Madrigall et remboursés par cette dernière). Ces coûts n'existent pas pour les retours en France en raison de l'absence d'étiquettes et sont donc – en principe – justifiés.

B.5.4 Conclusion intermédiaire concernant l'évaluation des surcoûts

332. Sur la base de ce qui précède, il est retenu, comme il l'a déjà été résumé sous N 226, que le droit de retour et l'échéance de paiement de [...] jours font partie des conditions usuelles de la branche en France (N 203 et N 209). En ce qui concerne les prix, les systèmes de remise fixés dans les conditions commerciales de Madrigall reflètent le prix usuel de la branche en France (N 204 et N 210).

333. Par ailleurs, les conclusions suivantes peuvent être tirées en ce qui concerne les surcoûts allégués par Madrigall et qui devraient être supportés par Payot par rapport aux enseignes françaises en cas d'approvisionnement direct.

334. Premièrement et à titre de remarque générale, les surcoûts invoqués par Madrigall pour Payot sont bien plus élevés que ceux qu'impute apparemment Madrigall aux autres revendeurs étrangers, que ceux-ci soient dans l'UE ou hors UE. Or ces surcoûts devraient, sauf s'ils sont spécifiques à la Suisse (p. ex. le coût plus élevé de la diffusion en Suisse), théoriquement également être imputés aux autres revendeurs qui procèdent à des approvisionnements directs de livres Madrigall, que cela soit des revendeurs de l'UE ou hors UE. Or, vu les généreuses remises octroyées à ceux-ci (N 220 et 225) par rapport à ce qui est proposé à Payot, il apparaît peu vraisemblable que ces revendeurs soient aussi lourdement chargés que Payot en surcoûts supposés.

335. Plus concrètement, en ce qui concerne le taux de remise moyen théorique de [...] % du CA PPHT qui serait appliqué par Madrigall à Payot (N 239 à 243), celui-ci doit le cas échéant être justifié en détail par Madrigall au regard des critères prévus par les CGV de Madrigall et par rapport à chaque magasin Payot. Il convient de tenir compte de toutes les maisons d'édition de Madrigall, et pas seulement de Gallimard et de Flammarion pour pondérer les remises des différentes filiales. En l'état, le taux de remise moyen théorique de [...] % calculé par Madrigall pour Payot est, selon toute vraisem-

blance, plus bas que le taux dont bénéficierait une enseigne comparable française.

336. En ce qui concerne les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé (N 250 à 296), il est notoire qu'il existe des coûts de main-d'œuvre (et des coûts salariaux unitaires) plus élevés en Suisse qu'en France. Ceux-ci pourraient en bout de course justifier dans une certaine mesure certains surcoûts en Suisse. Les différences correspondantes sont toutefois nettement inférieures aux 80 % avancés par Madrigall, ce qui est démontré par les chiffres cités par Madrigall pour la France et la Suisse.

337. En ce qui concerne les coûts liés à la garantie du risque de crédit (N 297 à 312), si un délai de paiement de [...] jours est admissible sur le principe, les autorités de la concurrence constatent que le financement de la garantie du risque de crédit est déjà aujourd'hui financé par Madrigall à une hauteur très vraisemblablement plus importante qu'en cas d'approvisionnement direct. Ces coûts font partie du risque d'exploitation que chaque entreprise doit supporter. Si Payot fournit les garanties nécessaires à DLM – garanties qui ne devront porter ni plus ni moins sur ce qui est exigé de n'importe quel autre revendeur étranger en situation d'approvisionnement direct –, aucune déduction supplémentaire n'est admissible sous forme d'une réduction du taux de remise.

338. Concernant les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement (N 313 à 316), il doit être retenu que s'il devait y avoir des dépenses supplémentaires à ce titre en cas d'approvisionnement direct, elles ne seraient vraisemblablement pas récurrentes. Partant, aucun coût supplémentaire récurrent n'est à retenir à ce titre.

339. Concernant les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution (N 318 ss), ceux-ci ne sont pas justifiés en raison principalement qu'ils toucheraient un ou des tiers ou parce que les frais de dépôt de Madrigall diminuent.

340. Finalement et en ce qui concerne la perte sur les retours (N 323 ss), le principe de l'existence d'une certaine perte par rapport aux libraires français est reconnu (en tout cas lorsque des livres doivent être pilonnés après avoir été retournés à Madrigall et remboursés par cette dernière). Toutefois, la détermination par Madrigall d'une réduction fixe de la remise sur le CA PPHT est délicate en l'état, principalement parce que la quantité de livres supplémentaires à éliminer a priori n'est pas connue *a priori*. En tout état, les surcoûts avancés par Madrigall sont sensiblement supérieurs à ceux causés par les retours de Payot en 2022.

341. Sur la base de ce qui précède, il y a lieu de constater que le rabais de [...] % calculé par Madrigall ne correspond pas aux dépenses spécifiques à un approvisionnement direct par Payot, car les surcoûts allégués sont soit insuffisamment substantifiés, soit ils ne sont pas imputables à Payot.

⁴²⁶ A 197, p. 3; A 219, procès-verbal d'audition de Payot, I 65 ss. et notes de plaidoirie de Payot, p. 6.

C Considérants

C.1 Champ d'application

C.1.1 Champ d'application personnel

342. La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé et 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. 1^{bis} LCart). La LCart suit ainsi une approche économique: les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique.⁴²⁷

343. L'indépendance économique constitue, selon la pratique, une condition constitutive de la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart.⁴²⁸ 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.⁴²⁹ Cela est particulièrement important dans les relations de groupe⁴³⁰: en présence d'un groupe, ce ne sont pas les différentes sociétés de ce groupe qui doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 LCart, mais le groupe dans son ensemble.⁴³¹

344. Cette définition s'applique également dans le cadre des dispositions concernant le pouvoir de marché relatif, qui ne s'adressent également qu'aux entreprises (« *Par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes [...]* »; art. 4 al. 2^{bis} LCart). Cette disposition concerne ainsi la relation entre une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif (sujet de l'interdiction) et une entreprise dépendante (sujet de la protection). Les clients finaux, respectivement les consommateurs, ne peuvent donc pas se prévaloir des dispositions relatives au pouvoir de marché relatif.⁴³² Le pouvoir de marché relatif se distingue donc d'une position dominante classique sur ce point.

345. Ce n'est pas la position « absolue » d'une entreprise sur un marché donné (« erga omnes ») qui est déterminante pour la dépendance au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, mais la répartition individuelle et concrète du pouvoir entre deux entreprises (« inter partes ») entre lesquelles une relation commerciale existe ou est envisagée. Sur ce point également, le concept de pouvoir de marché relatif se distingue d'une position dominante classique. Les deux entreprises, qui se trouvent (potentiellement) dans une relation de dépendance, sont dans une relation verticale l'une par rapport à l'autre. L'application des règles relatives au pouvoir de marché relatif aux relations commerciales bilatérales impose une analyse au cas par cas. En fin de compte, une entreprise peut avoir un pouvoir de marché relatif vis-à-vis d'une entreprise donnée, alors qu'elle ne se trouve pas dans une telle position vis-à-vis d'une troisième.

346. Outre la qualité des entreprises impliquées, l'art. 4 al. 2^{bis} LCart n'impose aucune autre restriction sur le plan personnel. L'appartenance à une branche et la taille des entreprises ne jouent notamment aucun rôle, pas plus que leurs parts de marché. Les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif visent en premier lieu

la protection individuelle des entreprises concernées, et non pas directement la protection de la concurrence en tant qu'institution. Même les entreprises qui ne sont pas de première importance pour le bon fonctionnement de la concurrence peuvent invoquer les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif.⁴³³ Inversement, la protection n'est pas limitée aux entreprises ayant de faibles parts de marché ou aux PME. Les entreprises ayant des parts de marché importantes ou les grands groupes peuvent également se retrouver dans une situation de dépendance par rapport à certains produits ou services.

347. En l'espèce, la société française Madrigall SA (et ses filiales, à savoir principalement E5F en Suisse et DLM, UD et SODIS en France) constitue une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. Il en va de même pour Payot SA.

348. La LCart – et plus particulièrement son art. 4 al. 2^{bis} – s'applique ainsi sur le plan personnel.

C.1.2 Champ d'application matériel

349. Sur le plan matériel, la LCart 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 participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

350. La question de savoir si, en l'espèce, une entreprise abuse de son pouvoir de marché relatif (au sens des art. 4 al. 2^{bis} et 7 LCart) fait précisément l'objet de la présente procédure. Comme le démontrera l'examen ci-dessous (N 385 ss), le comportement évalué en l'espèce relève bien du champ d'application matériel de la LCart.

⁴²⁷ TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 7 et les références citées; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 70), art. 2 N 21 s.

⁴²⁸ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3, DCC; ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, *Schweizerische Kartellrecht*, 3e éd. 2023, N 298.

⁴²⁹ ATF 148 II 321 consid. 6.2, *Flammarion*; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, *Publigroupe*; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 20 et les références citées.

⁴³⁰ TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 48, DCC; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3 (considérant non publié dans 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*; PICHTE in: SIWR V/2 (n. 71), N A.33 ss; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 31; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 70), art. 2 N 113 et les références citées; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 70), art. 2 N 30 s.

⁴³¹ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3 et les références citées, DCC.

⁴³² Message du 29.5.2019 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels), FF 2019 4665, 4692 ss ch. 3.3.3; Note explicative et formulaire du Secrétariat de la COMCO: pouvoir de marché relatif du 6.12.2021, état au 22.8.2022, N 6, <www.comco.admin.ch> > Législation et documentation > Notifications > Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (17.10.2022); DAVID MAMANE, *Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht – von der Relativitätstheorie in die Praxis*, in: SZK 2/2022, 59-67, 61.

⁴³³ RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, *Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz*, in: ZWeR 2/2021, 235-272, 254.

C.1.3 Champ d'application territorial

351. 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). L'examen de l'existence d'une certaine intensité des effets n'est pas nécessaire ni admissible dans le cadre de l'art. 2 al. 2 LCart.⁴³⁴ Il n'est pas non plus déterminant de savoir où une restriction de la concurrence a été provoquée. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si elle a des effets sur le marché suisse.⁴³⁵ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le champ d'application territorial doit être interprété de manière large afin de ne pas priver la loi sur les cartels de son efficacité et de garantir que la COMCO puisse examiner s'il y a une restriction de la concurrence. Ce n'est que dans le cadre des dispositions matérielles qu'il convient de procéder à un examen approfondi des différents éléments constitutifs d'une restriction à la concurrence.

352. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall indique douter du fondement juridique de la présente procédure à son encontre, en matière de procédure et de puissance publique des autorités suisses en France, et de ses potentielles conséquences.⁴³⁶ Madrigall ne développe pas davantage ce point. Cet élément n'est de toute manière pas pertinent. En effet, la détermination du champ d'application territorial du droit suisse de la concurrence au sens de l'art. 2 al. 2 LCart ne se fonde pas sur la puissance publique des autorités suisses dans un pays étranger, mais sur les effets en Suisse d'états de fait se produisant en Suisse ou à l'étranger.

353. En l'espèce, Payot reproche principalement au groupe Madrigall de refuser la possibilité à Payot de se procurer en France, aux prix du marché français et aux conditions usuelles de la branche française, des livres afin d'être en mesure de les vendre moins cher en Suisse par rapport aux prix actuellement pratiqués. La raison est à chercher dans les écarts de prix entre le pays d'origine et la Suisse romande, qui crée selon Payot une situation « intenable » en matière de compétitivité.⁴³⁷

354. Vu que les effets de la pratique supposée de Madrigall se produisent en Suisse, à savoir lors de l'achat d'ouvrages en gros par des revendeurs suisses dans le but de les revendre aux clients finaux suisses, le comportement qui doit être évalué en l'espèce relève bien du champ d'application territoriale de la LCart.

C.1.4 Champ d'application temporel

355. La LCart s'applique aux états de fait qui se sont produits alors qu'elle était en vigueur. Or, il est relevé en l'occurrence qu'en ce qui concerne spécifiquement les dispositions de la LCart portant sur le pouvoir de marché relatif, celles-ci ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} janvier 2022. Il en va notamment ainsi des art. 4 al. 2^{bis}, 7 al. 1 ou encore 7 al. 2 let. g LCart.

356. Les règles relatives au pouvoir de marché relatif s'appliquent en principe aussi à des transactions juridiques uniques (p. ex. à une transaction immobilière précise). En règle générale, les cas d'application devraient toutefois concerner une relation commerciale établie sur la durée, notamment l'achat répété ou régu-

lier de prestations. La répartition du pouvoir dans une telle relation commerciale n'est pas statique, mais peut évoluer au fil du temps. Par exemple, des possibilités d'approvisionnement alternatives peuvent apparaître ou disparaître pour l'entreprise concernée (p. ex. les importations parallèles) ou un produit donné peut perdre ou gagner en importance pour l'entreprise (p. ex. pour des raisons techniques ou réglementaires, ou en raison de changements dans l'orientation commerciale). L'existence ou non d'une dépendance est un instantané. Pour la COMCO, ce sont en principe les conditions au moment de la décision, c'est-à-dire les conditions actuelles, qui sont déterminantes pour l'évaluation du pouvoir de marché relatif. Ceci est lié aux mesures que la COMCO peut ordonner. Cette dernière ne peut pas sanctionner (directement) l'abus d'un pouvoir de marché relatif. Seules des mesures de comportement peuvent être ordonnées. De telles mesures ne sont appropriées que s'il existe un intérêt actuel à une intervention de l'autorité. Le fait qu'il y ait eu une dépendance par le passé ou qu'une telle dépendance puisse survenir à l'avenir⁴³⁸ n'est donc pas déterminant.

357. En l'espèce, le comportement qui est principalement reproché à Madrigall est postérieur au 1^{er} janvier 2022 et dure encore (N 112 ss). Par ailleurs et spécifiquement en ce qui concerne le niveau de la remise commerciale de [...] %, celui-ci n'a été annoncé par Madrigall à Payot que le 25 octobre 2022 et n'a pas été depuis remis en question par Madrigall (N 122 ss). Dans tous les cas, ces faits sont postérieurs à la nouvelle teneur de la LCart, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022. Le comportement qui doit être évalué en l'espèce relève donc bien du champ d'application temporel de la LCart, et plus particulièrement de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, de même qu'il existe encore un intérêt actuel à l'intervention des autorités.

C.2 Compétence de la Commission de la concurrence

358. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 LCart ainsi que le RI-COMCO⁴³⁹. Selon la disposition précitée, la Commission prend en plénière les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à une autre autorité ou au Secrétariat.

⁴³⁴ ATF 143 II 297 consid. 3.7, *Gaba*.

⁴³⁵ Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472, 535 s.; DPC 2021/4, 841 N 29, *Pöschl Tabakprodukte*.

⁴³⁶ A 39, N 28.

⁴³⁷ A 1, § 4.5.

⁴³⁸ Un intérêt actuel est toujours une condition préalable à l'adoption de mesures par l'autorité. Toutefois, l'évolution probable de la dépendance actuelle peut avoir une influence sur l'intérêt à une intervention, et donc sur la probabilité que l'autorité se saisisse du cas en question.

⁴³⁹ Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15 juin 2015 (Règlement interne COMCO, RI-COMCO; RS 251.1).

359. En l'espèce, il s'agit de décider, au moyen d'une décision finale, si des mesures doivent être prises à l'encontre de Madrigall en raison d'une infraction au droit suisse de la concurrence. La Commission 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 Commission n'est compétent en l'espèce (p. ex. selon l'art. 19 al. 1 LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss R-COMCO), c'est la compétence générale de rendre des décisions qui s'applique. En l'espèce, c'est ainsi bien la Commission qui est compétente.

C.3 Parties

360. Le sujet de droit au sens du droit des cartels est l'« entreprise » au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, c'est-à-dire une unité économique indépendamment de sa forme juridique ou de son organisation (N 342). Cette « entreprise » n'a aucune personnalité juridique au sens du droit de la procédure administrative,⁴⁴⁰ qui s'applique en principe dans le cadre d'une enquête en matière de droit des cartels (art. 39 LCart). Le titulaire des droits (p. ex. droit de consulter le dossier selon l'art. 26 PA) et des obligations (p. ex. obligation de collaborer selon l'art. 13 PA) est bien plutôt la « partie » au sens de l'art. 6 PA. Il en résulte que, dans une procédure de droit des cartels, l'entreprise au sens de la LCart en tant que destinataire matériel de la norme et la partie à la procédure, respectivement le destinataire d'une décision peuvent diverger.⁴⁴¹

361. La qualité de partie au sens de l'art. 6 PA revient en premier lieu aux personnes dont la décision est amenée à régler les droits ou devoirs au sens de l'art. 5 PA. Ces personnes sont désignées comme étant les destinataires matériels de la décision.⁴⁴²

362. Etant donné qu'une décision de droit administratif ne peut pas régler directement les droits et obligations de l'« entreprise » au sens du droit des cartels (cf. N 360 ci-dessus), sont en pratique qualifiées de destinataires matériels de la décision pour chaque entreprise les personnes qui en étaient responsables au moment de l'infraction examinée.⁴⁴³ En fait notamment partie la personne (habituellement la société) dont la conformité du comportement au droit de la concurrence est concrètement examinée (société agissant de manière opérationnelle), ainsi que son éventuelle société mère ou la société mère du groupe.⁴⁴⁴ Une société détenant actuellement l'entreprise en cause, mais qui ne la détenait pas à l'époque de l'infraction examinée, peut également, à certaines conditions, être destinataire des mesures de la COMCO.⁴⁴⁵

363. Au vu de ce qui précède, il convient d'accorder la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA aux entreprises suivantes: Madrigall SA et Payot SA. Quant à la question de savoir dans quelle mesure des mesures concrètes doivent être ordonnées à l'encontre de ces parties, elle est abordée plus loin (section C.6.1 ss).

C.4 Prescriptions réservées

C.4.1 Principe

364. 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).

C.4.2 L'avis du Médiateur du livre français

365. Madrigall a saisi le Médiateur du livre français (ci-après: le Médiateur) au sujet de la notion de conditions usuelles de la branche en France. Le Médiateur est une autorité française rapportant au ministère de la Culture. Il est notamment chargé de la conciliation des litiges portant sur la législation relative au prix du livre. A ce titre, il dispose selon Madrigall d'une connaissance approfondie de la réglementation française relative au prix unique du livre. Le Médiateur a formulé une réponse écrite, et celle-ci a été transmise au Secrétariat.⁴⁴⁶ Madrigall a également produit un second avis du Médiateur en annexe à sa prise de position du 10 juin 2024. Dans ce second avis, le Médiateur s'exprime sur certains passages de la Proposition du Secrétariat.⁴⁴⁷

366. Selon le Médiateur, le prix de vente au public fixé par l'éditeur, qui n'est soumis qu'à des dérogations limitées, détermine l'assiette de la rémunération de l'ensemble des intervenants. Ce dispositif a été conçu pour que les libraires, liés par des prix de vente qui échappent à leur maîtrise, concentrent leurs actions sur la qualité de la relation avec la clientèle et sur une mission de conseil permettant d'accompagner le lecteur. Dans ce cadre très particulier, la loi a fixé les principes applicables à la détermination du taux de remise consenti par les éditeurs au libraire, et qui détermine la marge commerciale de celui-ci. Le protocole Cahart définit alors la composition de la remise. Il prévoit une remise de base, une remise additionnelle composée selon les critères qualitatifs et une remise additionnelle composée selon les critères quantitatifs. Parmi les critères qualitatifs, quatre sont obligatoires: service de commande à l'unité, compétence du personnel, relation

⁴⁴⁰ DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 71), art. 2 N 19 et 34 ainsi que les références citées.

⁴⁴¹ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.2, DCC; DPC 2021/3, 691 N 31, *Obligation de renseigner*; DPC 2020/3a, 1096 N 1128, *Bauleistungen See-Gaster*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 70), art. 2 N 121.

⁴⁴² TF, 9C_918/2009 du 24.12.2009 consid. 4.3.1; TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7.1, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 119 s., DCC; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2007 consid. 4.5, *Publigroupe*.

⁴⁴³ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et les références citées, DCC; DPC 2020/3a, 1096 N 1129, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2019/1, 116 N 212, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

⁴⁴⁴ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et 7.2.6 ainsi que les références citées, DCC; DPC 2004/2, 421 N 67, *Swisscom ADSL*.

⁴⁴⁵ TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7 ss, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; DPC 2020/3a, 1099 N 1143 ss, *Bauleistungen See-Gaster*; DPC 2020/4a, 1835 N 561 ss, *Bauleistungen Graubünden*.

⁴⁴⁶ A 111.

⁴⁴⁷ A 198, annexe A.

du libraire avec son éditeur/diffuseur et actions d'animations à l'initiative du libraire. Parmi les six critères complémentaires figurent la part des titres suivis en réassortiment, la promotion du fonds du catalogue, les recherches bibliographiques, le suivi du service des nouveautés (offices et notés avant parution), la promotion de l'offre éditoriale (rôle prescripteur du libraire et promotion des éditeurs/diffuseurs) et les outils professionnels déployés. Le protocole a ainsi pour rôle central de déterminer les remises accordées aux libraires, et a donc pour objet d'intégrer dans la détermination de ces éléments commerciaux les objectifs de politique publique poursuivis par le législateur.

367. Finalement selon le Médiateur, dans l'appréciation des « prix du marché » et des « conditions usuelles de la branche » en ce qui concerne le marché du livre en France, il est à son avis essentiel de prendre en compte, d'une part, l'absence de liberté des libraires en France dans la détermination du prix des livres, et d'autre part, les objectifs de politique publique inscrits dans la loi et traduits par le protocole, qui déterminent très directement le taux de remise qui leur est appliqué. Ces éléments lui semblent devoir être pris en compte dans l'appréciation des prix du marché et des conditions usuelles de la branche en France lorsqu'il est envisagé d'en transposer l'application à des acteurs qui, pour n'être pas établis en France, ne sont pas soumis au cadre juridique qui les détermine. En effet, selon lui, au-delà des données objectives, les prix de marché et les conditions usuelles de la branche intègrent en France des objectifs de politique publique qui reposent sur un ensemble de contraintes et d'avantages et influent directement, en application de la loi et du protocole qui en transcrit les principes, sur les prix et conditions qui sont appliqués.

368. Dans son nouvel avis du 10 juin 2024, le Médiateur rappelle ces principes et précise l'impact de la législation française sur la fixation du prix au niveau « wholesale », en expliquant que le prix de gros est déterminé par rapport au prix de détail (fixé par l'éditeur) et que ladite législation énonce des principes applicables (notamment une liste des critères et le principe de la prévalence des critères qualitatifs), tout en admettant que, dans le respect de ces principes, c'est bien l'éditeur qui fixe tant le prix de détail que le prix de gros.⁴⁴⁸

369. En réalité et concernant ces points, les deux avis du Médiateur ne font rien d'autre que de rendre attentif au système français instauré par la loi Lang ainsi que le protocole Cahart, le tout ayant déjà été décrit à plusieurs reprises par Madrigall et traité dans la présente décision (N 82 s. et plus précisément concernant les remises de Madrigall, N 208 ss).

370. Par ailleurs, dans son second avis, le Médiateur déclare que la législation française précitée lui semble assez naturellement se prêter à une analyse sous l'angle de l'art. 3 al. 1 let. a LCart, car portant sur la fixation du prix d'un bien et les relations contractuelles entre les opérateurs actifs sur le marché en cause, excluant l'application du droit commun en matière de concurrence. Dans ce contexte, le Médiateur remet en question la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_37/2020 du

14 juin 2022, traitant notamment de ce point. Il y sera revenu ci-après (N 378 ss).

371. Il est encore relevé que dans ses réponses du 21 juin 2023, Madrigall avance que « *le Médiateur du livre a exprimé un avis qui expose que les libraires suisses ne sont pas éligibles aux conditions générales de vente françaises du fait de la non-application d'un prix unique en Suisse et des équilibres économiques corrélatifs qui sont différents en Suisse* ».⁴⁴⁹ Le Médiateur n'a cependant rien dit de tel. En revanche, il indique qu'un certain nombre d'éléments, en premier lieu les objectifs de politique publique poursuivis par la loi Lang, lui semblent devoir être pris en compte dans l'appréciation des prix du marché et des conditions usuelles de la branche en France lorsqu'il est envisagé d'en transposer l'application à des acteurs qui ne sont pas établis en France.

C.4.3 La question du champ d'application de la loi Lang

C.4.3.1 Position de Madrigall

372. Dans sa prise de position du 14 décembre 2022, Madrigall avance que la loi Lang régit le prix de vente final des livres en France et, dans une certaine mesure, encadre le rabais sur ce prix de vente accordé aux libraires. Retenir qu'une entreprise suisse pourrait sans autre exiger d'être livrée « *aux conditions usuelles de la branche* » lorsque ces conditions sont essentiellement contrôlées par l'Etat ne correspondrait pas à la *ratio legis* de la LCart en général, ni de son art. 7 al. 2 let. g LCart en particulier.⁴⁵⁰ En d'autres termes, les conditions usuelles de la branche en France seraient liées à l'application de la loi Lang, dont l'élément central serait la fixation par l'éditeur d'un prix unique de revente du livre imposé à tous les revendeurs de livres au public. Ce prix unique du livre, combiné à la remise du libraire qui est fixée par le diffuseur en application des règles édictées par le protocole Cahart, encadrerait de fait la rémunération du libraire français.⁴⁵¹

373. Dans ses réponses du 14 décembre 2022 aux questions du Secrétariat, Madrigall ajoute qu'il n'y aurait pas de prix du marché en France, mais un prix unique imposé aux revendeurs. Quant au prix d'achat des libraires, dans le contexte légal français relatif à la loi Lang, la remise d'achat accordée par le diffuseur au libraire déterminerait *de facto* l'assiette de sa marge, sa marge maximale étant la différence entre son prix d'achat auprès du diffuseur et le prix de revente au public, prix imposé par l'éditeur.⁴⁵²

⁴⁴⁸ A 198, Annexe A.

⁴⁴⁹ A 143, réponse 7.

⁴⁵⁰ A 39, N 49.

⁴⁵¹ A 39, N 51.

⁴⁵² A 41, réponse 16; cf. également A 68 et A 111.

C.4.3.2 Conséquences concrètes de l'application des prix français à Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct par rapport à la situation actuelle

374. En France et comme déjà mentionné (N 107 ss), pour fixer les conditions d'achat, il n'est pas raisonné en matière de « prix de cession », mais d'un taux de remise appliqué sur le prix de vente réglementé appliqué par le diffuseur (le PPHT), qui permet de déterminer le prix d'achat que paie le revendeur. Une fois les ouvrages achetés, le revendeur doit les revendre aux clients finaux au prix de vente réglementé.

375. En Suisse et à l'heure actuelle, le système de fixation des prix est le même qu'en France, mais une table de conversion s'intercale et vise à convertir le PPHT français en prix de vente suisse conseillé, vu que le prix de vente aux clients finaux n'est pas réglementé en Suisse. Comme en France, un taux de remise est alors appliqué sur ce prix de vente suisse conseillé, ce qui permet de déterminer le prix d'achat que paiera le revendeur suisse. En d'autres termes et comme cela a été retenu dans le premier cas des livres écrits en français, les prix pour les revendeurs suisses sont systématiquement calculés à partir du prix public obligatoire en euros pour les clients finaux en France, de la conversion en un prix de revente en francs suisses pour la Suisse et de la déduction d'une remise. Les tables de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiennent dans tous les cas une majoration par rapport au taux de change, laquelle est conséquente au regard des remises légèrement supérieures octroyées aux détaillants en Suisse par rapport à la France.⁴⁵³ A préciser encore que c'est les diffuseurs suisses qui ont pour rôle d'établir les tables de conversion entre les PPHT français et les prix de vente suisses conseillés,⁴⁵⁴ à savoir E5F en Suisse en ce qui concerne le groupe Madrigall.

376. Ainsi, si Payot basculait en approvisionnement direct, le seul et unique point qui serait modifié en matière de prix des ouvrages par rapport à la situation actuelle est la suppression de la table du diffuseur E5F, qui contient dans tous les cas une majoration conséquente par rapport au taux de change, comme constaté dans le premier cas des livres.⁴⁵⁵ Comme aujourd'hui, le prix de base à considérer pour calculer le prix d'achat de gros serait le PPHT français. Comme aujourd'hui, un taux de remise fixé par Madrigall serait appliqué, à la seule différence que les critères donnant droit aux remises devraient respecter la loi Lang et le protocole Cahart, si ce n'est pas déjà le cas aujourd'hui. Comme aujourd'hui, le prix de vente au client final en Suisse serait librement fixé par le revendeur suisse. En d'autres termes, rien ne changerait à part la suppression d'une majoration de prix intermédiaire contrôlée par Madrigall et spécifique au marché suisse, que la loi Lang ne rend ni obligatoire ni même nécessaire.

377. Cette constellation semble d'ailleurs correspondre à celle de la FNAC, qui aujourd'hui déjà achète [...] les livres Madrigall en France – dans des conditions devant en principe respecter la loi Lang et le protocole Cahart – et en revend une partie en Suisse à un prix qu'elle fixe librement.⁴⁵⁶ On ne voit donc pas en quoi l'application de la législation française au niveau « wholesale » aurait

pour conséquence d'importer un régime de prix contrôlé et même de prix unique étranger en Suisse, comme le suggère Madrigall.⁴⁵⁷

C.4.3.3 La loi Lang n'est pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart

378. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall, s'appuyant notamment sur le deuxième courrier du Médiateur du livre, répète que la législation française, en particulier la loi Lang et le protocole Cahart, constitueraient des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart, en avançant que ladite législation supprimerait toute concurrence.⁴⁵⁸

379. A titre préliminaire, il est relevé que le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur l'influence, respectivement l'absence d'influence de la loi Lang en Suisse. Il a ainsi expressément jugé que *« [l]es détaillants français ne jouissent ainsi que d'une marge de manœuvre minime s'agissant du prix des livres qu'ils vendent aux consommateurs, puisqu'ils sont tenus, sauf exception, de les vendre à un prix effectif compris dans une fourchette allant de 95 % à 100 % du prix ainsi annoncé par l'éditeur ou par l'importateur [...]. La concurrence sur le marché du livre est ainsi fortement réduite en France, à tout le moins à son niveau dit « retail », soit au niveau de la vente aux consommateurs, puisque l'un de ses paramètres fondamentaux, soit la fixation du prix final des livres, est largement réglementé par la « Loi Lang ». Comme l'a relevé le Tribunal administratif fédéral, cette loi n'a toutefois pas pour vocation – ni même pour effet indirect – d'imposer un prix d'exportation des livres édités en France, notamment en cas de vente à des acheteurs suisses. Elle n'entrave d'ailleurs pas non plus la liberté des revendeurs suisses de déterminer eux-mêmes le prix de vente final des ouvrages produits en France. En d'autres termes, la « Loi Lang » ne restreint aucun paramètre de concurrence sur le marché suisse de la distribution du livre. On ne voit dès lors pas qu'elle puisse représenter une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart [...]. Il n'est en l'occurrence même pas nécessaire de se demander si un acte normatif étranger telle que la « Loi Lang » pourrait, dans son principe, constituer une telle prescription. Il s'ensuit que [...] le marché suisse de la distribution du livre en français n'échappe pas aux règles de la LCart ».*⁴⁵⁹

380. Tant Madrigall que le Médiateur du livre remettent en question la portée de cette jurisprudence et son application au cas d'espèce.

⁴⁵³ DPC 2018/2, 315 N 571, *Marché du livre écrit en français*.

⁴⁵⁴ DPC 2018/2, 247 N 10, *Marché du livre écrit en français*.

⁴⁵⁵ DPC 2018/2, 315 N 571, *Marché du livre écrit en français*.

⁴⁵⁶ Cf. par exemple l'ouvrage de Brigitte Giraud, *Vivre vite* (Flammarion, 2022), Prix Goncourt 2022, dont le PPHT est de € 20.- (<<https://editions.flammarion.com/vivre-vite/9782080207340>> [9.10.2024]) et que le site internet de la FNAC Suisse vend à CHF 30.- (<<https://www.fr.fnac.ch/a16994187/Brigitte-Giraud-Vivre-vite>> [9.10.2024]). Plus généralement, cf. N 140 ss au sujet de la FNAC.

⁴⁵⁷ A 198, N 320.

⁴⁵⁸ A 198, N 302 ss et Annexe A.

⁴⁵⁹ TF, 2C_37/2020 du 14.06.2022 consid. 6.2 à 6.4, *Albert le Grand SA*.

381. La question de la portée de l'arrêt précité du Tribunal fédéral peut toutefois rester ouverte, car un examen concret de la réglementation française – plus précisément la loi Lang et le protocole Cahart – démontre clairement que cette dernière ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

382. En premier lieu, seules des normes fédérales, cantonales ou communales peuvent constituer des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 LCart⁴⁶⁰, ce que ne sont évidemment ni la loi Lang, ni le protocole Cahart. Pour cette raison déjà, la réglementation française invoquée par Madrigall ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

383. En tout état, et comme le reconnaît Madrigall⁴⁶¹, il persiste une concurrence au niveau des prix entre les différents éditeurs: le PPHT est fixé librement par Madrigall, les remises et leurs niveaux le sont également pour l'essentiel (cf. N 82 ss). Or, pour que soit reconnue l'existence de prescription réservée, celles-ci ne doivent laisser aucune place à la concurrence,⁴⁶² ce qu'on ne saurait évidemment pas retenir dans le cas d'espèce.

384. Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que la réglementation française relative au prix du livre ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Aucune autre disposition susceptible de constituer une prescription réservée n'entre en ligne de compte dans le cas d'espèce, de telle sorte que la LCart est applicable.

C.5 Pratiques illicites d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif

385. Les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif se comportent de façon illicite lorsque, en abusant de leur position sur le marché, elles entravent l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Des pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné au cas par cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave, respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.⁴⁶³

386. Dans un premier temps, il convient de déterminer si Madrigall dispose d'un pouvoir de marché relatif. Si Madrigall doit être qualifiée d'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, il conviendra ensuite d'évaluer, dans un deuxième temps, s'il existe une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart.

C.5.1 Pouvoir de marché relatif

387. Selon l'art. 7 al. 1 LCart, les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart sont soumises au contrôle des abus. Il existe un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart lorsqu'une entreprise est dépendante d'une autre entreprise en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises.

388. Il n'est pas possible de répondre de façon générale et abstraite à la question de savoir dans quelle mesure d'éventuelles alternatives sont suffisantes et raisonnables, et il convient de les évaluer au cas par cas. En principe, les possibilités alternatives sont suffisantes

lorsqu'il existe d'autres offres en mesure de satisfaire de manière appropriée les besoins de l'entreprise présumée dépendante. Il s'agit donc de procéder à une appréciation par rapport à l'entreprise présumée dépendante, selon des critères objectifs, et non pas selon l'appréciation subjective de l'entreprise présumée dépendante. Les caractéristiques du produit concerné, les conditions d'achat, la réputation de la marque, la fidélité des clients à la marque ou encore la part de marché de l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif peuvent par exemple jouer un rôle. Concernant ce dernier paramètre en particulier, on ne saurait substituer à un examen concret (prenant en compte les particularités notamment du bien en question) des alternatives l'application d'un seuil en-dessous duquel un pouvoir de marché relatif serait exclu, comme le réclame Madrigall.⁴⁶⁴ Les possibilités alternatives sont déraisonnables si, en raison des particularités de l'entreprise dépendante, les alternatives existantes ne constituent pas une option. A cet égard, peuvent être pris en compte par exemple les investissements spécifiques liés à une relation commerciale, les coûts de conversion, la relation contractuelle concrète, le chiffre d'affaires concerné par rapport au chiffre d'affaires total ainsi que l'origine de la dépendance présumée (entre autres les causes de la dépendance compte tenu des décisions de l'entreprise affectée).⁴⁶⁵ Les entreprises qui se prévalent des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif doivent en règle générale avoir déjà essayé, en vain, de trouver des alternatives raisonnables.⁴⁶⁶

C.5.1.1 Définition de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart

389. Les nouvelles dispositions de la LCart concernant l'abus de pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Il s'agit d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « *Stop à l'ilot de cherté – pour des prix équitables* » (ci-après: l'initiative pour des prix équitables).⁴⁶⁷ Avec la révision de la LCart, l'interdiction des abus selon l'art. 7 LCart a été étendue aux entreprises suisses et étrangères ayant un pouvoir de marché relatif.

⁴⁶⁰ ATF 129 II 497, consid. 3.3.4; CR Concurrence-MARTENET/CARON (n. 70), art. 3 I N 25.

⁴⁶¹ A 198, N 308.

⁴⁶² ATF 141 II 66 consid. 2.2.3; DIKE KG-WEBER (n. 71), art. 3 N 22.

⁴⁶³ TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Publigroupe*; ATF 129 II 497 consid. 6.5.1, *Buchpreisbindung*.

⁴⁶⁴ A 198, N 440 ss. Sur ce point, on peine d'ailleurs à comprendre l'argumentation de Madrigall, selon qui la part de marché de l'entreprise supposée dépendante doit dépasser 15 % (part qui serait d'ailleurs atteinte dans les marchés proposés par Madrigall), mais qui semble ensuite effectuer une subsumption avec la part des ventes de livres Madrigall dans le chiffre d'affaires de Payot.

⁴⁶⁵ Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (n. 432), N 8.

⁴⁶⁶ Note explicative et formulaire - Pouvoir de marché relatif (n. 432), N 10.

⁴⁶⁷ Sur la genèse des dispositions sur le pouvoir de marché relatif, voir OLIVIER KAUFMANN, *Relative Marktmacht* 2022, in: sic! 5/2022, 181-197, 182 ss; GEORG PETER PICH, *Relative Marktmacht und Geoblocking: Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz*, in: WuW 6/2021, 336-342, 337; STÄUBER/BURGER, *ZWeR* 2/2021 (n. 433), 240 ss; BEAT ZIRLICK/JÜRG BICKEL, *Regeln zu relativen Marktmacht und Geoblocking in der Schweiz*, in: WRP 2/2022, 146-154, N 2 ss.

390. L'art. 4 al. 2^{bis} LCart définit le pouvoir de marché relatif comme suit: « *Par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises* ». A ce sujet, il est relevé que – contrairement à la définition légale de l'entreprise dominant le marché (art. 4 al. 2 LCart), qui définit la position d'une telle entreprise par rapport à elle-même –, la définition légale de l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif se place du point de vue des entreprises dépendantes. En d'autres termes, c'est la définition de l'entreprise dépendante en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service qui matérialise l'existence ou non d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, celle-ci ne pouvant pas l'avoir pour elle-même, soit de façon indépendante par rapport aux autres acteurs du marché.

391. La définition s'inspire du droit allemand, à savoir le § 20 GWB.⁴⁶⁸ Les deux dispositions se rattachent à la notion de dépendance. Ce qui est déterminant, ce sont les « *possibilités suffisantes et raisonnables* » de se rabattre sur des entreprises tierces. Dans la définition légale, le législateur suisse n'a pas expressément repris le critère du « *net déséquilibre par rapport au contre-pouvoir des autres entreprises* » (« *Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen* »), qui a été introduit en Allemagne par le 10^e amendement du GWB.

392. Dans ce qui suit, il conviendra tout d'abord de traiter l'objet de l'examen du pouvoir de marché relatif (N 393 ss). Ensuite, il conviendra de montrer quelles sont les conditions d'application de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart (N 403 ss). En ce qui concerne l'interprétation de cette disposition, il convient de noter que le libellé de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart est certes similaire sur certains points essentiels à son équivalent en droit allemand, dont la notion de pouvoir de marché relatif trouve son application principalement au niveau civil. Toutefois, le législateur suisse n'a pas poursuivi l'objectif d'une harmonisation matérielle avec le droit allemand. Aucune déclaration allant dans ce sens ne ressort des travaux préparatoires, et le Message du Conseil fédéral indique même expressément que le recours à la pratique juridique allemande ne pourrait se faire que sous réserve.⁴⁶⁹ La pratique allemande relative au § 20 GWB peut donc tout au plus servir de source d'inspiration pour l'interprétation de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, qui doit ainsi plutôt être interprété dans le contexte suisse.⁴⁷⁰

C.5.1.2 Objet de l'examen

C.5.1.2.1 Champ d'application personnel

393. Le champ d'application personnel de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart a été examiné sous C.1.1 ci-dessus. Il y est renvoyé (N 342 ss).

C.5.1.2.2 Champ d'application matériel

394. Selon l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, la dépendance doit être examinée « *en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service* ». Il est ainsi clairement établi que la relation commerciale entre deux entreprises ne doit pas être appréciée dans son ensemble. Il faut au contraire toujours examiner s'il existe une dépendance par rapport à une *prestation déterminée*.⁴⁷¹ Cela n'exclut pas qu'une

entreprise puisse être dépendante d'une autre entreprise pour plusieurs produits ou services, pour des catégories entières de produits ou – dans un cas extrême – pour l'ensemble de l'assortiment. Une interdépendance est également possible, à savoir la dépendance d'une entreprise à une autre entreprise pour une prestation, alors qu'elle dispose elle-même d'un pouvoir de marché relatif vis-à-vis de la même entreprise pour une autre prestation.

395. La question de savoir à l'égard de quelles prestations la dépendance doit être appréciée dépend de l'objet concret de la procédure.

396. En l'espèce, les produits concernés sont les livres Madrigall (N 7).

C.5.1.2.3 Champ d'application temporel

397. Le champ d'application temporel des règles concernant le pouvoir de marché relatif a été examiné sous C.1.4 ci-dessus. Il y est renvoyé (N 355 ss).

C.5.1.2.4 Délimitation du marché pertinent

398. Il est premièrement relevé qu'une délimitation du marché pertinent est demandée par Madrigall, en particulier pour traiter de la question du contre-pouvoir de Payot.⁴⁷² Madrigall demande par ailleurs à ce que soit reprise la délimitation de marché opérée par la Commission européenne dans l'affaire Lagardère/Natexis/VUP.^{473, 474}

399. En l'absence de pratique en la matière, il se pose la question de savoir si les autorités de la concurrence doivent procéder à une délimitation du marché pertinent comme c'est le cas lors de l'examen d'un abus de position dominante. Comme mentionné plus haut (N 345), l'examen d'un potentiel abus de pouvoir de marché relatif se concentre sur la question de la répartition des pouvoirs entre deux parties à une relation bilatérale – soit une entreprise supposée avoir un pouvoir de marché

⁴⁶⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013 (GWB, BGBl. I S. 1750, 3245), modifié en dernier lieu par l'art. 2 de la loi du 19.7.2022 (BGBl. I S. 1214). Le § 20 al. 1 première phrase GWB prévoit ce qui suit: « *§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht)* ». Traduction libre: « *Le § 19 alinéa 1 en lien avec l'alinéa 2 chiffre 1 s'applique également aux entreprises et associations d'entreprises, dans la mesure où d'autres entreprises dépendent d'elles en tant qu'offres ou demandeurs d'un certain type de marchandises ou de prestations commerciales, de telle sorte qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers des entreprises tierces et qu'il y a un net déséquilibre par rapport au contre-pouvoir des autres entreprises (pouvoir de marché relatif)* ».

⁴⁶⁹ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4695 ch. 3.3.3.2, Application.

⁴⁷⁰ Voir p.ex. les débats parlementaires, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BO) 2020 N 204 ss.

⁴⁷¹ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4695 ch. 3.3.3.3.

⁴⁷² A 148, p. 4 ss; A 198, N 344 ss.

⁴⁷³ COMM-UE, COMP/M.2978 du 7.1.2004, Lagardère/Natexis/VUP.

⁴⁷⁴ A 198, N 354 ss.

relatif et une entreprise supposée être dépendante –, contrairement à l'analyse d'un potentiel abus de position dominante qui requiert une analyse globale du marché.⁴⁷⁵

400. Partant, si les particularités relatives aux entreprises ainsi qu'aux produits concernés doivent bien être prises en considération dans la mesure où elles ont une pertinence pour l'analyse de la potentielle relation de dépendance entre Madrigall et Payot, cela ne requiert toutefois pas une délimitation formelle du marché pertinent, qui s'avérerait superflue. En particulier, les points relevés par Madrigall, qui nécessiteraient selon elle la délimitation d'un marché, sont analysés dans la présente décision sans qu'il ne soit nécessaire pour cela de délimiter formellement des marchés pertinents. Il en va ainsi notamment de la question de savoir si les livres Madrigall (ou certains d'entre eux) peuvent être remplacés par d'autres ou du contre-pouvoir de Payot.

401. En tout état, il est relevé que la pratique européenne citée par Madrigall semble peu pertinente en l'espèce, dans la mesure où elle concerne une opération de concentration dont les effets sur le marché dans son ensemble doivent être appréciés, et non un cas de potentiel abus de pouvoir de marché relatif comme en l'espèce, qui est un état de fait bilatéral.

C.5.1.3 Conditions

C.5.1.3.1 Introduction

402. Il découle de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart les critères suivants, qui seront traités ci-dessous:

- Rapport de dépendance: l'entreprise concernée ne dispose pas d'alternatives suffisantes et raisonnables (C.5.1.3.2);
- Absence de contre-pouvoir: il existe une répartition inégale du pouvoir entre les entreprises en ce qui concerne l'activité en question (C.5.1.3.3);
- Absence de faute grossière de l'entreprise présumée dépendante: La dépendance n'est pas due à la propre faute de l'entreprise présumée dépendante (C.5.1.3.4).

C.5.1.3.2 Rapport de dépendance

403. L'élément constitutif central de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart est l'existence d'un rapport de dépendance. Selon la lettre de la loi, la dépendance se mesure à l'existence de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers d'autres entreprises (alternatives).

I. Remarques théoriques

a. Détermination des alternatives

404. L'art. 4 al. 2^{bis} LCart mentionne comme possibilités alternatives le fait de se tourner vers d'autres entreprises. Si la dépendance possible concerne l'achat de produits, les éléments suivants entrent en ligne de compte:

- l'entreprise présumée dépendante peut essayer de se procurer le même produit auprès d'un autre fournisseur (p. ex. par des importations parallèles au lieu d'un approvisionnement direct auprès du producteur étranger);

- l'entreprise présumée dépendante peut essayer de basculer sur un produit alternatif.

405. La question de savoir quels sont les produits alternatifs ou les possibilités d'obtenir le même produit auprès d'un autre fournisseur est une question de fait. Lors de l'administration des preuves, il est possible de tenir compte des démarches effectuées par l'entreprise présumée dépendante pour se procurer la prestation en question ailleurs (p. ex. importations parallèles, grossiste indigène ou étranger, etc.). Si des efforts en vue de se rabattre sur des alternatives n'ont pas abouti, cela peut indiquer qu'il n'existe pas d'alternatives, respectivement qu'il n'existe que des alternatives limitées. Toutefois, de telles tentatives infructueuses ne constituent pas une condition de la dépendance au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart. Il n'existe pas de fondement pour un tel critère dans le texte de loi.⁴⁷⁶ Il est néanmoins possible de tenir compte de l'absence de tentatives de se tourner vers des alternatives lors de l'appréciation des preuves. Par ailleurs, le fait qu'une entreprise présumée dépendante ne puisse démontrer des efforts en vue de se rabattre sur une alternative pourrait même déjà constituer un argument plaidant contre l'ouverture d'une procédure formelle par les autorités de la concurrence.

406. La loi ne mentionne pas la renonciation à la prestation comme une alternative. A ce sujet, le but de l'examen des alternatives est de mettre au jour les désavantages pour l'entreprise présumée dépendante si l'affaire avec l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif n'est pas conclue, ou si la relation commerciale en question est rompue. L'importance de ce désavantage est déterminante lors de l'évaluation ultérieure du caractère suffisant et raisonnable des alternatives (N 411 ss). L'importance du désavantage doit être mesurée en comparant l'acquisition de la prestation auprès de l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif avec la meilleure alternative. Si la meilleure alternative consiste à renoncer à la prestation, il doit alors être examiné si le renoncement est raisonnable. Si tel est le cas, il n'y a pas de dépendance.

⁴⁷⁵ Cf. SELIM HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit und Belieferungspflicht? – Der Missbrauchstatbestand des Art. 7 Abs. 2 let. g KG, 2023, N 220 et 324.

⁴⁷⁶ Le Message (n. 432), FF 2019 4665, 4727 ch. 6.4 indique ce qui suit: « [...] Selon cette disposition, les entreprises invoquant la prescription proposée doivent avoir épuisé sans succès d'autres possibilités raisonnablement supportables d'obtenir le bien ou le service donné à un prix (de référence) et des conditions comparables en Suisse ou à l'étranger. Il ne suffit donc pas de s'être adressé en vain au fabricant du pays de référence pour motiver une dépendance. Selon le cas, il faut attester de plusieurs tentatives d'acquisition dans plusieurs pays dans lesquels le bien ou le service est offert, sachant qu'il incombe à l'acheteur dépendant de démontrer qu'il a épuisé sans succès d'autres possibilités d'obtenir le bien ou le service à un prix et des conditions comparables à ceux obtenus par ses concurrents ».

b. Détermination des désavantages des alternatives

407. Une fois que les alternatives ont été déterminées, il convient de déterminer les désavantages qui résulteraient, pour l'entreprise présumée dépendante, du recours aux alternatives. Les conditions actuelles de l'entreprise présumée dépendante doivent être comparées aux conditions qu'elle obtiendrait en optant pour une alternative. Si, au moment de l'évaluation, l'entreprise présumée dépendante n'entretient pas de relations commerciales avec l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif en lien avec les prestations concernées, il convient d'utiliser comme base de comparaison les conditions qu'elle pourrait négocier.

408. Les conséquences possibles d'un approvisionnement alternatif sont par exemple une baisse du chiffre d'affaires, une diminution du bénéfice ou une augmentation des dépenses (p. ex. les coûts de reconversion de la production). L'existence ou non de tels désavantages est une question de fait.

409. Pour les raisons suivantes, il peut être difficile d'apporter la preuve qu'une alternative entraîne des inconvénients:

- au moment de l'évaluation, l'alternative n'a en principe pas encore été mise en place ou ses conséquences ne se sont pas encore produites, ou alors de façon incomplète. L'examen concerne donc généralement un état de fait futur et hypothétique. La constatation d'un tel état de fait est incertaine par nature;
- l'ampleur du désavantage (hypothétique) de l'alternative dépend généralement d'une multitude de facteurs, notamment des conditions concrètes du marché, mais aussi des caractéristiques de l'entreprise concernée. Ainsi, la stratégie commerciale, la situation financière, la solvabilité, les liens contractuels et la politique d'investissement de l'entreprise peuvent par exemple jouer un rôle. Souvent, il ne sera pas possible pour les autorités de la concurrence de déterminer et d'évaluer en détail la « vie interne » de l'entreprise concernée sans effort déraisonnable;
- les conséquences de l'alternative peuvent évoluer au fil du temps. Par exemple, il est possible que certains désavantages pour l'entreprise ne se manifestent que plusieurs années après le changement, alors qu'aucune conséquence négative ne se produit à court terme. Inversement, le fait d'opter pour une alternative peut être désavantageux à court terme, mais n'avoir guère de conséquences négatives à plus long terme, par exemple parce que les désavantages peuvent être compensés totalement ou partiellement avec le temps par l'établissement d'une relation commerciale alternative. En ce qui concerne d'éventuelles conséquences survenant tardivement, le degré de preuve requis ne pourra souvent pas être atteint dans le cadre d'une enquête d'ampleur raisonnable.

410. Vu ce qui précède, il n'est généralement pas possible de chiffrer précisément le désavantage que l'entreprise présumée dépendante subirait si elle se rabattait sur une alternative. Il n'est souvent possible de se prononcer que sur un ordre de grandeur. Malgré les difficultés rencontrées dans l'administration des preuves, des

critères abstraits ou un catalogue de critères fixes ne devraient en tous les cas pas remplacer l'établissement des faits au cas par cas dans un contexte concret.⁴⁷⁷

c. Évaluation du caractère suffisant et raisonnable des alternatives

411. Finalement, il convient d'évaluer le caractère suffisant et raisonnable des alternatives. Selon l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, il y a relation de dépendance lorsqu'il n'existe pas de possibilité alternative « *suffisante et raisonnable* ». La lettre de cette disposition pourrait donner l'impression que les caractères « *suffisant* » et « *raisonnable* » constituent deux critères distincts. Cela n'est toutefois pas le cas. Le concept de « *suffisant* » n'indique pas en soi la mesure qui doit être atteinte. Au contraire, l'évaluation du caractère suffisant présuppose une valeur de référence concrète, par exemple que les possibilités alternatives permettent à l'entreprise de survivre économiquement. Cette valeur de référence ne ressort pas de la loi, qui ne précise pas l'élément pour lequel les possibilités alternatives doivent être « *suffisantes* ». Les versions allemande et italienne de la loi ne clarifient pas davantage ce point; elles utilisent les termes « *ausreichende Ausweichmöglichkeiten* » et « *possibilità sufficienti* ». En ne répondant pas à la question de savoir ce qui est considéré comme « *suffisant* », l'art. 4 al. 2^{bis} LCart confie aux instances d'application du droit la tâche de procéder à une évaluation au cas par cas des désavantages de l'alternative pour l'entreprise présumée dépendante. Le critère des possibilités alternatives « *suffisantes* » ne contient donc rien qui ne doive pas également être examiné dans le cadre du caractère « *raisonnable* ». En effet, il s'agit là aussi d'une notion juridique indéterminée qui impose aux instances d'application du droit d'évaluer au cas par cas les conséquences de l'alternative pour l'entreprise concernée. L'appréciation de l'existence de possibilités d'évitement « *suffisantes et raisonnables* » peut donc se faire en une seule étape, cet examen, contrairement à ce qu'avance Madrigall⁴⁷⁸, couvrant donc également le caractère suffisant d'une alternative. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si les désavantages sont raisonnables pour l'entreprise présumée dépendante.

⁴⁷⁷ L'exemple suivant peut être mentionné à titre d'illustration: en Allemagne et pour vérifier la dépendance d'une entreprise, le nombre d'acheteurs comparables qui proposent les produits du fournisseur en question est régulièrement pris en compte, entre autres (« *Distributionsrate* »; cf. à ce sujet JÖRG NOTHDURFT, Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen, 17.1.2015, 37). Toutefois, le taux de distribution ne doit pas être surestimé dans la détermination des désavantages de l'alternative pour l'entreprise concernée. Même si le taux de distribution est élevé, les désavantages peuvent être faibles pour l'entreprise concernée, p. ex. parce que le produit en question fait partie de l'assortiment secondaire de cette entreprise. Inversement, un produit peut être essentiel pour une entreprise même si le taux de distribution est faible, p. ex. si elle s'est spécialisée dans sa distribution et génère ainsi une part importante de son chiffre d'affaires. Partant, l'existence d'une dépendance ne doit pas être mesurée uniquement en fonction de la réalisation d'un certain taux de distribution.

⁴⁷⁸ A 198, N 402; A noter que Madrigall n'avance pas que le résultat d'un double examen distinct des caractères suffisants et raisonnables mènerait à un résultat différent.

412. Le critère du caractère *raisonnable* des désavantages n'est pas non plus concrétisé à l'art. 4 al. 2^{bis} LCart. La loi accorde ainsi une grande marge d'appréciation aux autorités d'application. Dans ce contexte, la catégorisation des constellations de pouvoir de marché relatif (p. ex. sur le modèle du droit allemand)⁴⁷⁹ ne saurait se substituer à une analyse au cas par cas. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si les critères légaux de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart sont donnés.

413. De manière générale, il peut être retenu ce qui suit:

- le caractère raisonnable d'un désavantage ne dépend pas de son importance absolue. Il convient plutôt d'évaluer la gravité de ce désavantage pour l'entreprise concernée. Par exemple, une certaine perte de chiffre d'affaires peut avoir de graves conséquences pour une entreprise, alors qu'elle n'aurait aucune incidence sur une autre. Cette focalisation sur l'entreprise concernée est inhérente au concept de pouvoir de marché relatif. Il s'agit de relations commerciales bilatérales. L'existence d'une dépendance doit donc être évaluée individuellement;
- tous les désavantages ne doivent pas être qualifiés de déraisonnables. Une entreprise cherche typiquement à établir des relations commerciales dont elle attend le plus d'avantages. Si la relation commerciale avec le partenaire le plus approprié disparaît, le fait de se tourner vers une autre entreprise présente généralement et par définition des désavantages. C'est en règle générale le cas même si des alternatives en principe équivalentes sont disponibles, car toute réorientation implique certains coûts d'adaptation. Si n'importe quel désavantage suffisait, il faudrait donc presque toujours admettre l'existence d'un pouvoir de marché relatif. Le fait que les alternatives doivent offrir un remplacement équivalent ne ressort pas du texte de loi ou des travaux y relatifs. Une telle interprétation ne peut pas non plus être déduite du sens ou du but des dispositions sur le pouvoir de marché relatif. Au contraire, les dispositions visent à protéger les entreprises contre les abus dans les constellations où il existe un déséquilibre de pouvoir clair entre les partenaires commerciaux,⁴⁸⁰ et non à introduire une obligation de contracter étendue. Dans ce contexte, il faut en tout cas nier l'existence d'une dépendance au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart lorsque les inconvénients pour l'entreprise concernée sont insignifiants;
- à l'inverse, il ne faut généralement pas que l'existence de l'entreprise soit menacée pour admettre qu'une alternative est déraisonnable.⁴⁸¹ Un seuil aussi élevé ne saurait être déduit de la loi et ne trouve pas non plus de soutien dans les travaux législatifs, le Message se limitant à évoquer les « *possibilités raisonnablement supportables d'obtenir le bien ou le service donné à un prix (de référence) et des conditions comparables en Suisse ou à l'étranger* ».⁴⁸²

II. En l'espèce

414. Dans le cas d'espèce, les alternatives suivantes entrent en considération:

- arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot;

- acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes;
- acquisition par Payot de livres Madrigall auprès d'autres libraires (marché gris).

Il s'agit maintenant de déterminer pour chaque alternative quels sont les désavantages pour Payot, avant d'évaluer si l'alternative en question est suffisante et raisonnable pour Payot.

a. Arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot

415. La première alternative envisagée dans le cadre de la présente enquête est l'arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot. Madrigall propose une distinction entre « *certaines ouvrages secondaires* » et « *certaines ouvrages de littérature [...] jouissant d'une grande notoriété* » pour expliquer qu'une dépendance doit être exclue dans la mesure où seuls les derniers cités pourraient potentiellement faire l'objet d'une forte demande.⁴⁸³ Il n'y a toutefois pas lieu de différencier selon les catégories de livres comme le demande Madrigall (selon les différents marchés pertinents qu'elle identifie dans sa prise de position du 10 juin 2024)⁴⁸⁴, dès lors que la problématique en question, soit les remises proposées à Payot, concerne l'intégralité du catalogue de Madrigall et que, comme il l'a été démontré au cours de l'enquête⁴⁸⁵, c'est bien ce catalogue en tant qu'ensemble qui doit être proposé par Payot (cf. N 152).

416. Au vu de la présence dans le catalogue Madrigall de nombreux classiques de la littérature et d'ouvrages primés, et vu le succès rencontré par les livres Madrigall auprès de la clientèle de Payot (N 152 ss), la disponibilité du catalogue du groupe Madrigall (en stock ou sur commande) est indispensable et il n'est pas possible pour un revendeur généraliste de pouvoir s'en passer – le taux de distribution étant de quasiment 100 % –, comme l'a également confirmé Céline Besson (N 163). Les conséquences de l'arrêt de la vente des livres Madrigall par Payot devraient ainsi dépasser ainsi la perte déjà substantielle de chiffre d'affaires (environ CHF [...] millions, correspondant à [10–20] % du chiffre d'affaires total de Payot) et des marges de contribution/bénéfices (environ CHF [...] millions) réalisés par Payot avec les livres Madrigall (N 160).

⁴⁷⁹ KAUFMANN (n. 467), sic ! 2022, 188 ss.

⁴⁸⁰ Voir en ce sens BO 2020 N 226, intervention du conseiller national Beat Jans.

⁴⁸¹ Dans ce sens également, KAUFMANN (n. 467), sic ! 2022, 186; *contra*: MAMANE (n. 432), SZK 2022, 62 (cité d'ailleurs par Madrigall; A 198, N 393); STÄUBER/BURGER, ZWeR 2/2021 (n. 433), 254.

⁴⁸² Message (n. 432), FF 2019 4665, 4727 ch. 6.4.

⁴⁸³ A 39, N 38.

⁴⁸⁴ A 198, N 344 ss et 417 ss.

⁴⁸⁵ En particulier dans l'analyse des conséquences de la renonciation au catalogue Madrigall; cf. N 143 ss.

417. Tous ces points correspondent aux jugements des tribunaux fédéraux dans le cadre de la précédente enquête menée par les autorités de la concurrence à l'encontre notamment de filiales de Madrigall, dont il découle l'absence de substituabilité des livres (en tout cas pour les principaux groupes éditoriaux français) au niveau « wholesale » et la nécessité pour les détaillants de s'approvisionner auprès de l'ensemble des principaux diffuseurs/distributeurs exclusifs (N 164 ss).

418. Au vu de ce qui précède, l'arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot ne constitue pas une alternative raisonnable au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart, étant rappelé que le caractère insuffisant et déraisonnable d'une alternative ne requiert pas que l'existence de l'entreprise supposée dépendante soit menacée (N 413).

419. Dès lors qu'il a été établi que l'arrêt de la vente de livres Madrigall ne constitue pas une alternative suffisante et raisonnable pour Payot, il convient d'examiner ci-après s'il est possible pour cette dernière de s'approvisionner en livres Madrigall auprès d'offres alternatives à Madrigall, respectivement autres que ses canaux de distribution officiels en Suisse ou en France (N 98 ss). Est ainsi examinée ci-après la possibilité pour Payot d'acquérir des livres Madrigall auprès de grossistes, puis auprès d'autres libraires (marché gris).

b. Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès de grossistes

420. Avant d'examiner la question des grossistes, il convient de rappeler que les flux de livres Madrigall traités par Payot sont considérables: environ [...] livres Madrigall sont acquis et revendus annuellement par Payot,⁴⁸⁶ auxquels s'ajoutent les livres retournés, soit un flux total d'environ [...] livres.⁴⁸⁷ Il est encore relevé qu'au cours de la présente enquête, aucune source d'approvisionnement alternative en livres Madrigall n'a été évoquée et présentée comme raisonnable par Madrigall.

421. La question des grossistes (N 80), en Suisse comme à l'étranger, a été examinée de façon complète dans la partie en fait (N 171 ss). En Suisse, il a été question d'un seul grossiste, soit le Buchenztrum (BZ) à Hängedorf. Toutefois, ce grossiste, à l'instar de Payot et des autres libraires romands, acquiert ses ouvrages auprès de l'OLF et constitue ainsi un simple intermédiaire de plus dans la chaîne de distribution officielle de Madrigall en Suisse. Par ailleurs, le Buchzentrum n'a, d'après ses propres déclarations, aucune compétence concernant les livres en français et ne propose qu'un catalogue restreint de livres Madrigall ainsi qu'un stock composé principalement de livres destinés à l'enseignement du français, de telle sorte que l'approvisionnement en livres Madrigall auprès du Buchzentrum implique pour un libraire romand un catalogue restreint, une absence de conseils, des délais plus longs et des prix plus élevés que les libraires acquérant les livres Madrigall auprès du système de distribution officiel de Madrigall (N 175).

422. En France, le nombre de grossistes est également limité et la tendance est à leur disparition, de même qu'en Belgique, où le grossiste le plus important du pays a récemment fait faillite. En raison de l'espace de stockage et de la couverture financière importante nécessaire

pour acheter, disposer et assurer les stocks de livres en vue de l'approvisionnement de librairies de taille comparables à Payot, les grossistes sont plutôt, dans les faits, en mesure de proposer un dépannage ponctuel à ces dernières (de telle sorte que les flux concernés, quand ils existent, ne sont que « marginaux ») et n'approvisionnent plus régulièrement que les petites librairies.⁴⁸⁸

423. Au vu de ce qui précède, il ne peut être définitivement exclu que Payot puisse théoriquement acquérir de façon totalement dispersée l'intégralité des livres Madrigall dont elle a besoin en s'approvisionnant auprès de plusieurs (et probablement nombreux) grossistes, moyennant d'importantes transformations et investissements de leur part pour accroître leurs capacités financières et de stockage. Il est toutefois très peu probable qu'un ou plusieurs grossistes modifient fondamentalement leurs modèles d'affaires pour satisfaire un seul client suisse.

424. En tout état, quand bien même il ne peut être totalement exclu qu'une multitude de grossistes étrangers puissent couvrir l'intégralité des besoins de Payot en livres Madrigall, cette modalité d'approvisionnement est insoutenable sur le plan commercial: s'approvisionner auprès d'un grossiste implique d'ajouter un maillon à la chaîne de distribution par rapport aux autres libraires, soit des coûts supplémentaires, des délais plus longs, un droit de retour vraisemblablement impraticable, etc. Il s'agirait là d'autant de désavantages concurrentiels par rapport aux libraires s'approvisionnant par la voie officielle.

425. Les déclarations de Payot et de Céline Besson, entendue comme témoin et elle-même directrice d'une librairie indépendante en plus de sa qualité de Présidente du Comité Libraires de LIVRESUISSE, qui regroupe 46 librairies romandes, sont tranchées et indiquent qu'il n'est pas réaliste commercialement de s'adresser à des grossistes, en substance en raison des difficultés liées à l'identification des flux, des faibles remises (et des coûts d'importation élevés en ce qui concerne les grossistes à l'étranger), alors que les délais sont de plus très longs.⁴⁸⁹ Madrigall ne l'a d'ailleurs pas contesté et a également identifié ces désavantages,⁴⁹⁰ B._____ considérant même que le service serait moindre avec un grossiste et que cela nuirait à Payot.⁴⁹¹

426. Ces désavantages valent d'autant plus en cas de diversification des sources d'approvisionnement de Payot (plusieurs grossistes et/ou librairies), qui s'imposerait de toute façon dans la mesure où aucun grossiste ne serait en mesure de fournir l'intégralité des volumes commercialisés par Payot. Or, multiplier les

⁴⁸⁶ A 16, Annexe 1.

⁴⁸⁷ Les retours de Payot à Madrigall s'élèvent à environ [...] à [...] % annuellement selon Payot, A 82, réponse 5.e.

⁴⁸⁸ A 41, réponse 11.

⁴⁸⁹ A 1, p. 10, commentaire concernant l'annexe b.4; A 136, l. 208.

⁴⁹⁰ A 104, l. 51 ss.

⁴⁹¹ A 104, l. 83 à 85.

sources impliquerait par nature également une multiplication des démarches administratives correspondantes (gestions des commandes, multiples négociations en parallèles, etc.) ainsi que des flux (ventes et retours),⁴⁹² et péjorerait dans tous les cas les conditions commerciales déjà insoutenables en cas d'approvisionnement auprès de ces sources alternatives en réduisant les éventuelles économies d'échelles.

427. Contrairement à ce qu'affirme Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024⁴⁹³, Payot ne se trouve pas dans une situation plus favorable en basculant à un approvisionnement auprès de grossistes, respectivement de sources diversifiées, et l'explication est précisément apportée par Madrigall elle-même: les grossistes tendent à disparaître et ne disposent pas de l'espace de stockage et de la couverture financière nécessaire pour disposer et assurer ces stocks, ce qui les amènent à être en mesure de fournir des librairies de taille plus restreinte que des clients aux volumes importants tels que Payot.⁴⁹⁴

428. Au surplus, Madrigall n'apporte aucun élément tendant à démontrer qu'un ou plusieurs grossistes pourraient constituer une source d'approvisionnement suffisante et raisonnable pour Payot.

429. Partant, les grossistes tant suisses que français ne constituent pas une alternative suffisante et raisonnable.

c. Acquisition par Payot de livres Madrigall auprès d'autres libraires (marché gris)

430. La question d'un approvisionnement sur le marché gris, soit au travers d'autres libraires, a été examinée de façon complète dans la partie en fait (N 183 ss et 186 ss).

431. Les raisonnements exposés ci-dessus au sujet des grossistes valent *a fortiori* également pour les librairies: en plus de constituer un intermédiaire de plus, soit des prix plus élevés, des délais plus longs ainsi que l'absence de compétences en matière de conseil, ces librairies ne sont pas organisées en vue d'approvisionner d'autres revendeurs (concernant spécifiquement FNAC, cf. N 186 ss).⁴⁹⁵ Leurs infrastructures de stockage – si elles existent –⁴⁹⁶ sont par conséquent encore inférieures à celles de grossistes.

432. Les mêmes problématiques se poseraient bien entendu pour un approvisionnement au travers de librairies suisses, qui ne constitueraient que de simples intermédiaires de plus dans la chaîne de distribution officielle de Madrigall en Suisse.

433. Dans le cadre du premier cas des livres écrits en français, la COMCO puis le Tribunal administratif fédéral avaient déjà constaté qu'un approvisionnement sur le marché gris n'était pas praticable par un libraire suisse (N 185 s.). Aucun élément de la présente enquête ne remet cette constatation en question ni même ne vient la modérer.

434. Ainsi, l'approvisionnement en livres Madrigall auprès d'une ou plusieurs librairies, en France ou en Suisse, ne constitue pas une alternative suffisante et raisonnable.

d. Autres sources ?

435. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall évoque – sans développer ou justifier – encore deux autres sources potentielles d'approvisionnement, à savoir l'approvisionnement en Suisse auprès d'E5F et l'approvisionnement auprès de plateformes de vente en lignes telles qu'Amazon.⁴⁹⁷

436. En ce qui concerne la première, elle ne constitue pas une alternative à Madrigall entrant en ligne de compte dans l'examen selon l'art. 4 al. 2^{bis} LCart puisqu'E5F fait précisément partie du groupe Madrigall. Quant aux plateformes en ligne, il n'existe à connaissance pas de telle plateforme ayant vocation à agir en tant qu'offreur au niveau « wholesale ». La situation d'une plateforme comme Amazon (dont l'activité se limite à la logistique et qui ne dispose semble-t-il pas de connaissance spécifique concernant les livres), sur laquelle il est effectivement possible de se procurer à tout le moins certains livres Madrigall, est donc à tout le mieux comparable – dans le cadre du présent examen – à celle d'une librairie et ne saurait donc constituer, pour les raisons développées sous c. ci-dessus, une alternative suffisante et raisonnables.

III. Conclusion intermédiaire concernant le rapport de dépendance

437. Au vu de ce qui précède et comme alternative à un approvisionnement en Suisse par les canaux officiels, Payot ne dispose d'aucune source d'approvisionnement raisonnable ni même objectivement praticable, autre que l'achat de livres Madrigall en approvisionnement direct auprès de DLM (respect. UD et SODIS) en France, comme Madrigall l'a d'ailleurs expressément laissé entendre.⁴⁹⁸

C.5.1.3.3 Absence de contre-pouvoir

438. Selon Madrigall, il serait inconcevable dans la présente procédure de ne pas s'attarder sur la position de Payot, tant vis-à-vis de Madrigall que plus généralement sur le marché. En effet, selon Madrigall, il ne saurait exister de pouvoir de marché relatif d'une entreprise si la contrepartie disposait d'un pouvoir de négociation suffisant et représentait dès lors un « contre-pouvoir », ce qui serait le cas de Payot.⁴⁹⁹ Le principal argument de Madrigall à ce sujet est la prétendue part de marché substantielle que détiendrait Payot.

⁴⁹² Cf. notamment A 41, réponse 11, où Madrigall détaille les difficultés liées à l'identification des flux retour en cas d'approvisionnement auprès d'un grossiste.

⁴⁹³ A 198, N 423 ss.

⁴⁹⁴ A 41, réponse 11.

⁴⁹⁵ A 136, I. 208 ss.

⁴⁹⁶ Selon les chiffres avancés par Madrigall, la plus grande librairie indépendante de Suisse romande ne pèserait que [0–10] % du chiffre d'affaires de Payot, ce qui implique des volumes évidemment bien inférieurs à ceux de Payot, ne requérant que peu ou pas d'espaces d'entreposage, A 148.

⁴⁹⁷ A 198, N 432.

⁴⁹⁸ A 104, I. 71 ss.

⁴⁹⁹ A 148, p. 4 ss.; A 198, N 455 ss.; A 219, Notes de plaidoirie de Madrigall, p. 2 ss.

439. Il y a effectivement lieu, lors de l'évaluation du pouvoir de marché relatif, de prendre en compte l'éventuel contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante.

440. Le contre-pouvoir peut être mesuré en fonction de l'intérêt de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif à la contre-prestation de l'entreprise présumée dépendante. Comme pour l'entreprise présumée dépendante, cet intérêt est corrélé avec le désavantage qu'entraînerait la non-réalisation ou la résiliation de l'affaire en question. Plus le désavantage est important (p. ex. la perte de chiffre d'affaires ou l'augmentation des dépenses), plus le contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante est grand. Si l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif a un intérêt égal ou similaire à l'acte juridique en question, l'entreprise présumée dépendante ne se trouve pas dans une position plus faible. Au contraire, les rapports de force sont équilibrés dans un tel cas.

441. L'art. 4 al. 2^{bis} LCart ne précise pas expressément si le contre-pouvoir de l'entreprise présumée dépendante doit être pris en compte. Les travaux préparatoires ne se prononcent pas davantage. Il convient donc de s'interroger sur le sens et le but des dispositions concernant le pouvoir de marché relatif (interprétation téléologique). Le but de la loi sur les cartels (art. 1 LCart) peut être utilisé à cet effet. L'applicabilité des interdictions d'abus selon l'art. 7 LCart entraîne des règles de comportement particulières pour les entreprises concernées. Dans certains cas, il peut en résulter une obligation de contracter. En cas de rapports de force équilibrés, une obligation de contracter n'est pas compatible avec un ordre économique libéral et axé sur la concurrence, et donc avec les objectifs de la loi sur les cartels. Dans ce contexte, les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif se limitent à protéger les entreprises dépendantes, dans leur position de faiblesse, contre les abus de pouvoir. En l'absence d'un déséquilibre de pouvoir, il n'existe aucun besoin de protection.⁵⁰⁰

442. Selon ce qui précède, l'applicabilité des dispositions sur les abus au sens de l'art. 7 LCart présuppose – outre l'existence d'une dépendance – qu'il existe une répartition inégale du pouvoir entre les entreprises concernées. L'importance que ce déséquilibre doit constituer dépend des circonstances du cas d'espèce. En règle générale, une différence de pouvoir minime ne suffit pas.

443. En l'espèce, il est relevé que du côté de Payot et par rapport à Madrigall, l'absence de substituabilité des livres au niveau « wholesale » a été démontrée, et il est renvoyé à la partie en fait substantiellement motivée sur ce point (section B.4.4.1 ss). Pour les livres en français, il est nécessaire pour les revendeurs de livres – en l'occurrence Payot – d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs/distributeurs – en l'occurrence aussi Madrigall. Cela est d'autant plus vrai pour un libraire généraliste comme Payot. Payot a un intérêt indéfectible à la contre-prestation de Madrigall, il en va de sa survie commerciale (N 149 ss).

444. A l'inverse doit être examiné l'intérêt de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif – en l'occurrence Madrigall – à la contre-prestation de Payot. Pour ce faire, l'analyse des rapports entre les entreprises ne doit pas se limiter au marché suisse, et encore

moins à la relation entre E5F et Payot, comme souhaite y procéder Madrigall.⁵⁰¹ En effet, c'est le groupe Madrigall dans son ensemble qui constitue l'entreprise au sens de la LCart (N 343), dont Payot est potentiellement dépendante.

445. Dans ce cadre, la délimitation d'un marché limité à la Suisse romande (ou tout au plus à la Suisse) et l'exclusion des ventes réalisées au travers de FNAC Suisse, comme y procède Madrigall,⁵⁰² sont trompeuses et peu pertinentes, dans la mesure où les entreprises de taille importante ou bénéficiant de parts de marché conséquentes bénéficient également de la protection de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart (N 346).

446. A cela s'ajoute le fait que Madrigall dispose d'un nombre élevé de partenaires de vente en Suisse: Madrigall réalise une bonne partie de ses ventes en Suisse au travers de FNAC Suisse ainsi qu'avec une [...] de libraires indépendants. Elle commercialise également une partie de ses livres à travers les supermarchés suisses.⁵⁰³ Ainsi, même en cloisonnant incorrectement l'analyse au marché suisse et en excluant FNAC Suisse par un biais méthodologique comme y procède Madrigall,⁵⁰⁴ [...] % des ventes de livres Madrigall à des clients finaux en Suisse interviennent par d'autres canaux que Payot,⁵⁰⁵ alors qu'à l'inverse, il n'existe qu'une seule source d'approvisionnement en livres Madrigall raisonnable et même objectivement praticable pour Payot, à savoir le groupe Madrigall lui-même (N 411 ss).

447. Ainsi, si la rupture de la relation commerciale entre Madrigall et Payot engendrerait une très modeste diminution du chiffre d'affaires pour le groupe Madrigall, une telle rupture ne mettrait en rien l'existence de Madrigall en péril, alors que les conséquences seraient beaucoup plus lourdes pour Payot.⁵⁰⁶

448. Le fait que Payot, en tant que chaîne de librairies francophones, ou même certaines de ses filiales, soient de taille importante en comparaison nationale et internationale n'y change rien.⁵⁰⁷ De même, les déclarations des médias selon lesquelles Payot serait le leader du marché ou encore les suppositions de Madrigall quant à l'actionnariat de Payot ne permettent pas de conclure à l'existence d'un contre-pouvoir suffisant.⁵⁰⁸

⁵⁰⁰ Dans ce sens également, ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 26.

⁵⁰¹ A 148, pp. 4 s.

⁵⁰² A 148, p. 4 ss.; A 198, N 125 et 458.

⁵⁰³ A 103, I. 537 ss.

⁵⁰⁴ Pour rappel, les achats de livres Madrigall sont effectués intégralement par FNAC France, qui les répartit ensuite à l'interne, y compris auprès de FNAC Suisse, de telle sorte que Madrigall ne connaîtrait pas les chiffres de vente de FNAC Suisse; voir aussi N 140 ss.

⁵⁰⁵ A 103, I. 538. A noter que les ventes de livres Madrigall par des plateformes telles qu'Amazon ne sont pas connues.

⁵⁰⁶ En ce qui concerne le rapport de force entre Madrigall et Payot, il doit être gardé à l'esprit que le chiffre d'affaires du groupe Madrigall s'élève à plus de € [...] millions, dont seulement [0–10] % est réalisé en Suisse. Payot engendre environ [...] du chiffre d'affaires d'E5F, soit moins d'[0–10] % du chiffre d'affaires de Madrigall; A 42, annexe I.

⁵⁰⁷ A 198, N 109 ss.; A 219, slide 5 de la présentation de Madrigall et p. 2 des notes de plaidoirie de Madrigall.

⁵⁰⁸ A 198, N 110 ss.; A 219, p. 3: ce changement d'actionnariat supposé, qui serait intervenu en toute fin de procédure, n'a de toutes façons pas eu d'impact perceptible sur l'état de fait à l'origine de la présente procédure.

449. L'absence de contre-pouvoir de Payot (au niveau du groupe Madrigall) par rapport à d'autres acteurs a d'ailleurs été reconnue par Madrigall au cours de l'enquête: confronté à la question de savoir comment était organisée la distribution des livres Madrigall par FNAC Suisse, B. _____ a ainsi déclaré que « *[l]a FNAC pèse bien plus lourd que Payot. Nos relations avec ce groupe font qu'on peut décider différemment* ». ⁵⁰⁹

450. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance encore que le contre-pouvoir de Payot devrait être analysé séparément pour chaque marché pertinent dont Madrigall demande la définition. ⁵¹⁰ Comme il l'a été expliqué ci-dessus (N 398 ss), la délimitation de marchés pertinents dans le cadre de la présente analyse sous l'angle de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart est superflue. Dans le cas plus spécifique de l'analyse du contre-pouvoir, une analyse fondée sur des marchés pertinents délimités peut de plus s'avérer trompeuse. En suivant la démarche proposée par Madrigall, on ignorerait par exemple l'importance globale des deux parties ou les alternatives à leur disposition, des éléments qui doivent évidemment être considérés dans le rapport de force.

451. Madrigall soutient également qu'en exigeant une remise de [...] % dans le cadre d'un approvisionnement direct, Payot entend dicter unilatéralement les prix et les conditions. ⁵¹¹ A cet égard, il convient de rappeler que la remise de [...] % correspond aux CGV françaises et surtout que la position de Madrigall quant à la remise proposée en cas d'approvisionnement direct n'a pas évolué depuis la demande initiale de Payot, ce qui ne démontre pas qu'elle aurait un contrepouvoir particulièrement élevé – au contraire. De manière générale, rien n'indique que Payot ait fait usage de son prétendu contre-pouvoir au cours des dernières années. En particulier, si Payot disposait d'un contre-pouvoir significatif, elle aurait pu, par exemple, déréférencer des livres de Madrigall dans le cadre du présent conflit, ce qui n'a semble-t-il jamais été le cas. Un contre-pouvoir pertinent ne peut pas non plus être déduit du refus de Payot de renouveler les conditions pour les opérations commerciales pour 2023 (il s'agit d'un accord sur certaines opérations spéciales de diffusion et la remise de fin d'année [RFA]). ⁵¹² Des divergences entre Payot et Madrigall concernant ces accords semblent être habituelles. ⁵¹³ [...] évoquée par Madrigall dans ce contexte peut ensuite avoir les causes les plus diverses; un lien de causalité avec le refus de Payot mentionné n'est ni justifié ni démontré par Madrigall. En fin de compte, ces accords concernent principalement les activités de marketing et le RFA; Payot n'a jamais cessé de vendre des livres de Madrigall (ce qui correspond à la situation prévalant à l'ouverture de la présente procédure et que conteste Payot).

452. Partant et vu l'ensemble de ce qui précède, il ne peut qu'être retenu que Payot ne dispose d'aucun contre-pouvoir significatif à l'encontre du groupe Madrigall. Dans le cadre d'un approvisionnement direct, la question du contre-pouvoir doit au moins prendre en compte l'échelle du marché global de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif, et pas seulement du marché suisse.

C.5.1.3.4 Absence de faute grossière

453. L'art. 4 al. 2^{bis} LCart ne règle pas expressément la question de savoir comment tenir compte du cas où une entreprise aurait provoqué sa dépendance par ses propres erreurs. ⁵¹⁴ La disposition légale doit être interprétée sur ce point également.

454. Selon le Message, « *[a]ussi ne peut-il y avoir dépendance que lorsqu'une entreprise ne s'est pas mise elle-même dans l'impasse [...]* ». ⁵¹⁵ Il faut en effet éviter que la LCart n'incite les entreprises à se placer dans des situations de dépendance qui comportent des risques dépassant nettement les avantages de la relation commerciale. Celui qui se retrouve dans une situation de dépendance malgré une disproportion claire entre les risques et les opportunités ne doit pas pouvoir se prévaloir des règles de protection en lien avec le pouvoir de marché relatif. Si tel était le cas, les règles encourageraient les modèles commerciaux qui permettent de prendre des risques déraisonnables et les privilégieraient par rapport aux modèles commerciaux moins risqués. La concurrence serait ainsi faussée. Cela ne peut pas correspondre au sens et au but des dispositions du droit des cartels (cf. art. 1 LCart). Peu importe que l'entreprise se soit rendue dépendante en connaissant les risques importants ou qu'elle n'ait pas fait preuve de la diligence requise. Dans les deux cas, la protection offerte par les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif ne devrait pas s'appliquer.

455. L'applicabilité des dispositions sur l'abus de pouvoir de marché relatif selon l'art. 7 LCart présuppose donc que la dépendance n'est pas due à la propre faute de l'entreprise présumée dépendante.

456. En l'espèce, il a déjà été établi que la dépendance de Payot envers Madrigall est provoquée en premier lieu par les caractéristiques propres au produit, qui rendent son remplacement, respectivement l'arrêt de sa vente insoutenable pour un libraire généraliste romand (N 414 ss).

457. Cette dépendance ne découle pas non plus de choix commerciaux – et *a fortiori* de risques pris par Payot – dès lors que la commercialisation de livres Madrigall est inhérente à l'activité d'un libraire généraliste romand et qu'il n'existe pas de source d'approvisionnement praticable autre que le système de distribution officiel de Madrigall, à tout le moins pour les volumes concernés par les activités de Payot.

⁵⁰⁹ A 104, I. 196 ss.

⁵¹⁰ A 198, N 457 ss.

⁵¹¹ A 219, p. 2 s. des Notes de plaidoirie de Madrigall.

⁵¹² A 198, N 466.

⁵¹³ A 1, p. 66 et A 16, annexe 10.

⁵¹⁴ Cf. à ce sujet KAUFMANN (n. 467), sic! 2022, 186 ss.; MAMANE (n. 432), SZK 2022, 62 s.; ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 23 ss.

⁵¹⁵ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4722 ch. 6.1.

458. Il est donc retenu que Payot ne s'est pas mise dans une situation de dépendance relative par sa propre faute. En particulier, les reproches de Madrigall à Payot d'avoir provoqué l'ouverture de la présente enquête en court-circuitant des négociations en cours et à un stade encore peu avancé de celles-ci ne sauraient remettre en question le rapport de dépendance de Payot envers Madrigall.⁵¹⁶ Quant à la question des alternatives à disposition de Payot et des efforts que cette dernière aurait dû déployer pour trouver des alternatives raisonnables, elle ne concerne pas, comme l'avance Madrigall⁵¹⁷, une éventuelle faute de Payot, mais bien plutôt l'analyse du rapport de dépendance (cf. N 403 ss).

C.5.1.4 Résultat de l'examen

459. Comme il l'a été démontré ci-dessus, Payot ne dispose pas d'alternatives raisonnables à la relation commerciale directe qu'elle entretient avec Madrigall. Même si Payot est un partenaire commercial important de Madrigall dans la mesure où elle est l'un des plus importants libraires de Suisse romande, ce poids est tout relatif dans la mesure où le groupe Madrigall doit être considéré au niveau global et que de nombreuses autres entreprises distribuent des livres Madrigall en Suisse (libraires indépendants, FNAC Suisse, supermarchés, ventes en ligne, etc.). Par ailleurs, Madrigall n'a, pour autant que l'on puisse en juger, jamais répondu sérieusement aux exigences de Payot (p. ex. concernant des prix d'achat plus bas).

460. Il est donc retenu que Madrigall a un pouvoir de marché relatif envers Payot. Payot est dépendante de Madrigall en matière de demande de livres Madrigall, et elle ne dispose d'aucune possibilité raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises.

C.5.2 Pratiques illicites

C.5.2.1 Remarques préliminaires

461. Avec l'introduction du pouvoir de marché relatif, les entreprises ayant un tel pouvoir au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart sont désormais également soumises au contrôle des abus sur la base de l'art. 7 LCart. Ainsi, la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart a été élargie dans la mesure où elle s'applique désormais non seulement aux entreprises ayant une position dominante, mais également aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. En outre, la liste des exemples d'abus figurant à l'art. 7 al. 2 LCart a été complétée par un nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart. Selon cette disposition, « *la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger* » constitue également une pratique illicite.

462. La LCart n'interdit pas une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif, mais uniquement son abus.⁵¹⁸ Selon la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, les entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif se comportent de façon illicite 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. On distingue les abus prenant la forme de pratiques d'entraves de ceux prenant la forme de pratiques d'exploitation ou de désavantages. Une classifica-

tion claire n'est pas possible dans tous les cas, car les pratiques commerciales d'entreprises dominantes, respectivement qui ont un pouvoir de marché relatif, peuvent à la fois constituer une entrave et une exploitation.⁵¹⁹

463. Il y a *entrave abusive* lorsque d'autres entreprises (en général des concurrents actuels ou potentiels, mais potentiellement aussi d'autres acteurs du marché) sont entravées dans leur accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci. Il importe peu que l'entrave se produise sur le marché où l'entreprise a une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif ou sur un marché situé en amont ou en aval. Les pratiques d'entrave abusives englobent donc tous les comportements d'une entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif s'écarter d'une concurrence loyale au niveau des prestations, qui sont dirigés contre des concurrents ou des partenaires commerciaux (actuels ou potentiels) et qui limitent leurs possibilités d'action sur le marché dominé ou sur un marché voisin.⁵²⁰

464. Dans le cas d'un abus prenant la forme d'une pratique d'*exploitation*, c'est l'autre partie au marché (c'est-à-dire les fournisseurs ou les clients de l'entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif) qui est désavantagée, par exemple en se voyant imposer des conditions commerciales, des prix ou des produits non souhaités qui relèvent de l'exploitation. L'abus sous la forme d'une pratique d'exploitation se caractérise par la recherche – par l'entreprise ayant une position dominante, respectivement un pouvoir de marché relatif – d'avantages économiques en portant atteinte aux intérêts des partenaires commerciaux et des consommateurs en profitant de sa position dominante, respectivement de son pouvoir de marché relatif sur le marché.⁵²¹

465. D'autres critères permettent en outre de déterminer l'existence d'un abus, comme l'intention d'entraver ou d'évincer, l'affaiblissement de la compétitivité, la non-concurrence en matière de prestations ou la pesée des intérêts axée sur l'objectif de la loi.⁵²²

⁵¹⁶ A 148, p. 8 s; sur la question des négociations, cf. également section B.4.2.

⁵¹⁷ A 198, N 471 ss.

⁵¹⁸ TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1.1, *Supermédia*.

⁵¹⁹ ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564; ZÄCH/SCHRANER/STÄUBLE, in: SIWR V/2 (n. 71), N C.173 ss; CR Concurrence-CLERC (n. 70), art. 7 I N 91 ss.

⁵²⁰ ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.1 (et les références citées), *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564.

⁵²¹ ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*; ATF 139 I 72, consid. 10.1.1 (et les références citées), *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 564.

⁵²² ATF 139 I 72, consid. 8.2.3 et consid. 10.1.2, *Publigroupe*; DPC 2016/1, 123 N 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 71), art. 7 N 86 et 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (éd.), 2007, art. 7 N 6.

466. Le législateur a établi à l'art. 7 al. 2 LCart une liste exemplative de comportements destinée à illustrer ou à concrétiser l'alinéa 1. Les états de fait de l'art. 7 al. 2 LCart ne constituent toutefois pas forcément un comportement illicite; il faut toujours que les critères de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart soient également remplis pour qu'il y ait un abus.⁵²³

467. Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué à plusieurs reprises⁵²⁴, il convient de déterminer au cas par cas, à l'aide d'un double examen, si l'on est en présence d'un comportement illicite, soit d'un abus: dans un premier temps, il convient d'identifier les distorsions de concurrence (c'est-à-dire l'entrave ou le désavantage d'acteurs du marché), et notamment d'examiner si un comportement listé à l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave ou un désavantage. Dans un second temps, il convient d'examiner les éventuels motifs justificatifs (*legitimate business reasons*). Il y a comportement illicite lorsqu'il n'existe pas de raison objective pour le désavantage (ou l'exploitation), ou pour l'entrave concernée.⁵²⁵ De tels motifs existent notamment lorsque l'entreprise concernée peut s'appuyer sur des principes commerciaux (p. ex. l'exigence de la solvabilité du partenaire contractuel). Peuvent constituer d'autres raisons objectives par exemple l'évolution de la demande, les économies de coûts, les simplifications administratives, les coûts de transport et de distribution ou encore des raisons techniques.⁵²⁶

468. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse basée sur les effets pour prouver les distorsions de concurrence.⁵²⁷ Il est nécessaire, mais aussi suffisant, de prouver les *potentiels* effets négatifs sur la concurrence.⁵²⁸ Il n'est donc pas nécessaire de démontrer la survenance du résultat problématique lui-même, c'est-à-dire l'avènement effectif d'une distorsion de la concurrence, mais seulement (et impérativement) « le risque de survenance du résultat problématique ».⁵²⁹ Selon le Tribunal fédéral, il s'agit en d'autres termes, d'un « état de fait de mise en danger ».⁵³⁰ En soulignant dans le même arrêt que « le caractère abusif (y compris la restriction de la concurrence) de la pratique litigieuse est établi sur la base de l'analyse du cas d'espèce », le Tribunal fédéral a également précisé que « le risque de survenance du résultat problématique » doit être démontré dans le cas concrètement examiné.⁵³¹

469. Il faut ainsi démontrer que, dans le cas d'espèce, le comportement de l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif crée un risque concret, et non simplement théorique, de distorsion de la concurrence.⁵³²

C.5.2.2 Limitation de la possibilité de se procurer à l'étranger des biens aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 7 al. 2 let. g LCart)

470. Selon l'art. 7 al. 1 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. L'art. 7 al. 2 LCart dresse une liste exemplative de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, dans

la mesure où ils ne sont pas justifiés par un intérêt commercial légitime. Cette liste a été complétée, à l'occasion de la dernière modification de la LCart, par un nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart (introduit parallèlement à la notion de pouvoir de marché relatif, mais s'appliquant également aux positions dominantes « ordinaires »). Selon cette nouvelle disposition, est réputé illicite, pour une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif, la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse ou à l'étranger. La disposition vise à combattre l'îlot de cherté qu'est la Suisse et à poursuivre en tant qu'abus les états de fait unilatéraux et intragroupes menant à un cloisonnement territorial.⁵³³ Le but est ainsi d'éviter qu'une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif applique aux autres entreprises, respectivement aux entreprises qui dépendent d'elle, le fameux surcoût suisse (« Zuschlag Schweiz »).⁵³⁴

471. A relever que dans deux arrêts rendus peu avant l'entrée en vigueur des nouveaux art. 4 al. 2^{bis} et 7 al. 2 let. g LCart concernant le premier cas des livres en français,⁵³⁵ le Tribunal fédéral a explicitement indiqué dans un *obiter dictum* que la pratique de certains groupes commerciaux consistant à refuser d'approvisionner les clients et entreprises suisses, aux prix et aux conditions commerciales en vigueur à l'étranger, et à les renvoyer vers leurs filiales suisses pour qu'ils achètent aux conditions et aux prix (plus élevés) pratiqués dans ce pays, si elle ne constitue pas forcément un accord au sens de la LCart, pouvait tout de même être proscrite par cette

⁵²³ ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 8.2.2, *Publigroupe*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*; Message (n. 435), FF 1995 I 472, 565.

⁵²⁴ TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1, *Supermédia*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵²⁵ ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*; ATF 139 I 72 104 consid. 10.1.2 et les références citées, *Publigroupe*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, *Hallenstadion*.

⁵²⁶ ATF 139 I 72 consid. 10.1.2 et les références citées, *Publigroupe*; ATF 146 II 217 consid. 4.2, *ADSL II*.

⁵²⁷ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, *DCC*, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.3, *Hallenstadion*.

⁵²⁸ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.3, *DCC*, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.1, *Hallenstadion*.

⁵²⁹ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, *DCC*.

⁵³⁰ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, *DCC*.

⁵³¹ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, *DCC*, avec renvoi à l'ATF 146 II 217 consid. 4.1, *ADSL II*.

⁵³² Voir aussi TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 1202 ss, *DCC*; COMCO, 6.12.2021, N 670 et 675, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (19.12.2023). Le droit européen va dans la même direction. Voir, à titre d'aperçu et avec de nombreuses références jurisprudentielles, LINSEY MCCALLUM/INGE BERNARTS/MASSIMILIANO KADAR ET AL., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 s. Les « potential effects » sont nécessaires, mais aussi suffisants. De simples « hypothetical effects » ne sont pas encore suffisants, tandis que des « actual anticompetitive effects » ne sont pas nécessaires. Lors de cette évaluation, il convient de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce.

⁵³³ ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 34 s.

⁵³⁴ HAKTANIR (n. 475), N 402.

⁵³⁵ Ce cas avait été traité sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart.

dernière, le Tribunal fédéral mentionnant par ailleurs la nouvelle modification de la LCart. Plus concrètement, selon le Tribunal fédéral, « [l]a nouvelle disposition [...] doit faciliter la lutte contre les discriminations de prix en permettant aux autorités de la concurrence, ainsi qu'aux entreprises acheteuses, d'engager plus facilement des procédures contre certains grands groupes commerciaux, qui peuvent cloisonner le marché suisse en échappant aux règles de l'art. 5 LCart en raison du privilège de groupe ».⁵³⁶

472. Les éléments constitutifs de la limitation de la possibilité de se procurer à l'étranger des biens aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche au sens de l'art. 7 al. 2 let. g en lien avec l'al. 1 LCart sont réunis si, outre le pouvoir de marché relatif (N 387 ss), les éléments constitutifs suivants sont remplis cumulativement:

- biens ou services proposés en Suisse et à l'étranger;
- limitation des possibilités d'approvisionnement aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche;
- caractère abusif de la limitation (au sens de l'art. 7 al. 1 LCart);
- absence de motifs justificatifs objectifs justifiant la pratique.

Ces différentes conditions sont examinées ci-dessous (N 475 ss).

473. MAMANE propose une condition indépendante supplémentaire dans le sens d'un essai d'approvisionnement à l'étranger par l'entreprise dépendante.⁵³⁷ La question de savoir si ce point devrait effectivement constituer une condition séparée peut rester ouverte en l'espèce. En effet, et comme cela ressort des faits, Payot a immédiatement débuté des négociations dès l'entrée en vigueur en Suisse des nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif le 1^{er} janvier 2022 (N 111 ss). Le but était non seulement de demander l'ouverture d'un compte en France, mais également d'exiger de disposer de conditions équivalentes à celles dont bénéficient les enseignes françaises comparables. Par ailleurs, Payot était dans l'impossibilité de se tourner vers des offreurs alternatifs (N 171 ss). Partant, que cette condition indépendante supplémentaire soit nécessaire ou non, elle est de toute manière donnée en l'espèce.

474. A noter que la nouvelle disposition légale n'aménage pas un droit à la livraison en Suisse; le retrait doit se faire à l'étranger, au prix et aux conditions y prévalant.⁵³⁸

C.5.2.2.1 Biens ou services proposés en Suisse et à l'étranger

475. Le même bien (ou service) doit en premier lieu être proposé tant en Suisse qu'à l'étranger. Si la question de la différenciation des produits peut théoriquement se poser, cela n'est pas le cas en l'espèce, étant donné que les mêmes livres Madrigall – soit les produits concernés par l'enquête (N 7) – sont vendus en Suisse et en France.⁵³⁹

476. Partant, il est incontesté que les livres édités et/ou diffusés par Madrigall sont vendus aux clients finaux tant

en Suisse qu'à l'étranger, et en particulier en France. Il en va de même au niveau « wholesale »: les ouvrages sont vendus aux revendeurs – en l'occurrence aux libraires – tant en Suisse (à travers E5F et l'OLF) qu'à l'étranger, et particulièrement en France (à travers DLM/la SODIS et l'UD). Il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur ce point, et cet élément constitutif est donné.

C.5.2.2.2 Limitation des possibilités d'approvisionnement aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche

477. Lorsque, comme en l'espèce, la limitation présumée prend la forme de prix plus élevés pour l'acquéreur suisse, les éléments constitutifs doivent être examinés comme suit. Premièrement, le prix du marché et les conditions usuelles de la branche à l'étranger doivent être établis. Ensuite, il s'agit d'examiner si la possibilité d'un acquéreur (suisse) de se procurer les biens ou services concernés aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, à l'étranger, est limitée. Dans le cas d'espèce et plus concrètement, il conviendra ainsi d'examiner ci-après quels sont les prix du marché et les conditions usuelles de la branche en France concernant l'acquisition de livres Madrigall en vue de leur revente, avant d'analyser dans un second temps si Madrigall a effectivement limité les possibilités de Payot de s'approvisionner en France à ces prix et conditions.

478. Cet ordre d'examen n'est pas absolu. Selon les circonstances, il pourrait être plus aisé d'amorcer l'examen par celui de la limitation, avant de déterminer – le cas échéant – si les conditions d'approvisionnement correspondent au prix du marché et aux conditions usuelles de la branche. Toutefois, dans le cas d'espèce, la question centrale porte davantage sur les prix qu'obtiendrait Payot en cas d'approvisionnement direct en livres Madrigall en France. Il paraît ainsi logique d'examiner en premier lieu si les prix correspondent bien aux prix du marché en France.

479. Dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, le prix du marché à l'étranger doit être compris comme le prix que paierait un acheteur étranger à l'étranger, en l'occurrence un revendeur de livres français en France, pour obtenir la prestation ou le produit concerné, soit les livres Madrigall. La détermination du prix du marché peut toutefois s'avérer délicate, car les prix pratiqués peuvent être influencés par de nombreux facteurs: les volumes concernés, des négociations, des conditions individualisées, etc.⁵⁴⁰ Dans le cas d'espèce toutefois, la détermination du prix du marché est transparente vu qu'elle fait l'objet d'un calcul standardisé fixé dans des CGV et des conditions commerciales, comme cela a été décrit et documenté sous N 107 ss, et plus précisément sous N 202 ss.

⁵³⁶ ATF 148 II 25 consid. 7.3 et 7.4, *Dargaud*; ATF 148 II 521 consid. 6.2.6 et 6.2.7, *Diffulivre*.

⁵³⁷ MAMANE, SZK 2022 (n. 244), 64.

⁵³⁸ ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 2 ss.

⁵³⁹ HAKTANIR (n. 475), N 414.

⁵⁴⁰ HAKTANIR (n. 475), N 448.

480. Ainsi, les prix pratiqués par Madrigall partent des PPHT fixés pour chaque livre de manière unilatérale par Madrigall (en France, le libraire sera ensuite légalement obligé de vendre les ouvrages en question au consommateur final à ces prix) et auxquels sont appliquées un certain nombre de remises prévues par des conditions commerciales, document standard dont il existe deux exemplaires: un pour les livres du périmètre Gallimard, l'autre pour le périmètre Flammarion (N 208 ss). Ces conditions commerciales, qui se fondent sur la loi Lang et le protocole Cahart, constituent les documents standards utilisés par Madrigall pour déterminer le prix d'achat des livres Madrigall par les librairies, étant précisé que certaines conventions particulières peuvent être négociées individuellement en sus.⁵⁴¹ Les conditions commerciales reflètent donc le prix, ou plutôt le mécanisme de fixation du prix du marché des livres Madrigall en France.

481. Schématiquement et tant pour le périmètre Gallimard que pour le périmètre Flammarion, les remises sur le PPHT se construisent comme suit (N 211 s.):

1. remise de base ([...] % pour les deux périmètres);
2. remises qualitatives/sur des critères qualitatifs (environ [...] % au maximum pour le périmètre Gallimard et [...] % pour le périmètre Flammarion);
3. remises quantitatives ([...] % au maximum pour le périmètre Gallimard et [...] % pour le périmètre Flammarion).

482. A condition d'en remplir les critères qualitatifs et quantitatifs, les libraires français peuvent obtenir des remises maximales de [...] %, tant sur le périmètre Gallimard que sur le périmètre Flammarion.

483. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance en substance qu'il n'y aurait pas de « prix du marché » au sens de l'art. 7 al. 2 let. g LCart dans le cas d'espèce en raison de la réglementation du prix du livre en France.⁵⁴² Cette argumentation ne saurait être suivie. Comme relevé sous N 108 s. et N 366 ss, la loi Lang et le protocole Cahart prévoient certes un mécanisme particulier de détermination du prix, vu qu'elles imposent aux groupes éditoriaux de fixer en premier lieu le prix « retail » avant d'y appliquer des remises qualitatives et quantitatives. Toutefois, tant le PPHT que les critères exacts d'application des remises sur le PPHT et surtout leur hauteur sont pour l'essentiel fixés librement par Madrigall (cf. N 82 ss pour le fonctionnement détaillé de la réglementation française).

484. Il est ainsi établi qu'en ce qui concerne les prix « wholesale », les prix du marché usuels pour les livres Madrigall en France sont fixés selon les conditions commerciales Gallimard, respectivement Flammarion, et peuvent aller jusqu'à une remise maximale de [...] % sur les prix PPHT français, sachant que de manière générale, les remises accordées par Madrigall aux libraires français sont comprises entre [...] et [...] % du PPHT, une remise de [...] % étant même un minimum dans la mesure où le libraire remplit un certain nombre de conditions (N 210).

485. En ce qui concerne les conditions usuelles de la branche, celles-ci peuvent se refléter dans des condi-

tions-cadres telles que des conditions générales de vente s'appliquant à de nombreux acheteurs.⁵⁴³

486. Dans le cas d'espèce, il a été établi que les CGV de Madrigall applicables en France, tant en ce qui concerne le périmètre Gallimard que le périmètre Flammarion, prévoient un droit de retour et un délai de paiement de [...] jours, et que ces pratiques correspondent aux conditions usuelles de la branche en France (N 203 ss).

487. Il faut ensuite que l'entreprise dépendante ait été limitée, par l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, dans sa possibilité de s'approvisionner aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche à l'étranger. Concernant ce second point, il est relevé que la limitation au sens de l'art. 7 al. 2 let. g LCart peut prendre diverses formes: l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peut par exemple simplement refuser de donner suite à une tentative d'approvisionnement à l'étranger de l'entreprise dépendante (le cas échéant, en la redirigeant vers sa filiale suisse). L'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peut également accepter, sur le principe, un approvisionnement direct à l'étranger, mais à un prix plus élevé et/ou à des conditions commerciales dégradées par rapport à ce dont bénéficierait un acheteur indigène.⁵⁴⁴

488. En l'espèce, le principe d'un approvisionnement direct en France demandé par Payot a été accepté par Madrigall (N 113, 122 et 128). Cette dernière refuse toutefois d'appliquer à Payot les critères et taux de remises dont bénéficient les revendeurs français et qui ont été détaillés ci-dessus. Ainsi, si les conditions exactes dont bénéficierait Payot en cas d'approvisionnement direct n'ont pas encore été définitivement fixées, il est en revanche établi que le taux de remise maximal qu'obtiendrait Payot dans un tel scénario irait d'un minimum garanti de [...] % et jusqu'à [...] % du PPHT français (N 122, 128 et 236). Ainsi, si Payot devait satisfaire à l'intégralité des critères qualitatifs et quantitatifs contenus dans les conditions commerciales du périmètre concerné (Gallimard ou Flammarion), la remise commerciale maximale qu'elle obtiendrait sur le PPHT serait de [...] %, contre une remise commerciale de maximum [...] % pour une librairie française satisfaisant aux mêmes critères. En d'autres termes, le prix d'achat de Payot en approvisionnement direct, si elle bénéficiait de sa remise maximale théorique, serait [10–20] % plus élevé que celui d'une enseigne française équivalente à Payot. Même si la remise moyenne théorique pour Payot devait être de [...] %, le prix d'achat de Payot serait toujours au moins plus de [5–15] % plus élevé.

⁵⁴¹ A 104, N 231 ss.

⁵⁴² A 198, N 478 ss.

⁵⁴³ HAKTANIR (n. 475), N 443.

⁵⁴⁴ HAKTANIR (n. 475), N 65.

489. Plusieurs fois au cours de la procédure, Madrigall a reproché aux autorités de la concurrence d'intervenir à un stade précoce des négociations. Le taux de remise commerciale maximum de [...] % ne constituerait qu'une base de négociations selon Madrigall.⁵⁴⁵ Toutefois et contrairement aux points touchant au droit de retour et au délai de paiement, Madrigall n'a jamais ne serait-ce qu'évoqué la possibilité, sur le principe, de rediscuter la remise maximale théorique qu'elle accorderait à Payot (N 136 s.).⁵⁴⁶ Madrigall justifiera encore spontanément cette différence de [5–15] points de pourcentage ([...] % contre [...] %, N 237) dans un envoi du 21 juin 2023, soit de nombreux mois après la dénonciation de Payot, en expliquant qu'elle correspondait effectivement aux coûts supplémentaires spécifiques à Payot. Partant et vu l'absence de volonté de Madrigall de discuter du taux de remise maximale théorique, le reproche porté aux autorités de la concurrence est infondé et la remise maximale théorique de [...] % proposée par Madrigall à Payot dans le cadre d'un approvisionnement en direct constitue bien la position fixe de Madrigall, et non un simple chiffre articulé en vue de lancer des négociations (comme il l'a été exposé au N 136 ss sur l'historique des négociations, où il est notamment rappelé que ce n'est qu'à l'occasion de sa prise de position du 10 juin 2024 que Madrigall a évoqué que Payot pourrait obtenir une remise supérieure à [...] % si elle remplissait les critères qualitatifs et quantitatifs y relatifs⁵⁴⁷).

490. La remise commerciale maximale théorique proposée par Madrigall à Payot en cas d'approvisionnement direct étant substantiellement en deçà de celle dont bénéficierait Payot si elle était une enseigne française, il est ainsi établi que Madrigall limite la possibilité de Payot de s'approvisionner, en France, en livres Madrigall, au prix du marché français et aux conditions usuelles de la branche en France.

491. Tout écart entre le prix du marché à l'étranger et celui appliqué par une entreprise à une autre entreprise qui lui est dépendante n'est cependant pas illicite en soi. Certains surcoûts, liés par exemple à l'envoi de marchandises en Suisse ou au risque d'encaissement, pourraient être admissibles à certaines conditions.⁵⁴⁸ Au niveau méthodologique, la question se pose toutefois de savoir si l'analyse de ces surcoûts potentiels devrait – le cas échéant – s'effectuer lors de l'analyse de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, ou si la mise à la charge de l'acquéreur de tels surcoûts poursuit un intérêt économique objectif (« *legitimate business reason* »). La première approche semble plus adaptée aux cas simples, par exemple dans le cadre de la vente d'un produit spécifique pour laquelle est exigée, en plus du prix à l'étranger, une somme supplémentaire correspondant précisément aux frais de douane.⁵⁴⁹ En l'espèce toutefois, les surcoûts invoqués par Madrigall (N 229 ss) sont de natures diverses et ont plutôt trait à la relation commerciale entre Madrigall et Payot dans son ensemble. Pour cette raison, ces surcoûts seront analysés sous l'angle du caractère abusif (N 493 ss) en ce qui concerne leur légitimité à être mis à la charge de Payot.

492. En ce qui concerne ensuite le droit de retour et l'échéance de paiement à [...] jours, ces deux aspects ont été acceptés par Madrigall sur leur principe, mais doivent encore être concrétisés. Il ne peut donc, en

l'état, pas (encore) être retenu de limitation. Ce serait toutefois le cas si ces deux aspects étaient finalement refusés par Madrigall, respectivement acceptés à des conditions ou modalités plus restrictives que celles dont bénéficient les libraires français sans justification.

C.5.2.2.3 Caractère abusif de la limitation au sens de l'art. 7 al. 1 LCart

493. Comme évoqué précédemment (N 461 ss), l'analyse d'un éventuel abus de pouvoir de marché relatif correspondant à l'un des états de fait mentionnés à l'art. 7 al. 2 LCart doit également comprendre l'examen des critères de l'art. 7 al. 1 LCart.

494. Les pratiques tombant sous l'art. 7 al. 2 let. g LCart constituent en principe plutôt une pratique d'exploitation, respectivement de désavantage de partenaires commerciaux, en ajoutant au prix de vente étranger plus bas le fameux « Zuschlag Schweiz ». ⁵⁵⁰ C'est précisément le cas en l'espèce vu que, comme retenu ci-dessus (N 481 ss), Madrigall impose à Payot un prix d'achat plus élevé d'environ [5–15] à [10–20] % par rapport aux enseignes françaises, en motivant ces surcoûts par le fait que Payot est une librairie suisse.

495. Toutefois et comme déjà relevé (N 491), toute différence de prix imposée par une entreprise étrangère à une entreprise suisse par rapport à une entreprise française n'est pas toujours illicite. Sont ainsi admissibles, de manière générale, les surcoûts effectifs directement imputables au caractère transfrontalier de la transaction concernée (ou des transactions concernées), dans la mesure où ils sont justifiés et démontrables.⁵⁵¹ Il sera analysé ci-après si et dans quelle mesure les surcoûts invoqués par Madrigall sous le titre B.5.2 et examinés sous le titre B.5.3 peuvent être mis à la charge de Payot.

I. Les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé

496. En premier lieu, il sied de relever qu'il est légitime que la part des surcoûts – et seulement des surcoûts – liés aux activités nécessaires de diffusion que Madrigall déploie pour Payot en Suisse (par rapport aux coûts liés aux activités de diffusion que Madrigall déploie pour les enseignes françaises en France) soit supportée par Payot. Comme relevé en fait, la diffusion est une obligation légale imposée aux éditeurs français. Elle doit être considérée comme faisant partie des conditions usuelles

⁵⁴⁵ A 39, N 53 ss; A 148, p. 8.

⁵⁴⁶ Les déclarations fréquentes et dans un style pas toujours très heureux du directeur de Payot dans différents médias au cours de l'enquête, si elles ne favorisent certes pas la tenue de négociations sereines et productives, n'auraient toutefois pas empêché de telles négociations.

⁵⁴⁷ A 198, N 214.

⁵⁴⁸ HAKTANIR (n. 475), N 449; ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 37.

⁵⁴⁹ Dans ce sens également, ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Hors Liste*, qui nomme explicitement les frais de distribution comme potentiels motifs objectifs.

⁵⁵⁰ Dans ce sens également, HAKTANIR (n. 475), N 474.

⁵⁵¹ Dans ce sens également, HAKTANIR (n. 475), N 449.

de la branche. La perception d'un tel supplément dans le cas d'espèce correspond toutefois à une situation exceptionnelle, qui n'est admise qu'en lien avec la situation particulière du cas d'espèce et en raison notamment de l'obligation légale de diffusion envers les auteurs.

497. En ce qui concerne le montant des surcoûts liés à la diffusion que Payot occasionne par rapport à un libraire français comparable, il a été établi que ceux-ci représentent au maximum [0–10] % du CA PPHT annuel (N 295 ci-dessus), soit environ € [...], en raison des coûts du travail plus élevés en Suisse qu'en France.

498. Partant, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise et en tenant compte du fait que le cas d'espèce est très particulier, un taux de remise au maximum de [0–10] points de pourcentage inférieur à celui qu'obtiendrait un libraire français semblable selon les conditions commerciales applicables en France ne serait pas considéré comme illicite. A l'inverse, toute diminution supplémentaire du taux de remise octroyée à Payot serait abusive.

II. Les coûts liés à la garantie du risque de crédit

499. Comme retenu en fait (N 312), Madrigall n'a pas démontré qu'il y a effectivement des surcoûts par rapport aux libraires français ni que les instruments de couverture du risque de crédit prévus en France seraient exclus ou du moins impraticables dans le cas de Payot. En outre, Madrigall n'a pas non plus démontré que pour les pays étrangers à la France autres que la Suisse, le risque en question faisait l'objet d'un financement supplémentaire par le biais du taux de remise.

500. Par ailleurs, Madrigall n'a pas démontré que les € [...] réclamés sous ce poste constituent des réels surcoûts et pourquoi d'autres mesures (telles que la réserve de propriété prévue dans les CGV françaises de Madrigall) ne seraient pas être praticables (cf. N 303 ss)

501. Enfin, même si des surcoûts *ad hoc* devaient survenir en lien avec la garantie du risque de crédit ces surcoûts devraient dans un premier temps être justifiés par Madrigall, puis faire l'objet d'une facturation séparée et spécifique. Tenir compte de ces éventuels surcoûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif.

III. Les coûts additionnels Service Relation Clients et Recouvrement

502. Comme constaté en fait (N 313 ss), ces frais sont couverts en ce qui concerne les libraires français par le chiffre d'affaires que Madrigall réalise avec eux. Madrigall échoue toutefois à démontrer que les spécificités helvétiques entraîneraient pour Payot l'équivalent [...], *en plus* de l'activité causée à ce titre par un libraire français concerné par les mêmes volumes. Même dans l'éventualité très peu probable que des connaissances spécifiques supplémentaires liées à l'environnement suisse soient nécessaires – étant entendu que Madrigall est déjà présente en Suisse depuis plusieurs dizaines d'années –, l'acquisition de ces connaissances n'entraînerait le cas échéant que des coûts initiaux et marginaux, qui devraient dans tous les cas faire l'objet d'une facturation séparée et spécifique. Également ici,

tenir compte de ces éventuels coûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif.

IV. Les coûts liés à la démutualisation du dépôt OLF sur les commissions de distribution

503. Madrigall a ici fait valoir qu'en cas d'approvisionnement direct, si Payot devait réduire voire supprimer le volume des prestations effectuées par l'OLF, cela entraînerait une augmentation des commissions que l'OLF facturerait pour le flux hors Payot (N 319).

504. Les suites financières d'un passage à un approvisionnement direct par Payot correspondraient le cas échéant à un processus naturel du marché, étranger aux critères dont le droit de la concurrence doit tenir compte.

505. Accepter – en déduction du taux de remise qui serait octroyé à Payot – de quelconques coûts liés à une hypothétique démutualisation du dépôt de l'OLF serait injustifié et arbitraire. En d'autres termes et également ici, tenir compte de ces éventuels coûts en tant que diminution du taux de remise de Payot serait abusif. Comme déjà démontré (cf. N 321 s.), les commissions totales payées par Madrigall diminueraient de toutes façons si Payot basculait en approvisionnement direct.

V. La perte sur les retours

506. Ce point a été examiné en fait (N 323 ss). Il en ressort, sur la base des chiffres concernant les retours de Payot en 2022 et de la part de retours non réintégrables quantifiée par Madrigall qu'un surcoût d'environ € [...] pourrait se justifier sur la base des ouvrages pilonnés, qui sont en principe plus nombreux en ce qui concerne les livres vendus à des libraires suisses en raison de l'étiquetage des prix suisses (le PPHT français étant quant à lui imprimé directement sur les livres). Ces € [...] correspondent à environ [0–10] % des € [...] millions de CA PPHT réalisé par Madrigall avec Payot en 2022 (cf. N 245).

507. Toute diminution du taux de remise de Payot au-delà de [0–10] % serait donc abusive à ce titre.

VI. Conclusion intermédiaire

508. En résumé, certains surcoûts spécifiques – liés à la diffusion en Suisse et aux pertes sur retours – ont été démontrés à suffisance par Madrigall et peuvent être mis à la charge de Payot sous la forme d'une diminution du taux de remise qui lui serait octroyée. Ce surcoût exceptionnellement admissible en l'espèce équivaut à une somme annuelle totale d'environ € [...] sur la base de chiffres actuels (contre environ € [...] selon l'offre actuelle de Madrigall, N 240), soit environ [0–10] %⁵⁵² (contre [5–15] à [10–20] % selon l'offre actuelle de Madrigall) de plus qu'un libraire français.

⁵⁵² Qui équivaut à la différence entre ce que paierait, en pourcentage du PPHT, un libraire français obtenant la remise maximale théorique de [...] %, et ce que paierait, également en pourcentage du PPHT, Payot si elle bénéficiait d'une remise maximale moins élevée de [0–10] points de pourcentage qu'un libraire français, soit (€ [...] millions-€ [...] millions)/€ [...] millions] x 100=[0–10] %. Un résultat semblable est obtenu en comparant les prix d'achat avec une remise moyenne théorique de [...] % avancé par Madrigall et une remise de [...] % ([...]) admissible dans ce cas.

509. Madrigall fait valoir que la différence entre le rabais proposé à Payot ([...] %) et le rabais théorique réduit des surcoûts admissibles selon la Proposition du Secrétariat ([...] % de surcoûts admissibles) n'est que de [0–10] points de pourcentage, ce qui serait trop peu pour qu'il y ait abus ou qu'il en résulte un effet dommageable sur la concurrence. Pour qu'il y ait abus au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, il faudrait qu'il y ait une atteinte à la concurrence.⁵⁵³ Sur ce point, Madrigall semble s'appuyer sur le passage suivant du Message: « *[u]n écart de prix mineur pour un facteur de coût négligeable pour l'entreprise ne suffit pas, par exemple. Les cas d'exploitation abusive ne sont pas visés* ».⁵⁵⁴

510. En premier lieu, les chiffres mentionnés par Madrigall sont trompeurs. Ce qui est pertinent pour Payot, ce sont finalement les prix d'achat qui résultent de la différence entre le CA PPHT et les remises. La remise maximale possible de [...] % fixée par Madrigall pour Payot entraîne des coûts d'achat supérieurs de [5–15] % (par rapport à la remise de [...] %) à [10–20] % (par rapport à la remise de [...] %).⁵⁵⁵ De telles différences peuvent difficilement être qualifiées de « *minimes* ». De plus, le prix d'achat des livres de Madrigall n'est en aucun cas un facteur de coût négligeable pour Payot. Par ailleurs, il convient de souligner que, selon la volonté du législateur, l'art. 7 al. 2 let. g LCart – contrairement à la proposition initiale du Conseil fédéral selon le Message – couvre non seulement l'abus d'entrave mais aussi l'abus d'exploitation. En cas d'existence d'un « *Zuschlag Schweiz* », il faudrait même typiquement se baser sur un abus d'exploitation. L'importance de la différence de prix ne devrait pas être déterminante à cet égard, et même les petits désavantages des demandeurs suisses par rapport à l'étranger doivent être considérés comme des restrictions de la concurrence.⁵⁵⁶ Les seuils de *minimis* pour les cas mineurs, comme le demande Madrigall au moins implicitement, ne trouvent aucun appui dans le texte, l'historique ou l'esprit de l'art. 7 al. 2 let. g.⁵⁵⁷ Enfin, il ne peut être exclu que Payot soit entravée dans l'exercice de la concurrence vis-à-vis de sa principale concurrente (FNAC Suisse), celle-ci pouvant se procurer les livres de Madrigall à des conditions plus avantageuses (cf. au sujet de FNAC N 140 ss). Les arguments de Madrigall doivent donc être rejetés.

511. Les éventuels autres frais uniques et ponctuels qui seraient engendrés par le passage de Payot à un approvisionnement direct ne sauraient par ailleurs constituer une diminution de la remise octroyée à Payot, que cela soit une diminution unique ou régulière. Ces frais, s'ils existent, doivent être réglés dans le cadre des relations contractuelles bilatérales entre Payot et Madrigall.

512. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall critique le fait que la COMCO deviendrait une autorité de régulation des prix (du livre dans la relation « *wholesale* » entre l'éditeur français et le libraire suisse), alors que le Tribunal fédéral aurait récemment rappelé que le but de la LCart n'est pas de faire de la régulation des prix. En outre, Madrigall cite le message qui soulignerait également que la non-prise en considération de « *[l']exploitation abusive par les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif [...] permet d'éviter que les autorités en matière de concurrence et surtout les tribunaux (civils) doivent contrôler les prix pour vérifier qu'ils*

sont adéquats »^{558, 559} Comme il sera démontré ci-après, Madrigall ne peut rien déduire de ces arguments en sa faveur.

513. La décision du Tribunal fédéral mentionnée par Madrigall⁵⁶⁰ concerne l'abus de position dominante de Swisscom par l'imposition de prix inéquitable, la discrimination de partenaires commerciaux et l'application d'un ciseau tarifaire. En revanche, la présente enquête porte sur l'abus commis par Madrigall en vertu de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, raison pour laquelle l'arrêt du Tribunal fédéral cité n'est pas pertinent en l'espèce, d'autant plus que le nouvel art. 7 al. 2 let. g LCart était encore loin d'être en vigueur au moment de la décision de la COMCO contre Swisscom à l'époque (2015). Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'art. 7 al. 2 let. c LCart vise précisément le caractère inéquitable des prix pratiqués, alors que la question du caractère inéquitable ne se pose pas dans le cadre de l'art. 7 al. 2 let. g LCart, pour lequel est centrale la comparaison avec les prix à l'étranger.⁵⁶¹

514. Les extraits du message cités par Madrigall ne sont pas non plus pertinents en l'espèce, car, comme déjà mentionné ci-dessus (cf. N 510), le législateur a décidé, lors de l'introduction des dispositions relatives au pouvoir de marché relatif dans la LCart, de tenir compte de l'exploitation abusive, contrairement à la proposition du Conseil fédéral reproduite dans le message. Ceci s'est d'ailleurs fait en pleine connaissance des conséquences possibles, puisque le message indique sans équivoque « *[qu'e]n devant se prononcer aussi bien sur les cas d'entraves abusives que sur les cas d'exploitation abusive, les autorités en matière de concurrence [...] seraient transformés de facto en "services de contrôle des prix"* ».⁵⁶²

515. Les critères de l'art. 7 al. 1 LCart sont donc remplis en l'espèce dans la mesure où en l'état, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise, le pourcentage de remise qui serait obtenu par Payot est de plus de [0–10] points de pourcentage inférieur à celui obtenu par des libraires français comparables, ou, en d'autres termes, engendrerait plus de € [...] de différence avec de tels libraires français comparables.

⁵⁵³ A 198, ch. E.2.3.

⁵⁵⁴ A 198, N 506 et 515.

⁵⁵⁵ En tenant compte des surcoûts admissibles à hauteur de [0–10] % du CA PPHT, les coûts d'acquisition sont plus élevés de [5–15] à [10–20] %.

⁵⁵⁶ HAKTANIR (n. 475), N 591 ss.

⁵⁵⁷ HAKTANIR (n. 475) N 597 ss.

⁵⁵⁸ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4723 ch. 6.1, *Non-prise en considération de l'exploitation abusive*.

⁵⁵⁹ A 198, N 11, 334, 499, 515 ss et 563.

⁵⁶⁰ TF, 2C_698 du 5.3.2024 consid. 7.9, *Swisscom*.

⁵⁶¹ Cf. HAKTANIR (n. 475), N 447.

⁵⁶² Message (n. 432), FF 2019 4665, 4704 s ch. 4.1.2.1, *Conséquences juridiques*; voir aussi 4714 ch. 4.2.3, *Conséquences pour les entreprises* et 4723 ch. 6.1, *Non-prise en considération de l'exploitation abusive*.

C.5.2.2.4 Absence de motifs objectifs justifiant la pratique

516. Une fois établi qu'un comportement est couvert par l'art. 7 LCart (et, le cas échéant, par une des hypothèses du catalogue de l'art. 7 al. 2 LCart), il convient de vérifier si le comportement en cause peut être justifié sur la base de motifs objectifs d'ordre commercial, même si, contrairement à l'art. 5 LCart, l'art. 7 LCart ne prévoit pas explicitement une telle justification.⁵⁶³ L'absence de justification est toutefois inhérente à l'élément constitutif de l'abus au sens de l'art. 7 LCart, puisque l'existence de motifs objectifs admissibles ôte, par la force des choses, tout caractère abusif au comportement concerné et, partant, son illicéité sous l'angle de l'art. 7 LCart.⁵⁶⁴

517. De tels motifs justificatifs peuvent notamment consister en des simplifications administratives ou la mise en place d'un système de distribution exclusive conforme à l'art. 5 LCart⁵⁶⁵, ou encore en l'adoption de nouvelles pratiques commerciales en vue de s'adapter aux besoins de sa clientèle ou d'améliorer le rapport qualité/prix de ses prestations.⁵⁶⁶ Il peut également s'agir de coûts de transport ou de distribution, ou encore de raisons techniques.⁵⁶⁷

518. De manière générale, le point de savoir si le comportement d'une entreprise est légitime ou non doit être examiné sous le prisme central de la protection de la concurrence, envisagée sous son angle aussi bien institutionnel qu'individuel, c'est-à-dire la préservation d'une concurrence efficace.⁵⁶⁸ Il revient à l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif de présenter de manière suffisamment détaillée les raisons dignes de protection qui l'ont poussé à adopter un comportement aux effets anti-concurrentiels; une déclaration globale et abstraite ne suffit pas.⁵⁶⁹

519. En l'espèce, en plus des surcoûts analysés aux N 496 ss ci-dessus, Madrigall invoque, à l'occasion de sa prise de position du 10 juin 2024, l'existence d'un motif justificatif consistant en l'existence d'un système de distribution exclusive, sans plus la détailler.⁵⁷⁰ Bien que Madrigall mentionne que l'existence d'un tel système empêcherait de retenir un pouvoir de marché relatif, cette question doit être examinée au stade des motifs objectifs justificatifs, comme le soulignent d'ailleurs les sources sur lesquelles Madrigall se fonde.⁵⁷¹

520. En l'occurrence, on ne voit pas – et Madrigall ne l'explique d'ailleurs pas – comment le fait que Madrigall se charge exclusivement de la commercialisation de ses livres en Suisse comme en France (l'OLF se contentant d'effectuer les prestations logistiques; N 69 et 72) constituerait un motif objectif justifiant la différence de prix faisant l'objet de la présente enquête.⁵⁷²

521. Aucun autre motif objectif ne ressort du dossier. Partant, aucun motif objectif justificatif supplémentaire n'est retenu.

C.5.2.2.5 Conclusion

522. A vu de ce qui précède, sur la base des chiffres à disposition de l'autorité au moment où la présente décision est prise, Madrigall abuse de son pouvoir de marché relatif envers Payot en lui imposant un prix supérieur

de [5–15] à [10–20] % par rapport aux libraires français sous la forme de remises inférieures de plus de [0–10] points de pourcentage, sans que cela ne soit justifié.

523. Il découle de ce qui précède que Madrigall a un pouvoir de marché relatif envers Payot et qu'elle en abuse en octroyant à Payot une remise maximale moindre par rapport aux libraires français, dans la mesure où la différence de remise dépasse [0–10] points de pourcentage.

C.6 Mesures

C.6.1 Remarques théoriques

524. 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 des injonctions visant à éliminer des restrictions illicites à la concurrence sur la base de l'art. 30 al. 1 LCart (N 526 ss).

525. Il est encore relevé qu'en application de l'art. 49a al. 1 LCart, la COMCO ne peut pas sanctionner (directement) l'abus d'un pouvoir de marché relatif. Seules des mesures de comportement peuvent être ordonnées. De telles mesures ne sont appropriées que s'il existe un intérêt actuel à une intervention de l'autorité.

526. 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.⁵⁷³

527. 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.⁵⁷⁴ 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.⁵⁷⁵ Elle peut

⁵⁶³ ATF 146 II 217 consid. 5.9, *ADSL II*.

⁵⁶⁴ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4698; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.1.2, *Supermédia*.

⁵⁶⁵ ZIRLICK/BICKEL (n. 467), WRP 2022, N 39.

⁵⁶⁶ TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, *Supermédia*.

⁵⁶⁷ ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, *Hors Liste*.

⁵⁶⁸ ATF 139 I 72, consid. 10.1.2, *Hors-Liste*; TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, *Supermédia*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*.

⁵⁶⁹ TF, 2C_395/2021 du 9.5.2023 consid. 10.4.1, *Supermédia*; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, *DCC*.

⁵⁷⁰ A 198, N 475 ss.

⁵⁷¹ Message (n. 432), FF 2019 4665, 4698; RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, Einführung der relative Marktmacht in der Schweiz, in: ZWeK 2/2021, p. 267.

⁵⁷² A noter d'ailleurs que même lorsqu'un système de distribution exclusive avec des distributeurs tiers est mis en place, l'art. 7 LCart peut s'appliquer; ATF 148 II 321, consid. 9.3.1.

⁵⁷³ ATF 148 II 475 consid. 4.4, *Implenia*.

⁵⁷⁴ 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*.

⁵⁷⁵ TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.4, *Implenia*.

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.⁵⁷⁶ Lors de la définition des mesures concrètes, le principe de proportionnalité⁵⁷⁷ (art. 5 al. 2 Cst.) ainsi que le principe de précision de la base légale⁵⁷⁸ doivent être respectés.

C.6.2 En l'espèce

528. Dans le cas d'espèce, il est premièrement constaté que le groupe Madrigall, par ses filiales, a fait l'objet de plusieurs enquêtes de droit de la concurrence en peu de temps. Ainsi et dans le cadre du premier cas des livres en français, le Tribunal administratif fédéral a définitivement condamné E5F fin octobre 2019 à une sanction de CHF [...] pour violation du droit suisse des cartels, et plus précisément de l'art. 5 al. 4 LCart. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision de la COMCO en tant qu'elle interdisait (et interdit toujours) à E5F d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout revendeur actif en Suisse (N 88). Quant à Flammarion, le Tribunal fédéral l'a définitivement condamnée en mars 2022 à une sanction de CHF 919'346.- pour violation du droit suisse des cartels, en l'occurrence également l'art. 5 al. 4 LCart. Par ailleurs et ici également, le Tribunal fédéral a confirmé les décisions de la COMCO ainsi que du Tribunal administratif fédéral en tant qu'elles interdisaient (et interdisent toujours) à Flammarion d'entraver par des contrats de distribution et/ou de diffusion concernant les livres écrits en français les importations parallèles par tout revendeur actif en Suisse (N 89).

529. Bien qu'il n'y ait pas lieu de confondre les importations parallèles et l'approvisionnement direct (N 73 ss), il est constaté, au vu de l'état de fait de la présente procédure, que le groupe Madrigall s'attelle une fois de plus à empêcher ou entraver un revendeur suisse dans sa tentative de s'approvisionner en livres en français directement en France. Dans les deux premières procédures E5F et Flammarion, il s'agissait d'empêcher purement et simplement les revendeurs suisses de s'approvisionner en France. Alors que ceux-ci ont en quelque sorte obtenu gain de cause devant les plus hautes instances judiciaires suisses en obtenant la garantie du droit de s'approvisionner en France, Madrigall limite cette fois les possibilités d'un revendeur suisse de s'approvisionner aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche en France. En d'autres termes, le moindre pas en avant obtenu par les revendeurs suisses fait l'objet d'une nouvelle entrave par le groupe Madrigall, comme cela a été constaté dans la présente enquête. Il ne peut donc qu'être constaté que les condamnations ainsi que les mesures prononcées dans le cadre de la première enquête n'ont eu aucun effet préventif sur le comportement du groupe Madrigall. Si de nouvelles entraves devaient faire suite à la présente procédure – que cela soit au sens de l'art. 5 ou 7 LCart – la question de la mise en œuvre des art. 50 et 54 LCart se poserait dans tous les cas, et cela tant pour la première que pour la présente procédure.

530. Vu ce qui précède et vu en particulier la tendance de Madrigall de réitérer des comportements probléma-

tiques au sens du droit suisse des cartels – et cela malgré les sanctions et les mesures déjà prononcées –, les autorités de la concurrence estiment qu'il est proportionnel de prendre de nouvelles mesures fermes visant à mettre fin aux restrictions illicites à la concurrence. Comme vu dans la présente enquête, la restriction illicite à la concurrence se poursuit en effet, vu que Madrigall n'a pas remis en question le taux de remise de [...] % proposé à Payot (N 136 ss), bien que ce taux soit illicitement trop bas (N 522 s.).

531. Partant, les mesures suivantes doivent être prononcées:

- a) en cas d'approvisionnement direct en France par Payot, Madrigall et ses sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – ont l'obligation d'appliquer à Payot les mêmes conditions générales de vente ainsi que les mêmes conditions commerciales que celles qui sont appliquées aux revendeurs français en France. Il en va en particulier ainsi de la remise de base maximale, de la remise quantitative maximale, de la remise qualitative maximale ainsi que des différentes conditions y relatives. L'exception prévue à la mesure b) est réservée;
- b) en dérogation à la mesure a), sur la base des chiffres à disposition de l'autorité et en date de la présente décision, Madrigall et ses sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – seraient autorisées à réduire le taux de remise appliqué à Payot afin de tenir compte des surcoûts admissibles pour le marché suisse. Sur la base des chiffres fournis par Madrigall dans le cadre de l'enquête, il en résulterait une réduction admissible du taux de remise d'environ [0–10] points de pourcentage. Par exemple, si Payot devait – selon les conditions commerciales françaises – obtenir une remise de [...] % du CA PPHT, une remise de [...] % serait admissible pour Payot en date de la présente décision.

Il est toutefois relevé que ce taux de (environ) [0–10] points de pourcentage est susceptible d'évoluer rapidement à la hausse ou à la baisse, au gré de l'évolution des différents paramètres qui le composent. Il en irait par exemple ainsi de nouvelles embauches dans la diffusion ou de départs à la retraite. Partant et vu ce qui précède, il est renoncé à inscrire le taux précité au dispositif de la présente décision;

- c) en cas d'approvisionnement direct en France par Payot, Madrigall et sociétés affiliées – en particulier DLM, SODIS ou encore UD – ont l'interdiction de déduire du taux de remise appliqué à Payot les éventuels autres coûts supplémentaires qui, de par leur nature, seraient irréguliers, uniques, ou encore fluctuants. Le cas échéant, ces coûts doivent être facturés séparément. Ils ne sauraient être déduits du taux de remise appliqué à Payot.

⁵⁷⁶ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 70), art. 30 N 59.

⁵⁷⁷ ATF 148 II 475 consid. 5, *Implenia*; ATF 148 II 321 consid. 12.7, *Flammarion*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 70), art. 30 N 59 s.

⁵⁷⁸ TF, 2C_782/2021 du 14.9.2022 consid. 6.3, non publié aux ATF 148 II 475, *Implenia*.

532. Les violations ou les infractions aux mesures ordonnées ci-dessus sont passibles d'une sanction administrative, respectivement d'une sanction pénale conformément aux art. 50 et 54 LCart. Cette possibilité de sanction découle directement de la loi, raison pour laquelle il peut être renoncé à une menace de sanction correspondante – le cas échéant uniquement déclarative et non constitutive – dans le dispositif de la décision.⁵⁷⁹

533. Finalement, en ce qui concerne les éventuels litiges entre Madrigall SA et Payot SA qui résulteraient de la mise en œuvre des mesures ordonnées ci-dessus, les autorités de la concurrence se réservent la possibilité de renvoyer les parties devant la justice civile.

534. Dans sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall avance que les mesures prévues sont impraticables et imprécises. Sur la base des considérations de la Proposition du Secrétariat, il ne serait pas possible de suffisamment reconnaître quels comportements sont admissibles et lesquels ne le sont pas. Le fait que la remise de Payot ne devrait pas être réduite de plus de [0–10] points de pourcentage par rapport à une librairie française comparable serait lié à des limites majeures: D'une part, il ne serait pas clair de savoir ce qu'est une librairie française comparable ou selon quels critères cela doit être jugé. [...] ne serait comparable à Payot qu'en ce qui concerne les chiffres d'affaires PPHT et le nombre de points de vente; pour le reste, la comparabilité serait limitée ou il serait douteux qu'elle soit suffisante pour comparer les remises accordées aux deux libraires. Ni les mesures ni les considérations n'apporteraient de réponse à cette question, ce qui rendrait impraticable la comparaison des remises de [...] et de Payot.⁵⁸⁰

535. Cet argument est en réalité sans fondement. La comparaison avec [...] contenue dans la présente décision est effectuée pour déterminer les surcoûts, et non la remise. Pour déterminer la remise qu'obtiendrait une librairie française comparable à Payot aux fins des présentes mesures, il suffit pour ce faire d'appliquer à Payot les conditions contenues dans les CGV françaises de Madrigall et d'établir ainsi la remise à laquelle Payot aurait droit si elle était une librairie française, comme cela ressort clairement du libellé desdites mesures. Il n'est dès lors pas nécessaire de procéder comme le décrit Madrigall, c'est-à-dire en déterminant une librairie française comparable à Payot.

536. En ce qui concerne les éventuelles modifications des surcoûts admissibles à l'avenir craintes par Madrigall⁵⁸¹, on ne voit pas en quoi il serait particulièrement difficile et impraticable de les prendre en compte.⁵⁸² Les modifications des coûts relatifs de la main d'œuvre entre la Suisse et la France ainsi que les retours supplémentaires à éliminer en raison des dommages causés par le désétiqetage devraient être identifiables – et démontrables – sans trop de difficultés (et, par ailleurs, sans nécessité d'une librairie française comparable). Concernant ce dernier point, rien n'empêche Madrigall et Payot de convenir par exemple d'une facturation annexe des livres pilonnés, respectivement non réintégrés au lieu d'une réduction de la remise.

537. D'autre part, Madrigall déclare qu'elle a utilisé des dizaines voire des centaines d'heures pour le calcul méticuleux des surcoûts admissibles pour le marché suisse.

Dans ce contexte, Madrigall se demande comment on peut exiger de Madrigall un tel effort alors qu'il existe toujours un risque que ces calculs soient contestés par les autorités de la concurrence.⁵⁸³

538. Tout d'abord, on ne voit pas dans quelle mesure le calcul des prétendus surcoûts entraîne une charge de travail aussi importante. D'un point de vue très général, une entreprise doit de connaître précisément ses coûts pour pouvoir se maintenir sur le marché. En l'espèce, Madrigall se fonde en partie sur des valeurs moyennes du groupe Madrigall pour calculer les surcoûts ou procède à une répartition au prorata des coûts sur la base des chiffres d'affaires (p. ex. les coûts liés aux frais de personnel de la diffusion et de compte-clé).⁵⁸⁴ Pour d'autres surcoûts, Madrigall se base sur des chiffres existants ainsi que sur des hypothèses (p. ex. les coûts liés à la perte sur les retours et la démutualisation du dépôt OLF).⁵⁸⁵ En outre, Madrigall justifie dès le départ la réduction de la remise maximale théorique précisément par les surcoûts qu'elle avait identifiés.⁵⁸⁶ Ainsi, une estimation correspondante devait déjà exister pour préparer l'offre de Madrigall à Payot. Sinon, la réduction de la remise n'aurait justement pas été justifiée ou aurait été arbitraire.

⁵⁷⁹ 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*.

⁵⁸⁰ A 198, N 528 s.

⁵⁸¹ A 198, N 529 ii).

⁵⁸² De telles variations de coûts/changements de structure peuvent se produire également hors du contexte d'un approvisionnement en direct et amener une entreprise à devoir adapter ses tarifs.

⁵⁸³ A 198, N 529. Par ailleurs, Madrigall affirme plus généralement que, si les principes développés par la Proposition du Secrétariat étaient suivis, toutes les entreprises qui devraient supporter des surcoûts pour un approvisionnement direct de clients suisses devraient procéder à une analyse détaillée correspondante afin de prévenir une violation de l'art. 7 al. 2 let. g LCart déjà lors de l'établissement d'une première offre sujette à négociations, ce que l'immense majorité des entreprises ne pourrait pas se permettre dans le cadre d'une première offre et sous la pression du temps. Par conséquent de nombreuses PME ne proposeraient plus leurs produits en Suisse pour ne pas avoir à supporter le risque de se faire condamner par la COMCO (A 198, N 198 ss). Cette argumentation doit être entièrement rejetée. Premièrement, l'art. 7 al. 2 let. g LCart ne s'applique qu'aux rares entreprises dominantes ou ayant un pouvoir de marché relatif selon l'art. 4 al. 2 et 2^{bis} LCart. Deuxièmement, il a été établi que la « première offre » de Madrigall, en ce qui concerne la remise maximale théorique, correspondait en fait à la position fixe de Madrigall, ce qui a été confirmé tout au long de la procédure – y compris lors de l'enquête préalable, menant d'ailleurs à l'ouverture de la présente enquête (cf. N 111 ss). Enfin, le calcul des surcoûts spécifiques à la Suisse ne devrait pas demander un effort disproportionné et doit en tout état être au moins estimé dans le cadre d'opérations transfrontalières.

⁵⁸⁴ A 143, questions 1, 9, 11, 19, 20 et p. 19 s.

⁵⁸⁵ A 143, p. 19 s; A 198, N 283 et 289 s.

⁵⁸⁶ A 198, N 562.

539. Si Madrigall (et toute autre entreprise se trouvant dans une situation comparable) devait démontrer l'existence de surcoûts dus au fait qu'un client se trouve en Suisse, il n'y aurait pas d'infraction au présent dispositif et donc pas de risque de sanction au titre de l'art. 50 LCart, comme le suppose Madrigall.⁵⁸⁷ Il convient également de rappeler que les autorités de la concurrence ont adopté une approche prudente dans l'évaluation des surcoûts et donc dans la constatation d'un abus – qui en l'occurrence correspond à une différence de prix d'environ [10–20] %.⁵⁸⁸ Il ne s'agit donc pas d'intervenir contre de petites erreurs de calcul ou approximations.

540. Par ailleurs, on ne voit pas en quoi les mesures proposées créeraient, comme l'affirme Madrigall, une inégalité de traitement flagrante entre Madrigall et les autres diffuseurs français⁵⁸⁹, ces derniers étant également soumis aux dispositions relatives au pouvoir de marché relatif de la loi sur les cartels et connaissant, avec la présente décision, la manière dont la COMCO interprète ces dispositions.

541. En résumé, on peut retenir que les mesures proposées sont formulées de manière suffisamment claire et praticable et qu'il est aisément possible pour Madrigall de reconnaître si son comportement viole les exigences du dispositif de la COMCO.

542. Finalement et concernant la critique de Madrigall selon laquelle les autorités de la concurrence agiraient en tant qu'autorité de régulation des prix, il convient de souligner que la question du prix est centrale dans l'art. 7 al. 2 let. g LCart et que l'objet principal de la présente enquête est de déterminer si, en plafonnant la remise accordée à Payot à [...] % au lieu de [...] % du CA PPHT, Madrigall limite la possibilité de Payot de se procurer en France des livres Madrigall aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (cf. N 477 ss). En d'autres termes, l'enquête vise le prix « wholesale » entre Madrigall et Payot, qui s'écarte du prix « wholesale » pour les libraires français en France. Dans ce contexte, il est évident que les mesures prononcées doivent se rapporter de près ou de loin à des éléments de prix.

C.7 Demande de preuves des parties

C.7.1 Remarques théoriques concernant les demandes de preuve

543. L'article 33 PA détermine si une demande de preuve doit être acceptée. Selon cet article, l'autorité ou le tribunal accepte les preuves qui lui sont proposées si elles semblent utiles à l'établissement des faits. Dans le cadre de l'appréciation anticipée des preuves, il est possible de renoncer aux moyens de preuve proposés si l'autorité estime que les faits juridiquement pertinents sont suffisamment établis sur la base des preuves déjà administrées ou si elle peut les apprécier suffisamment sur la base de ses propres connaissances.⁵⁹⁰

C.7.2 Demande de preuves de Payot

544. Par courrier du 2 mai 2024, Payot a demandé à pouvoir plaider devant la COMCO et assister à la plaidoirie de Madrigall, ce qui lui a été accordé (N 52).⁵⁹¹

C.7.3 Demande de preuves de Madrigall du 7 mai 2024

545. Par courrier du 7 mai 2024, Madrigall a pour sa part demandé à pouvoir plaider devant la COMCO ainsi qu'à pouvoir assister à la plaidoirie de Payot, ce qui lui a été accordé (N 52). Madrigall a de plus demandé un certain nombre de demandes de preuves consistant essentiellement en l'audition de représentants de Madrigall et de Payot, ainsi qu'en la production d'un récapitulatif des ventes de Payot distinguant les différentes catégories d'ouvrage ainsi que d'éditeur et de diffuseur.⁵⁹² Ces demandes de preuves seront détaillées ci-après, ainsi que les raisons pour lesquelles la COMCO les rejette (N 50).

Audition de B. _____

546. En premier lieu, Madrigall demande l'audition de B. _____, [...] de DLM et [...] de Madrigall. Madrigall estimait que la Proposition du Secrétariat (section B.4.2 de la Proposition) constatait de façon erronée l'état des négociations entre les parties en ce qui concerne l'approvisionnement direct. B. _____ aurait donc dû être entendu à ce sujet, car il aurait été très impliqué dans les négociations et aurait pu rappeler le contexte et la manière dont elles se sont déroulées. En outre, il aurait pu s'exprimer au sujet de la notion de « conditions usuelles » (section B.5.1) ainsi que sur les aspects techniques du calcul des remises (sections B.5.3.2 et B.5.3.3).

547. En l'occurrence, B. _____ s'est déjà spécialement déplacé de [...] afin d'être entendu par le Secrétariat le 5 avril 2023 à Berne.⁵⁹³ A cette occasion, il a eu l'occasion de s'exprimer concernant les conditions commerciales françaises⁵⁹⁴ ainsi que le système de remises/de rabais,⁵⁹⁵ en partie également sur questions de Payot qui était représentée lors de l'audition.⁵⁹⁶ Quant aux négociations, B. _____ les a également brièvement abordées lors de son audition.⁵⁹⁷ C'est principalement A. _____ – entendu le jour précédent par le Secrétariat – qui s'est exprimé lors de son audition au sujet des négociations.⁵⁹⁸

⁵⁸⁷ A 198, N 530.

⁵⁸⁸ Soit la différence de prix d'achat en prenant en compte une remise maximale théorique de [...] % – considérée comme justifiée – par rapport à la remise maximale théorique originale de [...] %. En ce qui concerne les remises, il s'agit donc d'une différence de [5-15] points de pourcentage.

⁵⁸⁹ A 198, N 531 s.

⁵⁹⁰ Cf. not. ATF 147 IV 534 consid. 2.5.1 et les références citées.

⁵⁹¹ A 181.

⁵⁹² A 182.

⁵⁹³ A 104.

⁵⁹⁴ A 104, notamment I. 159 ss, 239 ss, 290 ss et 331 ss.

⁵⁹⁵ A 104, notamment I. 159 ss, 239 ss, 270 ss, 317 ss, 325 ss, 331 ss, 341 ss, 346 ss, 361 ss, 414 ss, 450 ss et 519 ss.

⁵⁹⁶ A 104, I. 370 ss.

⁵⁹⁷ A 104, I. 515 ss.

⁵⁹⁸ A 103, notamment I. 77 ss, 134 ss et 365 ss.

548. Il est également relevé que sur la base des éléments au dossier – complet sur ce point – le déroulement ainsi que l'état des négociations entre Payot et Madrigall ont pu être décrit exhaustivement.⁵⁹⁹ En particulier, il a été établi sans aucun doute que Madrigall n'était pas prête à négocier le taux de remise maximale de [...] % proposé en cas d'approvisionnement direct.

549. Finalement et en tout état, les remarques de Madrigall quant au déroulement des négociations avec Payot, aux conditions usuelles du marché ou calcul des remises ont pu être formulées par écrit dans le cadre de la prise de position de Madrigall sur la Proposition, ce qui a d'ailleurs été fait.⁶⁰⁰

Audition de C. _____

550. C. _____ est [...] du Groupe Madrigall. Madrigall souhaite que C. _____ soit entendu au sujet des constatations de fait de la Proposition relatives à l'arrêt de la vente de livres Madrigall par Payot (section B.4.4.1). Il pourrait s'exprimer sur la confusion entre niveaux « wholesale » et « retail », l'importance de l'assortiment Madrigall ainsi que la pertinence de la pratique européenne en matière de délimitations de marché dans le domaine du livre.

551. En ce qui concerne l'audition de C. _____, les éléments que Madrigall propose d'aborder sont des questions de droit, que Madrigall a pu plaider devant la COMCO. Au surplus, les éventuelles remarques concernant des éléments de fait – notamment relatives à l'importance de l'assortiment Madrigall – ont pu être formulées par écrit dans le cadre de la prise de position de Madrigall sur la Proposition, ce qui a d'ailleurs été fait.⁶⁰¹

Audition de D. _____

552. D. _____ est [...] de la diffusion Madrigall. Madrigall souhaite que D. _____ soit entendu au sujet des constatations de fait relatives à la justification du « surcoût » suisse (section B.5.2) ainsi qu'à l'évaluation des surcoûts (section B.5.3), hormis les aspects techniques du calcul des remises qui seraient traités par B. _____.

553. Concernant premièrement l'évaluation des surcoûts invoqués par Madrigall, il s'agit d'un élément sur lequel la COMCO a statué, sur la base des constatations de fait relatives à la justification du « surcoût » suisse.

554. Concernant précisément les constatations de fait relatives à la justification du « surcoût » suisse (section B.5.2), Madrigall s'est dans un premier temps prononcée dans sa prise de position du 14 décembre 2022,⁶⁰² ainsi que dans ses réponses du même jour aux questions du Secrétariat.⁶⁰³ Lors de son audition du 5 avril 2023, B. _____ s'est largement exprimé sur la question du surcoût en Suisse par rapport à la France.⁶⁰⁴ Madrigall s'est à nouveau exprimée à ce sujet et en détail dans ses réponses du 21 juin 2023 aux questions du Secrétariat, avec de nombreux chiffres à l'appui.⁶⁰⁵ Là encore, les remarques de Madrigall quant aux activités de diffusion en Suisse ont pu être formulées par écrit dans le cadre de la prise de position de Madrigall sur la Proposition, ce qui a d'ailleurs été fait.⁶⁰⁶

Audition de A. _____

555. A. _____ est [...] Madrigall et [...] de la société E5F. Madrigall souhaite que A. _____ soit entendu au sujet des constatations de fait relatives à la diffusion en Suisse. Il pourrait également clarifier certains points liés en particulier au travail des représentants d'E5F, tant sous l'angle de la nature de leur travail que sous l'angle du temps que cela représente (N 249).

556. En l'occurrence, A. _____ s'est spécialement déplacé de [...] afin d'être entendu par le Secrétariat le 4 avril 2023 à Berne.⁶⁰⁷ A cette occasion, il s'est exprimé en particulier sur le fonctionnement de la diffusion en Suisse.⁶⁰⁸ En ce qui concerne le travail des représentants d'E5F, plusieurs réponses de A. _____ apportent également de nombreux éclaircissements,⁶⁰⁹ étant entendu que d'autres actes au dossier apportent également de nombreuses précisions.⁶¹⁰

557. En tout état, les remarques de Madrigall quant aux activités de diffusion en Suisse ont pu être formulées par écrit dans le cadre de la prise de position de Madrigall sur la Proposition, ce qui a d'ailleurs été fait.⁶¹¹

Audition de Maud Poncé-Hubier et Bénédicte Kuchcinski

558. Maud Poncé-Hubier et Bénédicte Kuchcinski constituent la nouvelle direction générale de Payot. Madrigall souhaite qu'il soit déterminé si Payot est encore intéressée par un approvisionnement direct en France. Selon Madrigall, la question se poserait véritablement, au vu selon Madrigall de l'absence de volonté de négocier de Payot avec elle, ceci malgré de récentes tentatives supplémentaires.

559. Par courrier du 23 février 2024, Payot a indiqué que « la nouvelle direction [...] confirme partager entièrement les principes qui ont guidé la direction de Payot jusqu'à présent ». ⁶¹² Le courrier en question rappelle par ailleurs les deux propositions alternatives de Payot, « *lesquelles [demeurent] à ce jour inchangées et disponibles* », au choix de Madrigall: (i) une révision du mode de calcul du prix d'achat ou (ii) un approvisionnement direct aux conditions françaises, en France. Payot a par ailleurs confirmé le contenu du courrier du 23 février 2024 précité dans sa prise de position du 10 juin 2024.⁶¹³

⁵⁹⁹ Proposition du Secrétariat du 8 avril 2024, N 101 à 128.

⁶⁰⁰ Cf. not. A 198, N 79 ss, 130 ss et 494 ss.

⁶⁰¹ Cf. A 198, N 374 ss.

⁶⁰² A 39 et 40.

⁶⁰³ A 41 et 41.

⁶⁰⁴ A 104.

⁶⁰⁵ A 143.

⁶⁰⁶ Cf. A 198, N 215 ss.

⁶⁰⁷ A 103.

⁶⁰⁸ A 103, notamment I. 144 ss, 210 ss, 222 ss, 244 ss, 293 ss et 402 ss.

⁶⁰⁹ A 103, notamment I. 144 ss, 197 ss, 238, 244 ss, 255 ss, 265 ss, 338 ss, 355 ss et 586 s.

⁶¹⁰ Cf. notamment A 15, A 65, A 104, A 136 ou encore A 143.

⁶¹¹ Cf. A 198, N 215 ss.

⁶¹² A 165.

⁶¹³ A 197, p. 5.

Récapitulatif des ventes de Payot

560. Enfin, Madrigall demande la production d'un récapitulatif des ventes de Payot en nombre de références et chiffres d'affaires, par catégorie d'ouvrage, par éditeur et diffuseur pour les années 2021, 2022 et 2023. Les catégories d'ouvrages à utiliser seraient les suivantes: d'une part, littérature générale et sciences humaines, littérature libre de droits, bande dessinée, jeunesse, poche, beaux livres, guides, autres. D'autre part, littérature générale (grand format et poche), jeunesse, beaux livres, livres pratiques, bande dessinée, livres éducatifs (livres scolaires et parascolaires), livres universitaires et professionnels, ouvrages de référence (en distinguant entre légers et lourds, à savoir en un à trois volumes ou plus de trois volumes), fascicules. Madrigall ajoute que la notion de marché pertinent garderait une importance certaine en matière de pouvoir de marché relatif, et qu'il serait donc nécessaire d'étudier les rapports de force existant sur les différents segments de livres. Par ailleurs, la pratique européenne portant sur le marché « wholesale », qui comprend des distinctions par catégorie d'ouvrages, serait pertinente et requerrait l'obtention de telles données.⁶¹⁴

561. Premièrement, il est relevé que la présente décision, à l'instar de la Proposition, opère une claire distinction entre le niveau « wholesale » et le niveau « retail », non seulement parce que la relation entre Madrigall et Payot s'inscrit au niveau « wholesale », mais également parce que la jurisprudence fédérale a déjà jugé qu'au niveau « wholesale » et pour les livres en français, il est nécessaire pour les revendeurs de livres d'être en relation avec l'ensemble des principaux distributeurs/diffuseurs, dont Madrigall fait partie (N 148 ss). C'est la raison pour laquelle la présente décision n'est pas focalisée sur les distinctions par catégories d'ouvrages, non pertinentes pour l'examen d'espèce.

562. Il est par ailleurs rappelé que la présente décision, là encore à l'instar de la Proposition, arrive à la conclusion que si les particularités relatives aux entreprises ainsi qu'aux produits concernés doivent bien être prises en considération dans la mesure où elles ont une pertinence pour l'analyse de la potentielle relation de dépendance entre Madrigall et Payot, cela ne requiert toutefois pas une délimitation formelle du marché pertinent, qui s'avérerait superflue (N 398 ss).⁶¹⁵

563. Il est également relevé que pour l'année 2022, le dossier contient pour chaque livre le nombre et le chiffre d'affaires des livres livrés par Madrigall à Payot et des livres retournés par Payot à Madrigall.⁶¹⁶ Madrigall connaît donc de toute manière et pour chaque année quels livres Madrigall se sont vendus à combien d'exemplaires et dans quel genre de librairie.

564. C'est ainsi que dans le cadre d'une enquête portant sur un potentiel abus de pouvoir de marché relatif, déterminer l'importance de l'assortiment Madrigall pour un libraire généraliste comme Payot se révèle bien davantage pertinent. C'est ce qui est entrepris dans la présente décision, chiffres à l'appui, étant par ailleurs entendu que la présente contient encore d'autres considérations qualitatives qui corroborent et complètent les chiffres mentionnés (N 152 ss). A cet égard, il convient de noter qu'une demande de preuve ne doit pas servir

de *fishing-expedition* ou viser à l'obtention d'informations commerciales d'une autre partie ou d'entreprises concurrentes.

C.7.4 Demande de preuves de Madrigall dans sa prise de position du 10 juin 2024

565. Dans les conclusions de sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall demande à titre subsidiaire à ce que la COMCO obtienne, « *si besoin, toutes confirmations et clarifications complémentaires qui seraient, de l'avis de la COMCO, encore nécessaires ou utiles auprès du Médiateur du livre suite à son courrier du 10 juin 2024 précisant sans équivoque la teneur et la portée de la Loi Lang et l'instauration d'un régime de prix de nature étatique en France dans le domaine du livre (qui échappe aux règles du droit de la concurrence) et écartant la distinction artificiellement opérée par la Proposition entre le niveau retail et le niveau wholesale* ». ⁶¹⁷

566. Au cours de la présente procédure, Madrigall s'est exprimée à plusieurs reprises sur la législation française concernant le prix du livre en France. Ce faisant, elle a notamment produit deux courriers du Médiateur du livre, dont le dernier portant plus particulièrement sur la Proposition du Secrétariat.⁶¹⁸ Les explications du Médiateur du livre, qui se recoupent largement entre les deux avis, et dont la pertinence se limitent à la compréhension du cadre légal français, ont été analysées au cours de l'enquête et sont traitées dans la présente décision (N 365 ss). La loi Lang et le protocole Cahart, ainsi que leur influence sur le cas d'espèce, sont également traités de façon exhaustive dans la présente décision (N 82 s., N 202 ss, N 364 ss, N 483). Il n'y a dès lors pas lieu d'investiguer cette question plus en détail, notamment en sollicitant le Médiateur du livre.

567. Dans les conclusions de sa prise de position du 10 juin 2024, Madrigall demande à titre plus subsidiaire à ce que la COMCO ordonne « *des mesures d'instruction complémentaires du Secrétariat principalement en lien avec [l]a définition des marchés pertinents et des parts de marché de Payot et Madrigall en Suisse dans les différents segments du marché du livre conformément à la pratique usuelle des autorités de la concurrence au niveau de l'Union européenne et en France; [l]e pouvoir de marché relatif de Payot à l'égard de Madrigall et l'existence d'un éventuel abus de ce pouvoir par Payot à l'égard de Madrigall; [l]e contre-pouvoir de Payot à l'égard de Madrigall; [l]a présence d'alternatives suffisantes pour Payot à l'approvisionnement en France auprès de Madrigall, ces alternatives devant être sérieusement recherchées par Payot en Suisse comme à*

⁶¹⁴ Madrigall cite la Commission des communautés européennes, cas no COMP/M.2978 du 7.1.2004, LAGARDERE/NATEXIS/VUP.

⁶¹⁵ Cf. HAKTANIR (n. 475), N 324, a contrario.

⁶¹⁶ A 143.

⁶¹⁷ A 198, section I N 4.

⁶¹⁸ A 111 et A 198, Annexe A.

l'étranger et portant également sur d'autres livres; [l']organisation logistique de Payot en cas d'approvisionnement direct, notamment en lien avec l'existence ou non d'un flux résiduel suisse ». Madrigall demande également à la COMCO d'ordonner l'audition de la nouvelle direction de Payot et de Madrigall par le Secrétariat ou la COMCO ainsi que « *toute autre mesure d'instruction complémentaire nécessaire à l'établissement complet et exact des faits de la cause* ». ⁶¹⁹

568. A titre liminaire, il est relevé que Madrigall ne détaille pas les mesures d'instructions complémentaires qu'elle demande, se contentant finalement de lister des sujets qu'elle considère comme pas assez ou mal investigués. Il sera tout de même expliqué ci-après pourquoi les thèmes listés par Madrigall ne requièrent pas d'investigation supplémentaire.

569. Premièrement, la question d'une délimitation de marché pertinent est traitée dans la présente décision (N 398 ss) et parvient à la conclusion qu'une telle délimitation de marché formelle n'est pas nécessaire. La demande de preuve y relative de Madrigall doit donc être rejetée. Secondement, la question d'un éventuel pouvoir de marché relatif de Payot envers Madrigall et d'un abus de la première envers la seconde n'entre pas dans le cadre de la présente enquête. Madrigall est évidemment libre de dénoncer aux autorités de la concurrence les faits qu'elle considère constituer un abus de pouvoir de marché relatif de la part de Payot. Il convient donc également d'écarter la demande de preuve y relative.

570. En ce qui concerne le contrepouvoir de Payot, celui-ci a été investigué et est traité en détail dans la présente décision (N 438 ss). On ne voit donc pas – et Madrigall se garde bien de l'indiquer – quelles informations supplémentaires devraient être collectées (et par quelle[s] mesure[s] d'enquête). Il en va d'ailleurs de même sur la question des alternatives à disposition de Payot (N 146 ss et N 143 ss). Quant à l'organisation logistique de Payot en cas d'approvisionnement direct, elle n'a pas d'importance dans le cadre de la présente procédure, les livres Madrigall devant, dans cette hypothèse, être récupérés *ex works* par Payot. L'existence d'un éventuel flux résiduel suisse est une question à part, les volumes et coûts y relatifs pouvant être adressés séparément de l'approvisionnement direct au centre de la présente enquête. ⁶²⁰

571. Enfin, en ce qui concerne les demandes d'auditions de la nouvelle direction de Payot et de Madrigall, ainsi que les autres mesures d'instruction complémentaire non détaillées, Madrigall n'explique pas sur quels thèmes ces actes d'enquête devraient porter, et encore moins leur pertinence. Il convient donc de rejeter également ces demandes, sans qu'il soit nécessaire de s'y attarder.

C.7.5 Conclusion sur les demandes de preuves de Madrigall

572. Compte tenu de ce qui précède, les demandes de preuve de Madrigall ont été rejetées dans leur intégralité, à l'exception de celles concernant les plaidoiries des parties (cf. N 545).

D Frais

573. 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-LCart⁶²¹.

574. 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.

575. Dans la procédure d'enquête selon les art. 27 ss LCart, une partie est tenue de verser des émoluments si elle a participé à une ou plusieurs restrictions illicites à la concurrence ou si elle la soumet. ⁶²² Dans la présente procédure, une restriction illicite de la concurrence a été démontrée. Par conséquent, il convient d'admettre l'obligation de payer des émoluments, dans la mesure où Madrigall a enfreint la LCart.

576. 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).

577. Sur la base de la classe de salaire des employés chargés du cas, un tarif horaire de CHF 200.- à CHF 290.- se justifie. Le temps consacré s'élève en l'occurrence à 1'149.18 heures. Les taux horaires suivants s'appliquent:

- 1'154.7 heures à CHF 200.-, soit CHF 230'940.-
- 82.5 heures à CHF 290.-, soit CHF 23'925.-.

578. En conséquence, les frais s'élèvent à CHF 254'865.-. Ils sont mis à la charge de Madrigall.

E Résultat

579. En résumé, la COMCO parvient à la conclusion suivante en se basant sur les considérations qui précèdent:

580. Madrigall a un pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 4 al. 2^{bis} LCart sur Payot en lien avec les livres en français édités et/ou diffusés par Madrigall (N 387 ss).

⁶¹⁹ A 198, section I N 6 à 9.

⁶²⁰ [...]; cf. N 144.

⁶²¹ 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).

⁶²² ATF 128 II 247 consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; art. 3 al. 2 let. b et c OEmol-LCart *a contrario*.

581. Madrigall abuse de son pouvoir de marché relatif envers Payot en acceptant sur le principe un approvisionnement direct de Payot en France, mais en octroyant à Payot un taux de remise plus bas que les taux dont bénéficient les libraires français, et cela de façon injustifiée. Ce faisant, Madrigall limite de façon abusive la possibilité de Payot de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger au sens de l'art. 7 al. 1 en lien avec l'al. 2 let. g LCart (N 461 ss). Cela justifie que des mesures soient prononcées au sens de l'art. 30 al. 1 LCart (N 524 ss).

582. Au vu de l'issue de la procédure, les frais de la procédure doivent être intégralement mis à charge de Madrigall (N 573 ss).

F Dispositif

Sur la base des faits et des considérants qui précèdent, la COMCO décide:

1. En raison d'un abus de pouvoir de marché relatif au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. g LCart, les mesures suivantes sont ordonnées (art. 30 al. 1 LCart):
 - a. en cas d'approvisionnement direct en France par Payot SA, Madrigall SA et ses sociétés affiliées ont l'obligation d'appliquer à Payot SA les mêmes conditions générales de vente ainsi que les mêmes conditions commerciales que celles qui sont appliquées aux revendeurs français en

France. Il en va en particulier ainsi de la remise de base maximale, de la remise quantitative maximale, de la remise qualitative maximale ainsi que des différentes conditions y relatives. L'exception prévue à la mesure b) est réservée;

- b. en dérogation à la mesure a), Madrigall SA et ses sociétés affiliées sont autorisées à réduire le taux de remise appliqué à Payot SA afin de tenir compte des surcoûts admissibles pour le marché suisse;
 - c. en cas d'approvisionnement direct en France par Payot SA, Madrigall SA et ses sociétés affiliées ont l'interdiction de déduire du taux de remise appliqué à Payot SA les éventuels autres coûts supplémentaires qui, de par leur nature, seraient irréguliers, uniques, ou encore fluctuants;
2. Pour le surplus, la COMCO clôt l'enquête sans suite.
 3. Les coûts de procédure au sens de l'art. 53a LCart, d'un montant total de CHF 254'865.-, sont mis à charge de Madrigall SA et de ses sociétés affiliées.

La décision doit être notifiée à:

- **Madrigall SA**
représentée par [...]
- **Payot SA**
représentée [...]

[Voies de droit]

B 2.2

3. BMW (Schweiz) AG

Verfügung vom 30. Juni 2025 in Sache Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend BMW (Schweiz) AG wegen unzulässiger Verhaltensweise eines relativ marktmächtigen Unternehmens gemäss Art. 7 KG gegen BMW (Schweiz) AG, vertreten durch [...].

A Verfahren**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG bildete ursprünglich die Frage, ob die BMW (Schweiz) AG (nachfolgend: BMW Schweiz) und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (BMW Schweiz und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften zusammen nachfolgend: BMW-Gruppe) gegenüber der Z. AG (nachfolgend: Z.), einer [...] Garagenbetreiberin, und den konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften (Z. und die konzernmässig mit ihr verbundenen Gesellschaften zusammen nachfolgend: Z.-Gruppe [...]) über eine relativ marktmächtige Stellung verfügt und diese missbraucht haben.¹ Konkret bestand der Verdacht, dass die BMW-Gruppe die Z.-Gruppe zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasst und sodann unerwartet die Geschäftsbeziehungen beendet hatte, ohne eine angemessene Übergangslösung vorzusehen und damit gegen Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG², Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und/oder Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verstossen hat.³

2. Im Verlauf der Untersuchung, am 25. Juli 2024, erklärte sich BMW Schweiz zu einer Verlängerung bzw. zum Abschluss bestimmter Händlerverträge mit Z. bereit (Rz 77 ff.). Z. teilte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) daraufhin mit, dass sie mit BMW Schweiz eine Einigung gefunden habe, das problematische Verhalten der BMW-Gruppe nicht mehr bestehe und sie mithin kein Interesse mehr an der Weiterführung der Untersuchung habe (Rz 80). Bei dieser Ausgangslage ist eine Untersuchung, die ein nicht sanktionierbares Verhalten betrifft, grundsätzlich zufolge Gegenstandslosigkeit einzustellen (Rz 81 ff.).⁴ Verfahrensgegenstand bildet deshalb nur noch die Frage, ob BMW Schweiz die Verfahrenskosten zu tragen hat.⁵ Das ist dann der Fall, wenn die BMW-Gruppe gemäss einer summarischen Beurteilung bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung von BMW Schweiz vom 25. Juli 2024 die Untersuchung verursachte, weil sie gegenüber der Z.-Gruppe über relative Marktmacht im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG verfügte und diese Stellung gemäss Art. 7 KG missbrauchte (Rz 88 ff.).

A.2 Verfahrensparteien**A.2.1 Untersuchungsadressatin: BMW-Gruppe**

3. Untersuchungsadressatin ist die BMW-Gruppe (Rz 1). Mit den Marken BMW, MINI, Rolls-Royce und BMW Motorrad ist die BMW-Gruppe eine Herstellerin von Kraftfahrzeugen und Motorrädern sowie Anbieterin von Finanz- und Mobilitätsdienstleistungen. Sie verfügt weltweit über 30 Produktionsstandorte und ein Vertriebs-

netzwerk in über 140 Ländern. Im Jahr 2023 erzielte die BMW-Gruppe einen Umsatz von rund 155 Milliarden Euro und einen Bruttogewinn von rund 30 Milliarden Euro.⁶

4. Geprüft wird vorliegend eine Verhaltensweise von BMW Schweiz. BMW Schweiz mit Sitz in Dielsdorf (ZH) bezweckt den Import von Automobilen und Motorrädern, deren Teilen und Zubehör und anderen Erzeugnissen, insbesondere der Marke BMW, sowie deren Vertrieb in der Schweiz und die Erbringung von Service-, Reparatur- und sonstigen Dienstleistungen.⁷ BMW Schweiz ist die Schweizer Generalimporteurin der BMW-Gruppe und betreibt als Vertragspartnerin zugelassener Händlerinnen und Werkstätten ein selektives Vertriebssystem⁸ für Kraftfahrzeuge der Marken BMW und MINI in der Schweiz (nachfolgend: BMW- bzw. MINI-Fahrzeuge).⁹ Die Aktien von BMW Schweiz werden zu 100 % von der Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft mit Sitz in München, Deutschland, (nachfolgend: BMW AG) gehalten.¹⁰

5. BMW Schweiz kommt als Gesellschaft der BMW-Gruppe Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG¹¹ zu (Rz 71 ff.).

¹ Act. I.11.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Act. I.2, Rz 8 ff.; act. I.11.

⁴ BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-Autor/in), Art. 30 N 62, 64 m. w. H.

⁵ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 53a N 4 f.

⁶ BMW AG, BMW Group Bericht 2023, München 2024, S. 152.

⁷ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-105.974.654.

⁸ Im Selektivvertrieb erbringen *zugelassene Händlerinnen* (offizielle Händlerinnen) Vertriebsdienstleistungen für Neuwagen oder Ersatzteile für Kraftfahrzeuge als Mitglieder eines von einer Kraftfahrzeuganbieterin eingerichteten Vertriebssystems. Zugelassene Händlerinnen dürfen in diesem Vertriebssystem Neuwagen nur an Endkundinnen und Endkunden oder zugelassene Händlerinnen verkaufen. *Unabhängige Händlerinnen* (freie Händlerinnen) sind dagegen nicht Teil des Vertriebssystems der Kraftfahrzeuganbieterin und grundsätzlich vom Vertrieb von Neuwagen ausgeschlossen. *Zugelassene Werkstätten* (offizielle Werkstätten) erbringen Serviceleistungen für Kraftfahrzeuge als Mitglieder eines von einer Kraftfahrzeuganbieterin eingerichteten Vertriebssystems. *Unabhängige Werkstätten* (freie Werkstätten) erbringen Serviceleistungen für Kraftfahrzeuge, ohne Mitglieder des betreffenden Vertriebssystems zu sein (vgl. Art. 1 lit. c-f Verordnung vom 29. November 2023 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor [KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6]).

⁹ Act. I.2, Rz 5, 20, 29 ff.

¹⁰ Handelsregister B des Amtsgerichts München, Deutschland, Nr. HRB 42243; BMW AG, BMW Group Bericht 2023, München 2024, S. 232.

¹¹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

A.2.2 Anzeigerin: Z.

6. Anzeigerin ist Z. mit Sitz in Q. und [...] in R. und S. (Rz 1). Z. bezweckt [Tätigkeiten in den Bereichen Handel und Service betreffend Kraftfahrzeuge].¹² Sie ist spezialisiert auf Kraftfahrzeuge der Marken BMW und MINI.¹³ Seit dem Jahr [...] ist sie als zugelassene Händlerin und Werkstatt für BMW-Fahrzeuge sowie seit dem Jahr [...] als zugelassene Händlerin und Werkstatt für MINI-Fahrzeuge tätig.¹⁴ Die Standorte ihrer Verkaufsstellen bzw. Werkstätten befinden sich in R. (eröffnet [...]), Q. (eröffnet [...]) und S. (eröffnet [...]).¹⁵ Als zugelassene Händlerin verkauft Z. vornehmlich Neuwagen der Marken BMW und MINI, daneben auch Gebrauchtwagen der genannten sowie anderer Marken. Im Jahr 2023 erzielte Z. einen Umsatz von rund [...] Millionen Franken und einen Bruttogewinn von rund [...] Millionen Franken.¹⁶

7. Die Aktien von Z. werden zu [...] % durch die Y. AG¹⁷ gehalten, die Teil der [...] Z.-Gruppe ist. [...] % werden durch W.¹⁸ [...] gehalten, die Teil der W.-Gruppe ist.¹⁹ [...] Im Jahr 2023 erzielte die Z.-Gruppe einen Umsatz von rund [...] Millionen Franken und einen Bruttogewinn von rund [...] Millionen Franken.²¹

8. Z. kommt Parteistellung gemäss Art. 6 VwVG zu (Rz 71 ff.).

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Verfahren in der Hauptsache

9. Mit Anzeige vom 28. September 2023 beantragte Z. beim Sekretariat die Eröffnung einer Vorabklärung bzw. Untersuchung gegen BMW Schweiz zufolge des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bzw. relativer Marktmacht.²²

10. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2023 bestätigte das Sekretariat Z. den Eingang der Anzeige, ersuchte Z. um Bestätigung des Festhaltens an der Anzeige bei gegebenenfalls notwendiger Offenlegung ihrer Identität gegenüber BMW Schweiz und forderte sie auf, das Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021 (nachfolgend: Formular zur relativen Marktmacht vom 6. Dezember 2021) ausgefüllt einzureichen.²³

11. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2023 bestätigte Z. das Festhalten an der Anzeige bei gegebenenfalls notwendiger Offenlegung ihrer Identität gegenüber BMW Schweiz und reichte das Formular zur relativen Marktmacht vom 6. Dezember 2021 ausgefüllt ein.²⁴

12. Mit Schreiben vom 13. November 2023 forderte das Sekretariat Z. auf, eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung der Anzeige vom 28. September 2023, vier zur Edition offerierte Verträge sowie die vollständige Korrespondenz im Zusammenhang mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung durch BMW Schweiz einzureichen.²⁵

13. Mit Schreiben vom 22. November 2023 verzichtete Z. in Bezug auf die BMW-Gruppe auf eine Bereinigung der Anzeige vom 28. September 2023 um Geschäftsgeheimnisse und reichte die vier zur Edition offerierten Verträge ein.²⁶

14. Mit Schreiben vom 28. November 2023 forderte das Sekretariat Z. auf, weitere Geschäftsgeheimnisbereini-

gungen vorzunehmen, die vollständige Korrespondenz im Zusammenhang mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung durch BMW Schweiz einzureichen und Auskünfte zu erteilen zur Konzernstruktur der Z.-Gruppe, zu den Kontrollverhältnissen betreffend Z. sowie zu den Vertragsbeziehungen mit BMW Schweiz.²⁷

15. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2023 verzichtete Z. in Bezug auf die BMW-Gruppe auf eine Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse, reichte weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung durch BMW Schweiz ein und erteilte Auskünfte zur Konzernstruktur der Z.-Gruppe sowie zu den Vertragsbeziehungen mit BMW Schweiz.²⁸

16. Am 15. Januar 2024 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG, teilte dies mit Schreiben vom 15. Januar 2024 BMW Schweiz mit und setzte BMW Schweiz Frist zur Stellungnahme zur Anzeige vom 28. September 2023 sowie den weiteren bis zum 15. Januar 2024 eingegangenen Schreiben von Z.²⁹

17. Mit Schreiben vom 15. Januar 2024 erteilte Z. Auskünfte zu den Kontrollverhältnissen betreffend Z.³⁰

18. Mit Schreiben vom 16. Januar 2024 teilte das Sekretariat Z. die Eröffnung der Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG mit.³¹

19. Mit Schreiben vom 29. Februar 2024 nahm BMW Schweiz Stellung zur Anzeige vom 28. September 2023 sowie den weiteren bis zum 15. Januar 2024 eingegangenen Schreiben von Z.³²

20. Mit E-Mail vom 14. März 2024 notifizierte das Sekretariat das Bundeskartellamt von Deutschland gemäss Art. 4 des Abkommens vom 1. November 2022 zwischen dem Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

¹² Handelsregister des Kantons [...].

¹³ Act. I.2, Rz 4; Webseite [...] (30.6.2025).

¹⁴ Act. I.2, Rz 6. Zwischen dem 1. Oktober 2023 und dem 30. September 2024 war Z. nicht als zugelassene Händlerin für MINI-Fahrzeuge tätig (act. I.57, Beilage 1).

¹⁵ Act. I.2, Rz 6.

¹⁶ Act. I.57, Beilage 2; act. I.73, S. 2.

¹⁷ Handelsregister des Kantons [...].

¹⁸ Handelsregister des Kantons [...].

¹⁹ Act. I.2, Beilage 16; act. I.8, Beilage 6; act. I.40, S. 25 f.; act. I.41, S. 3.

²⁰ [...].

²¹ Act. I.57, Beilage 2; act. I.73, S. 2.

²² Act. I.2.

²³ Act. I.3.

²⁴ Act. I.4.

²⁵ Act. I.5.

²⁶ Act. I.6.

²⁷ Act. I.7.

²⁸ Act. I.8.

²⁹ Act. I.11.

³⁰ Act. I.12.

³¹ Act. I.14.

³² Act. I.29.

³³ SR 0.251.136.1.

³⁴ Act. I.32.

der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden³³ über die Eröffnung der Untersuchung 32-0284: BMW (Schweiz) AG.³⁴

21. Mit Schreiben vom 21. März 2024 forderte das Sekretariat Z. auf, Stellung zu nehmen zur Eingabe von BMW Schweiz vom 29. Februar 2024, Auskunft zu erteilen zu ihren Umsätzen, zum Verkauf von Occasionsfahrzeugen sowie zu den Kontrollverhältnissen betreffend Z. und zudem ihre Anträge zu präzisieren.³⁵

22. Mit Schreiben vom 8. April 2024 forderte das Sekretariat W. auf, Auskunft zu erteilen zu den Ausweichmöglichkeiten von Z., den Kontrollverhältnissen betreffend Z. und zu ihren Investitionen betreffend Z.³⁶

23. Mit Schreiben vom 21. Mai 2024 nahm Z. Stellung zur Eingabe von BMW Schweiz vom 29. Februar 2024, erteilte Auskunft zu ihren Umsätzen, zum Verkauf von Occasionsfahrzeugen sowie zu den Kontrollverhältnissen betreffend Z. und präziserte ihre Anträge.³⁷

24. Mit Schreiben vom 21. Mai 2024 nahm W. Stellung zu den Ausweichmöglichkeiten von Z., den Kontrollverhältnissen betreffend Z. sowie ihren Investitionen betreffend Z.³⁸

25. Mit Schreiben vom 7. Juni 2024 forderte das Sekretariat BMW Schweiz auf, zur Eingabe von Z. vom 21. Mai 2024 Stellung zu nehmen.³⁹

26. Mit Schreiben vom 30. Juli 2024 erklärte Z., sie habe sich zufolge einer Verhaltensanpassung von BMW Schweiz dahingehend mit dieser geeinigt, dass ihre wesentlichen Verhaltenserwartungen erfüllt seien, so dass sie kein Interesse an weiteren Ermittlungen und an einer Verfahrensteilnahme mehr habe (nachfolgend: Desinteresseerklärung vom 30. Juli 2024).⁴⁰

27. Mit Schreiben vom 31. Juli 2024 bestätigte das Sekretariat den Empfang der Desinteresseerklärung vom 30. Juli 2024 und forderte Z. auf, diese zu präzisieren.⁴¹

28. Mit Schreiben vom 9. August 2024 präziserte Z. die Desinteresseerklärung vom 30. Juli 2024.⁴²

29. Mit Schreiben vom 30. August 2024 nahm BMW Schweiz Stellung zur Eingabe von Z. vom 21. Mai 2024.⁴³

30. Mit Schreiben vom 11. September 2024 stellte das Sekretariat Z. die Stellungnahme von BMW Schweiz vom 30. August 2024 zur Kenntnis zu.⁴⁴

31. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2024 forderte das Sekretariat Z. auf, weitere Verträge einzureichen, die Laufzeiten aller relevanten Verträge anzugeben, Umsatzzahlen nachzureichen und bereits eingereichte Umsatzzahlen zu erläutern.⁴⁵

32. Mit Schreiben vom 6. November 2024 reichte Z. weitere Verträge ein, gab die Laufzeiten aller relevanten Verträge an, reichte Umsatzzahlen nach und erläuterte bereits eingereichte Umsatzzahlen.⁴⁶

33. Mit Schreiben vom 8. November 2024 forderte das Sekretariat Z. auf, Auskünfte und Unterlagen im Zu-

sammenhang mit den zwischen BMW Schweiz und Z. abgeschlossenen Verträge einzureichen.⁴⁷

34. Mit Schreiben vom 28. November 2024 forderte das Sekretariat Z. auf, Nachweise zu geltend gemachten Investitionen einzureichen.⁴⁸

35. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2024 und ergänzendem Schreiben vom 16. Dezember 2024 reichte Z. Auskünfte und Unterlagen im Zusammenhang mit den zwischen BMW Schweiz und Z. abgeschlossenen Verträgen ein.⁴⁹

36. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2024 forderte das Sekretariat BMW Schweiz auf, Auskünfte und Unterlagen im Zusammenhang mit den zwischen BMW Schweiz und Z. abgeschlossenen Verträgen einzureichen.⁵⁰

37. Mit Schreiben vom 16. Januar 2025 reichte Z. Nachweise zu geltend gemachten Investitionen ein.⁵¹

38. Mit Schreiben vom 27. Januar 2025 reichte BMW Schweiz Auskünfte und Unterlagen im Zusammenhang mit den zwischen BMW Schweiz und Z. abgeschlossenen Verträgen ein.⁵²

39. Mit Schreiben vom 19. Februar 2025 forderte das Sekretariat Z. auf, finanzielle Informationen einzureichen.⁵³

40. Mit Schreiben vom 27. Februar 2025 reichte Z. finanzielle Informationen ein.⁵⁴

41. Mit Schreiben vom 27. März 2025 übermittelte das Sekretariat BMW Schweiz und Z. seinen Antrag gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme.⁵⁵ Das Sekretariat beantragte darin die Einstellung des Verfahrens sowie die Auferlegung der Verfahrenskosten zulasten von BMW Schweiz, weil das Verhalten von BMW Schweiz vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 26) nach summarischer Prüfung einen Missbrauch relativer Marktmacht dargestellt habe.

42. Mit Schreiben vom 11. Juni 2025 nahm BMW Schweiz Stellung zum Antrag des Sekretariats.⁵⁶ Sie begrüßte die Einstellung des Verfahrens, erhob aber

³⁵ Act. I.33.

³⁶ Act. I.35.

³⁷ Act. I.40.

³⁸ Act. I.41.

³⁹ Act. I.42.

⁴⁰ Act. I.47.

⁴¹ Act. I.48.

⁴² Act. I.50.

⁴³ Act. I.51.

⁴⁴ Act. I.52.

⁴⁵ Act. I.54.

⁴⁶ Act. I.57.

⁴⁷ Act. I.58.

⁴⁸ Act. I.61.

⁴⁹ Act. I.63; act. I.66.

⁵⁰ Act. I.67.

⁵¹ Act. I.68.

⁵² Act. I.71.

⁵³ Act. I.72.

⁵⁴ Act. I.73.

⁵⁵ Act. I.74; act. I.75.

⁵⁶ Act. I.78.

Einwände gegen die summarische Prüfung des Missbrauchs relativer Marktmacht sowie die Kostenaufzählung. Auf die Einwände von BMW Schweiz wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.⁵⁷

43. Mit Schreiben vom 19. Juni 2025 informierte das Sekretariat BMW Schweiz und Z. über den Entscheidprozess der WEKO und liess Z. die Stellungnahme von BMW Schweiz vom 11. Juni 2025 zukommen.⁵⁸

44. Nach Beratung fällte die WEKO am 30. Juni 2025 den vorliegenden Entscheid.

A.3.2 Verfahren betreffend die Beteiligung Dritter

45. Mit Schreiben vom 20. Februar 2024 stellte F. ein Gesuch um Beteiligung am Verfahren, dessen Eingang das Sekretariat mit E-Mail vom 21. Februar 2024 bestätigte.⁵⁹

46. Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 stellten A., G. und B. Gesuche um Beteiligung am Verfahren, deren Eingang das Sekretariat mit E-Mail vom 27. Februar 2024 bestätigte.⁶⁰

47. Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 stellten D., C. und E. Gesuche um Beteiligung am Verfahren, deren Eingang das Sekretariat mit E-Mail vom 27. Februar 2024 bestätigte.⁶¹

48. Mit Schreiben vom 18. April 2024 legte das Sekretariat seine vorläufige ablehnende Beurteilung der Gesuche um Beteiligung am Verfahren (Rz 45–47) dar und setzte den Gesuchstellerinnen Frist zur Bestätigung ihrer jeweiligen Gesuche.⁶²

49. Mit E-Mail vom 3. Mai 2024 zog F. ihr Gesuch um Beteiligung am Verfahren zurück.⁶³

50. Mit Schreiben vom 17. Mai 2024 bestätigten D. und C. ihre Gesuche um Beteiligung am Verfahren.⁶⁴

51. Mit Schreiben vom 21. Mai 2024 bestätigten A. und B. ihre Gesuche um Beteiligung am Verfahren.⁶⁵

52. Mit Schreiben vom 27. Mai 2024 ersuchte D. zufolge neuer äusserer Umstände um Sistierung der Ausarbeitung der Verfügung in Bezug auf sie.⁶⁶

53. Mit Schreiben vom 30. Mai 2024 zog G. ihr Gesuch um Beteiligung am Verfahren zurück.⁶⁷

54. Mit Schreiben vom 6. Juni 2024 zog E. ihr Gesuch um Beteiligung am Verfahren zurück.⁶⁸

55. Mit Schreiben vom 6. Juni 2024 stellten D. und C. jeweils Verfahrensanhträge.⁶⁹

56. Mit Schreiben vom 10. Juni 2024 ergänzte D. ihr Sistierungsgesuch vom 27. Mai 2024.⁷⁰

57. Mit Schreiben vom 14. Juni 2024 nahmen A. und B. Stellung zur vorläufigen ablehnenden Beurteilung des Sekretariats vom 18. April 2024 betreffend ihre Gesuche um Beteiligung am Verfahren.⁷¹

58. Mit Schreiben vom 21. Juni 2024 nahmen D. und C. Stellung zur vorläufigen ablehnenden Beurteilung des Sekretariats vom 18. April 2024 betreffend ihre Gesuche um Beteiligung am Verfahren.⁷²

59. Mit Schreiben vom 1. Juli 2024 und E-Mail vom 12. Juli 2024 zog D. ihr Gesuch um Beteiligung am Verfahren zurück.⁷³

60. Mit Zwischenverfügungen vom 10. September 2024 wies das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die Gesuche um Beteiligung am Verfahren von C., A. und B. ab.⁷⁴ Gegen die Zwischenverfügungen wurde keine Beschwerde erhoben.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

61. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

62. Die BMW-Gruppe (Rz 1, 3 ff.) und die Z.-Gruppe (Rz 1, 7) stellen Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Das Kartellgesetz ist folglich in persönlicher Hinsicht anwendbar.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

63. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

64. In der vorliegenden Untersuchung wird summarisch beurteilt, ob die BMW-Gruppe gegenüber der Z.-Gruppe über relative Marktmacht gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG verfügt und diese nach Art. 7 KG missbraucht hat (Rz 2, 77 ff.). Das Kartellgesetz ist folglich vorliegend in sachlicher Hinsicht anwendbar.

⁵⁷ Vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2 m. w. H.

⁵⁸ Act. I.79; act. I.80.

⁵⁹ Act. II.1; act. II.2.

⁶⁰ Act. II.3; act. II.10.

⁶¹ Act. II.7; act. II.11.

⁶² Act. II.12–14.

⁶³ Act. II.20.

⁶⁴ Act. II.23.

⁶⁵ Act. II.24.

⁶⁶ Act. II.27.

⁶⁷ Act. II.29.

⁶⁸ Act. II.34.

⁶⁹ Act. II.35; act. II.36.

⁷⁰ Act. II.27.

⁷¹ Act. II.42.

⁷² Act. II.43.

⁷³ Act. II.44; act. II.45.

⁷⁴ Act. II.46; act. II.47; act. II.48. Vgl. RPW 2024/4, 1318 ff., *Beteiligung von A. an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG*; RPW 2024/4, 1330 ff., *Beteiligung von B. an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG*; RPW 2024/4, 1341 ff., *Beteiligung von C. an der Untersuchung als Partei oder Dritte gemäss Art. 43 KG*.

B.1.3 Örtlicher Geltungsbereich

65. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht notwendig und auch nicht zulässig.⁷⁵

66. In der vorliegenden Untersuchung werden Verhaltensweisen von BMW Schweiz betreffend die geschäftliche Tätigkeit von Z. in R., Q. und S. summarisch beurteilt (Rz 2, 77 ff.). Der untersuchte Sachverhalt wirkte sich in der Schweiz aus. Das Kartellgesetz ist folglich in örtlicher Hinsicht anwendbar.

B.1.4 Zeitlicher Geltungsbereich

67. Das Kartellgesetz gilt für Sachverhalte, die sich während seiner Geltung zugetragen haben. Die materiellen Regeln des Kartellgesetzes sind seit dem 1. Juli 1996 in Kraft. Die Regelungen betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht sind seit dem 1. Januar 2022 in Kraft.

68. In der vorliegenden Untersuchung wird eine mit Schreiben vom 29. Juli 2022 angekündigte, mit Schreiben vom 29. September 2022 vorgenommene und per 1. Oktober 2023 bzw. 1. Januar 2026 in Kraft getretene bzw. tretende Nichtverlängerung bzw. Kündigung von Verträgen durch BMW Schweiz summarisch beurteilt (Rz 2, 77 ff.).⁷⁶ Das Kartellgesetz ist folglich in zeitlicher Hinsicht anwendbar.

B.2 Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

69. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des Geschäftsreglements WEKO⁷⁷. Nach Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO trifft die Gesamtkommission die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

70. Vorliegend entscheidet die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) mit Endverfügung darüber, ob die Untersuchung einzustellen ist oder gegen die Verfahrensparteien wegen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen zu erlassen sind (Art. 30 Abs. 1 KG). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen Organs oder des Sekretariats gegeben ist, ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig für die Entscheidung ist folglich die Gesamtkommission.

B.3 Parteien

71. Das kartellgesetzliche Rechtssubjekt ist das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (Rz 0). Unternehmen haben keine Rechtspersönlichkeit im Sinne des Verwaltungsverfahrenrechts (Art. 39 KG).⁷⁸ Trägerin der verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten ist die Partei gemäss Art. 6 VwVG.⁷⁹

72. Parteistellung kommt nach Art. 6 VwVG in erster Linie denjenigen Personen zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung gemäss Art. 5 VwVG regeln soll. Diese werden auch als materielle Verfügungsadressatinnen bezeichnet.⁸⁰ Praxisgemäss können je Unternehmen jedenfalls diejenigen Personen als materielle Verfügungsadressatinnen qualifiziert werden, welche im Zeit-

punkt des geprüften Verstosses Trägerinnen des Unternehmens waren.⁸¹

73. Vorliegend kommt BMW Schweiz (Rz 3 ff.) und Z. (Rz 6 f.) Parteistellung zu.

74. Keine Parteistellung kommt insbesondere A., C. und B. zu, deren Gesuche um Beteiligung am Verfahren mit Verfügungen vom 10. September 2024 abgewiesen wurden (Rz 60).

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

75. 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 oder 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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

76. Vorliegend sind keine anwendbaren vorbehaltenen Vorschriften ersichtlich. Solche werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.5 Untersuchungsgegenstand nach Anpassung eines nicht sanktionierbaren Verhaltens

B.5.1 Verhaltensanpassung der BMW-Gruppe

77. Wie eingangs erwähnt (Rz 1 f.), hat BMW Schweiz im Verlauf der Untersuchung ihr Verhalten angepasst. Deshalb ist vorab festzuhalten, was in der vorliegenden Verfahrenskonstellation der Untersuchungsgegenstand ist. Dazu ist die Entwicklung der Vertragslage zwischen BMW Schweiz und Z. in kurzer Form nachzuzeichnen:

78. Zum Zeitpunkt der Anzeigeeinreichung am 28. September 2023 waren zwischen BMW Schweiz und Z. eine Reihe von Händler- und Serviceverträgen betreffend BMW- bzw. MINI-Fahrzeuge in Kraft (vgl. Tabelle 1; Rz 79). In Bezug auf den Standort R. waren dies ein BMW-Händler- und Servicevertrag sowie ein MINI-

⁷⁵ Vgl. BGE 143 II 297 E. 3.7, *Gaba*.

⁷⁶ Act. I.2, Beilagen 12 und 14; act. I.40, Rz 45; act. I.57, Beilage 1; act. I.63.

⁷⁷ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

⁷⁸ Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 19, 34 m. w. H.

⁷⁹ Vgl. etwa BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.2.2, DCC; RPW 2021/3, 691 Rz 31, *Obligation de renseigner*; RPW 2020/3a, 1096 Rz 1128, *Bauleistungen See-Gaster*; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (Fn 4), Art. 2 N 121.

⁸⁰ Vgl. BGer, 9C_918/2009 vom 24.12.2009 E. 4.3.1; BVGer, B-5130/2019 vom 9.8.2021 E. 7.1, *Bauleistungen Graubünden/Schlub*; BVGer, B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 119 f., DCC; BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2007 E. 4.5, *Publigroupe*.

⁸¹ Vgl. BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 7.1 m. w. H., DCC; RPW 2020/3a, 1096 Rz 1129, *Bauleistungen See-Gaster*; RPW 2019/1, 116 Rz 212, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*.

Händler- und Servicevertrag, in Bezug auf den Standort Q. ein BMW-Händler- und Servicevertrag (inkl. BMW M) sowie ein MINI-Servicevertrag und in Bezug auf den Standort S. ein BMW-Servicevertrag sowie ein MINI-Händler- und Servicevertrag.⁸² Diese Verträge hatten Laufzeiten vom 1. Oktober 2018 bis zum 30. September 2023. Hinzu kamen zwei Verträge betreffend Occasionen mit unbefristeten Laufzeiten ab dem 1. April 2020:

BMW Premium Selection am Standort Q. und Occasionen MINI NEXT am Standort S.⁸³ In Bezug auf sämtliche dieser Verträge sprach BMW Schweiz mit Schreiben vom 29. September 2022⁸⁴ die Nichtverlängerung bzw. Kündigung per 30. September 2023 aus (Rz 68). In der Folge gewährte sie jedoch eine Reihe von Verlängerungen: So wurde der BMW-Händler- und Servicevertrag (inkl. BMW M) betreffend den Standort Q. bis zum 31. Dezember 2025 verlängert und die übrigen BMW-Serviceverträge sowie sämtliche MINI-Serviceverträge bis zum 31. Dezember 2028 (vgl. Tabelle 1; Rz 79).⁸⁵ Z. erachtete diese Verlängerungen jedoch als unzureichend.⁸⁶

79. Im Rahmen einer Vereinbarung zwischen BMW Schweiz und Z. vom 25. Juli 2024⁸⁷ willigte BMW Schweiz in eine Verhaltensanpassung ein und verlängerte bzw. ergänzte die Verträge mit Z. weitergehend als vorstehend beschrieben (nachfolgend: Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024). Im Einzelnen willigte BMW Schweiz in Bezug auf den Standort Q. in den Abschluss eines BMW-Händler- und Servicevertrags (inkl. BMW M) mit Laufzeit bis zum 31. Dezember 2028 (anstatt 31. Dezember 2025) sowie in den Abschluss eines bis dahin am Standort Q. nicht bestehenden MINI-Händlervertrags (inkl. Occasionen MINI Next) mit Laufzeit bis zum 31. Dezember 2028 ein.⁸⁸ Auch erneuerten die beiden Unternehmen den zum 30. September 2023 ausgelaufenen Vertrag über den Vertrieb von gebrauchten BMW-Fahrzeugen (BMW Premium Selection) bis zum 31. Dezember 2028. Für die übrigen BMW-Serviceverträge und die MINI-Serviceverträge betreffend alle drei Standorte von Z. war – wie erwähnt (Rz 78) – bereits davor eine Laufzeit bis 31. Dezember 2028 vereinbart worden. Aus der untenstehenden Übersicht sind sowohl die Vertragslage bei Anzeigeeinreichung am 28. September 2023 als auch die Vertragslage unmittelbar vor sowie nach der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 ersichtlich (jeweils mit den relevanten Vertragslaufzeiten).⁸⁹

⁸² Act. I.57, Beilage 1; act. I.63.

⁸³ Act. I.57, Beilage 1; act. I.63.

⁸⁴ Act. I.2, Beilage 14.

⁸⁵ Act. I.40, Rz 45; act. I.57, Beilage 1; act. I.63.

⁸⁶ Act. I.4, S. 8; act. I.40, Rz 45.

⁸⁷ Act. I.63.

⁸⁸ Act. I.57, Beilage 1; act. I.63. Für die Händlerverträge wurde eine Umstellung auf das Agenturmodell vorbehalten.

⁸⁹ Act. I.57, Beilage 1; act. I.63. [...].

Standort von Z.	Vertragslage bei Anzeigeeinreichung am 28. September 2023	Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024	Vertragslage nach der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024
R.	BMW-Händlervertrag 1.10.2018–30.9.2023		
	BMW-Servicevertrag ⁹⁰ 1.10.2018–30.9.2023	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028
	MINI-Händlervertrag 1.10.2018–30.9.2023		
	MINI-Servicevertrag 1.10.2018–30.9.2023	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028
Q.	BMW-Händlervertrag (inkl. BMW M) 1.10.2018–30.9.2023	BMW-Händlervertrag (inkl. BMW M) 1.10.2023–31.12.2025	BMW-Händlervertrag (inkl. BMW M) 1.10.2023–31.12.2025 und 1.1.2026–31.12.2028
	BMW-Servicevertrag 1.10.2018–30.9.2023	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2025 ⁹¹	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2025 und 1.1.2026–31.12.2028
	BMW Premium Selection 1.4.2020–30.9.2023		BMW Premium Selection 1.10.2024–31.12.2025 und 1.1.2026–31.12.2028
			MINI-Händlervertrag 1.10.2024–31.12.2028
			Occasionen MINI Next 1.10.2024–31.12.2028
	MINI-Servicevertrag 1.10.2018–30.9.2023	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028
S.	BMW-Servicevertrag 1.10.2018–30.9.2023	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028	BMW-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028
	MINI-Händlervertrag 1.10.2018–30.9.2023		
	MINI-Servicevertrag 1.10.2018–30.9.2023	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028	MINI-Servicevertrag 1.10.2023–31.12.2028
	Occasionen MINI Next 1.4.2020–30.9.2023		

Tabelle 1: Gegenüberstellung der Vertragslage bei Anzeigeeinreichung am 28. September 2023, unmittelbar vor sowie nach der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024.

⁹⁰ Die Serviceverträge in der Spalte «Vertragslage bei Anzeigeeinreichung am 28. September 2023» liefen formell per 30. September 2023 aus. Z. konnte und musste gemäss summarischer Beurteilung jedoch davon ausgehen, dass sie bis zum 31. Dezember 2028 verlängert werden (Rz 113b).

⁹¹ Dass der BMW-Servicevertrag betreffend den Standort Q. über eine Laufzeit nur bis am 31. Dezember 2025 verfügte (nicht wie die übrigen BMW- und MINI-Serviceverträge bis am 31. Dezember 2028), war

mutmasslich darauf zurückzuführen, dass er formell Teil des BMW-Händlervertrags bildete. Die Verlängerung sämtlicher BMW- und MINI-Serviceverträge – einschliesslich des BMW-Servicevertrags betreffend den Standort Q. – bis zum 31. Dezember 2028 war vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (sowie bereits während der Vertragsverhandlungen im Jahr 2023) nicht strittig zwischen den Parteien (vgl. Rz 113b).

80. Z. teilte dem Sekretariat nach der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 mit, dass das problematische Verhalten von BMW Schweiz nicht mehr bestehe und sie kein Interesse mehr an der Weiterführung der Untersuchung habe (Rz 26).

B.5.2 Folgen für den Untersuchungsgegenstand

B.5.2.1 Allgemeines

81. Die Wettbewerbsbehörden haben in den von ihnen geführten Untersuchungen von Amtes wegen zu prüfen und festzustellen, ob ein Kartellgesetzverstoss vorliegt. Diese Prüfung ist nicht davon abhängig, ob ein formeller «Verfolgungsantrag» oder eine andere Erklärung des Verfolgungsinteresses vorliegt oder nicht. Jedenfalls in Fällen, in denen ein gemäss Kartellgesetz sanktionierbares Verhalten Verfahrensgegenstand ist, führen die Wettbewerbsbehörden daher ihre Verfahren von Amtes wegen und unabhängig davon, ob mutmasslich geschädigte Unternehmen ein Verfolgungsinteresse haben oder äussern. Dies auch dann, wenn das verfahrensgegenständliche Verhalten nicht mehr vorliegt, so dass auch bereits eingestellte Kartellrechtsverstösse zu sanktionieren sind, sofern keine Verjährung vorliegt. In diesen Verfahren ist dann zu prüfen, ob das damalige Verhalten gegen das Kartellrecht versties.⁹²

82. Anders ist die Lage in Verfahren, in denen ein Verhalten Verfahrensgegenstand ist, welches gemäss Kartellgesetz nicht zu sanktionieren ist. In solchen Verfahren muss im Grundsatz im Zeitpunkt der Entscheidung der WEKO gemäss Art. 30 KG ein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegen. Denn die WEKO erlässt betreffend nicht zu sanktionierende Verhaltensweisen grundsätzlich kein Feststellungsdispositiv, sondern einzig Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG, d. h. Verhaltens- oder Unterlassungspflichten, oder genehmigt eine einvernehmliche Regelung. Massnahmen sind jedoch, ausser bei konkreter Wiederholungsgefahr, nicht zu erlassen, wenn im Zeitpunkt der Behördenentscheidung kein Verstoss gegen das Kartellgesetz (mehr) vorliegt. Die WEKO stellt daher bei nicht sanktionierbaren Verstössen die Untersuchung ein, wenn sie im Zeitpunkt der Behördenentscheidung keinen Kartellrechtsverstoss feststellen kann.⁹³ Hierfür kann bei nicht sanktionierbaren Entscheidungen berücksichtigt werden, dass die «Opfer» des geprüften Verhaltens keine Einwände gegen das aktuelle Verhalten haben.⁹⁴ Zusammengefasst erübrigt sich in Untersuchungen betreffend nicht sanktionierbare Verhaltensweisen eine materielle Prüfung des ursprünglich untersuchten Verhaltens, wenn eine Verhaltensanpassung des angezeigten Unternehmens im Laufe der Untersuchung kartellrechtliche Bedenken beseitigt hat und die Untersuchung deswegen einzustellen ist.

83. Eine Ausnahme besteht jedoch im Hinblick auf die Kostenfolgen. Auch bei einer Einstellung der Untersuchung ist über die Verfahrenskosten gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG zu entscheiden. Diese gehen bei einer Einstellung der Untersuchung in der Regel zu Lasten der Bundeskasse. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn das ursprünglich untersuchte Verhalten gegen das Kartellrecht versties, die Untersuchungsadressatin dieses Verhalten während der laufenden Untersuchung aufgab und die WEKO daher die Untersuchung einstellen muss.⁹⁵ In einer solchen Konstellation hat die Untersu-

chungsadressatin die Verfahrenskosten zu tragen, da sie das Verfahren verursacht hat und sie wegen der Aufgabe des beanstandeten Verhaltens als unterliegend gelten kann.⁹⁶ Es sind diesfalls in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 72 BZP⁹⁷ die Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit zu prüfen.⁹⁸

84. Vorliegend war demnach zur Prüfung des Verursachens des vorliegenden Verfahrens durch die BMW-Gruppe auf den Zeitpunkt unmittelbar vor der Verhaltensanpassung von BMW Schweiz abzustellen, zu der sie sich in einem Schreiben vom 25. Juli 2024⁹⁹ verpflichtet hat (Rz 79). Diese Beurteilung durfte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung summarisch ohne weiteres Beweisverfahren erfolgen, da es nicht dem Sinn der Regelung entspricht und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht vereinbar ist, ein gegenstandslos gewordenen Verfahren nur um des Kostenentscheids willen gleichsam weiterzuführen.¹⁰⁰ Entsprechend wurden nur noch die zufolge des angepassten Untersuchungsgegenstands erforderlichen abschliessenden Abklärungen getroffen.¹⁰¹

B.5.2.2 Gegenstandslosigkeit des Verfahrens in der Hauptsache

85. In der vorliegenden Untersuchung geht es um einen potenziellen Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe. Der Missbrauch relativer Marktmacht ist gemäss Kartellgesetz nicht direkt sanktionierbar (Art. 49a Abs. 1 KG *e contrario*). Ausgehend von den Vorüberlegungen in Rz 82 f. wird daher nachfolgend zunächst aufgezeigt, dass betreffend das aktuelle Verhalten von BMW Schweiz keine Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG zu erlassen sind (Rz 86 f.). Anschliessend wird in einem separaten Kapitel summarisch beurteilt, ob das ursprünglich zu prüfende Verhalten von BMW Schweiz kartellgesetzwidrig war und daher BMW Schweiz Kosten aufzuerlegen sind (Rz 87 ff.).

⁹² BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 4), Art. 30 N 62 ff.

⁹³ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 4), Art. 30 N 64–67.

⁹⁴ Vgl. dazu im Strafrecht DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, S. 71 («Vorab bei Vermögensdelikten [...] wird bei unklarer Beweislage nicht selten das Verfahren relativ rasch eingestellt, wenn z.B. nach einer Schadensdeckung eine Desinteresseserklärung der Geschädigten vorliegt. Naturgemäss werden Officialdelikte damit nicht zu Antragsdelikten, doch ist so der Weg für die Anwendung von Opportunitätsüberlegungen frei. Gleiches gilt, wenn im Rahmen eines Vergleichs [...] eine Einigung erzielt wird und der Geschädigte sein Desinteresse an der Weiterführung des Verfahrens erklärt»).

⁹⁵ BGE 128 II 247 E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 4), Art. 53a N 5 f.; vgl. auch RPW 2015/2, 145 f. Rz 19 ff., *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁹⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a N 4 f.

⁹⁷ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁹⁸ BGE 128 II 247 E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

⁹⁹ Act. I.63.

¹⁰⁰ BGE 128 II 247 E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; RPW 2015/2, 146 Rz 25, *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

¹⁰¹ Die entsprechenden Abklärungen betrafen die Vertragslage, Investitionsbelege sowie Umsatz- und Gewinnzahlen der Z.-Gruppe.

86. BMW Schweiz passte gemäss einer Vereinbarung mit Z. vom 25. Juli 2024¹⁰² ihr Verhalten während laufender Untersuchung dahingehend an, dass sie einen Teil der Verträge mit Z. weitergehend als bis dahin vorgesehen verlängerte und zudem gewisse Verträge neu abschloss. Die Vertragslage wurde vorstehend im Detail dargestellt (Rz 79). Insgesamt fallen im Vergleich zur Vertragslage bei Anzeigeeinreichung am 28. September 2023 (Rz 79) lediglich ein BMW-Händlervertrag und ein MINI-Händlervertrag ersatzlos weg. Z. vertritt die Auffassung, dass BMW Schweiz infolge der Verhaltensanpassung gemäss Vereinbarung vom 25. Juli 2024 «die wesentlichen [...] Verhaltenserwartungen» von Z. erfüllt habe, weshalb Z. an weiteren Ermittlungen und an einer weiteren Verfahrensteilnahme kein Interesse mehr habe.¹⁰³ Eine solche Erklärung führt – auch bei nicht sanktionierbaren Kartellrechtsverstössen – nicht automatisch zur Einstellung der Untersuchung (Rz 82). Vorliegend ist ein Missbrauch relativer Marktmacht und damit ein allfälliger Kartellrechtsverstoss in einem bilateralen Verhältnis zu beurteilen, weshalb der Erklärung von Z. ein gewisses Gewicht zuzumessen ist. Doch auch unabhängig hiervon ist nicht ersichtlich, wie bei dieser Ausgangslage noch von einer Abhängigkeit von Z. von BMW Schweiz ausgegangen werden könnte, die zu einem Missbrauch relativer Marktmacht durch BMW Schweiz führen könnte. Insbesondere kann Z. die von ihr getätigten Investitionen – wie von ihr selbst verlangt¹⁰⁴ – bis zum 31. Dezember 2028 abschreiben. Ferner hat sie damit auch bis zu diesem Datum Zeit, gegebenenfalls gebotene organisatorische Massnahmen für eine allfällige Neuausrichtung zu treffen, was zumutbar ist. Würden auch am 31. Dezember 2028 noch zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen, wäre dies Z. mutmasslich als grobes – die relative Marktmacht ausschliessendes – Selbstverschulden anzurechnen. Insgesamt fällt eine Abhängigkeit für die Zeit nach dem 31. Dezember 2028 vorliegend ausser Betracht und es fehlt am öffentlichen Interesse, das aktuelle Verhalten von BMW Schweiz gegenüber Z. einer ordentlichen materiellen Prüfung zu unterziehen. Die Untersuchung ist deshalb einzustellen.

B.5.2.3 Summarische materielle Beurteilung zur Klärung der Kostenfolgen

87. Wie erläutert (Rz 83), ist auch bei einer Einstellung der Untersuchung über die Verfahrenskosten gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG zu entscheiden. Die hierzu erforderliche summarische Beurteilung (Rz 83) wird nachstehend vorgenommen (Rz 88 ff.).

B.6 Summarische materielle Beurteilung

B.6.1 Vorbemerkungen

88. Zu prüfen ist, ob BMW Schweiz bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) gegenüber Z. mutmasslich über relative Marktmacht im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG verfügte (Rz 90 ff.) und gegebenenfalls diese Stellung durch die ursprüngliche Weigerung, bestimmte Verträge über den 30. September 2023 bzw. den 31. Dezember 2025 hinaus weiterzuführen, missbrauchte gemäss Art. 7 KG, namentlich Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Rz 186 ff.). Ist dies zu bejahen, hätte BMW Schweiz voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG gegeben, weshalb sie gebührenpflich-

tig wäre (Rz 212 ff.). Die Vertragslage zwischen BMW Schweiz und Z. vor der Verhaltensanpassung von BMW Schweiz vom 25. Juli 2024 ist aus der vorstehenden Tabelle 1 (Rz 79; mittlere Spalte) ersichtlich.

89. Z. macht geltend, dass BMW Schweiz bei der Herbeiführung der vorstehenden Vertragslage ihr gegenüber im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG relativ marktmächtig gewesen sei und sich nach Art. 7 KG missbräuchlich verhalten habe. Der Missbrauch relativer Marktmacht ergebe sich namentlich daraus, dass BMW Schweiz sie zu Investitionen in Millionenhöhe veranlasst und sodann unerwartet die Geschäftsbeziehungen beendet habe, ohne eine angemessene Übergangslösung vorzusehen. Hierauf wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

B.6.2 Relative Marktmacht von BMW Schweiz (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG)

B.6.2.1 Allgemeines

90. Gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist ein relativ marktmächtiges Unternehmen ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

91. Wie Art. 4 Abs. 2^{bis} KG konkret zu prüfen ist, hat die WEKO in den Verfahren *Fresenius Kabi* und *Madrigall* ausführlich dargelegt, worauf im Grundsatz verwiesen wird. Danach müssen für das Bestehen relativer Marktmacht folgende Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sein:¹⁰⁵

1. Ein Unternehmen ist *abhängig* von einem anderen Unternehmen (Rz 92 ff.).
2. Dem abhängigen Unternehmen *mangelt es an Gegenmacht* (Rz 163 ff.).
3. Die Abhängigkeit ist nicht *grob selbstverschuldet* (Rz 167 ff.).

B.6.2.2 Abhängigkeit

92. Zentrales Tatbestandsmerkmal der relativen Marktmacht gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen zwei Unternehmen.¹⁰⁶ Die Abhängigkeit misst sich nach dem Gesetzeswortlaut daran, ob ausreichende und zumutbare Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

¹⁰² Act. I.63.

¹⁰³ Act. I.47; act. I.50; act. I.51, Rz 2.

¹⁰⁴ Die in einer Eingabe geäusserte Behauptung von Z., wonach es «verbleibende [...] Investitionen der X.» gebe, die bis ins Jahr 2032 abzuschreiben seien (act. 40, Rz 34), wurde nicht substantiiert. Sie widerspricht auch der Aussage von Z., wonach die gesamte Infrastruktur auf die Bedürfnisse der Marken BMW und MINI «für die Jahre 2018 bis 2028 ausgelegt und gebaut» worden sei (act. I.4, S. 4).

¹⁰⁵ WEKO, 24.6.2024, Rz 268 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 387 ff., 402, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹⁰⁶ Vgl. zur Prüfung der Unternehmenseigenschaft Rz 61 f.

93. Die Prüfkriterien der Abhängigkeit werden nachstehend zunächst dargelegt (Rz 94 ff.) und in der Folge im Rahmen der Subsumtion angewandt (Rz 103 ff.).

B.6.2.2.1 Prüfkriterien

94. Die Abhängigkeit ist gemäss WEKO-Praxis anhand von drei Prüfkriterien zu untersuchen:¹⁰⁷

1. Verfügt das abhängige Unternehmen über *Ausweichmöglichkeiten* (Rz 96 ff.)?
2. Welche *Folgen* hat die Wahrnehmung allfälliger Ausweichmöglichkeiten für das abhängige Unternehmen (Rz 99 ff.)?
3. Sind die *Folgen* allfälliger Ausweichmöglichkeiten für das abhängige Unternehmen *zumutbar* (Rz 101 ff.)?

95. Die drei Prüfkriterien der Abhängigkeit werden nachfolgend einzeln dargestellt.

(i) Ausweichmöglichkeiten

96. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erwähnt als Ausweichmöglichkeit das Ausweichen auf andere Unternehmen. Bezieht sich – wie vorliegend – die mögliche Abhängigkeit auf die Beschaffung von Produkten, kommt hierzu gemäss Praxis der Wettbewerbsbehörden insbesondere Folgendes in Frage:

- Verzicht auf die besagten Produkte;
- Bezug der besagten Produkte bei einer anderen Anbieterin (z. B. Parallelimport);
- Bezug alternativer Produkte (Substitute).¹⁰⁸

97. Welche Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist eine Sachverhaltsfrage. Bei der Beweisführung bzw. der hier durchzuführenden summarischen Beurteilung (Rz 83) kann dabei auch berücksichtigt werden, welche Bemühungen das mutmasslich abhängige Unternehmen an den Tag gelegt hat, um die fragliche Leistung anderweitig zu beziehen (z. B. Parallelimport). Sind etwa intensive Ausweichbemühungen erfolglos geblieben, kann dies dafür sprechen, dass keine oder nur beschränkte Alternativen bestehen. Allerdings bilden «erfolglose Ausweichversuche» keine Tatbestandsvoraussetzung der Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG. Ein solches Kriterium findet im Gesetzestext keine Stütze.¹⁰⁹ Fehlenden Ausweichbemühungen kann jedoch bei der Beweisführung Rechnung getragen werden. Zudem kann es für die Wettbewerbsbehörden bereits ein Argument gegen das Aufgreifen eines Falles bilden, wenn ein Unternehmen keine Ausweichbestrebungen aufzeigen kann.¹¹⁰

98. Ein mutmasslich abhängiges Unternehmen braucht sich nicht in jedem Fall für eine einzige der genannten Möglichkeiten zu entscheiden, wenn es ausweichen muss. Vielmehr kann die beste Alternative auch in der Kombination von Ausweichmöglichkeiten bestehen, beispielsweise indem das Unternehmen für einen Teil der fraglichen Leistung auf alternative Produkte oder Dienstleistungen ausweicht und im Übrigen auf den Bezug der Leistung verzichtet (Teilverzicht).¹¹¹

(ii) Folgen der Ausweichmöglichkeiten

99. Sobald feststeht, welche Ausweichmöglichkeiten bestehen, sind die allfälligen Folgen zu ermitteln, die für das mutmasslich abhängige Unternehmen durch das Ausweichen auf Alternativen entstehen würden.¹¹² Massgebend ist vor allem, welche Folgen das Ausweichen für das mutmasslich abhängige Unternehmen hätte, d. h. ob es eine Umsatzeinbusse¹¹³, höhere Aufwendungen (z. B. Kosten für die Umstellung der Produktion) oder – was vor allem relevant ist – einen tieferen Gewinn zur Folge hätte. Ob solche Nachteile vorliegen oder nicht, ist eine Frage des Sachverhalts.¹¹⁴

100. Schwierigkeiten bei der Beweisführung über die Folgen des Ausweichens rühren daher, dass im Beurteilungszeitpunkt das Ausweichen typischerweise noch nicht stattgefunden hat, die Folgen des Ausweichens noch nicht oder nicht vollständig eingetreten sind, das Ausmass eines allfälligen Nachteils von einer Vielzahl Faktoren abhängen kann und die Folgen des Ausweichens sich im Verlaufe der Zeit verändern können.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund ist der Nachteil, den das Ausweichen für das mutmasslich abhängige Unternehmen zur Folge hätte, in der Regel nicht exakt bezifferbar.

¹⁰⁷ WEKO, 24.6.2024, Rz 278 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 403 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹⁰⁸ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 279 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 404 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹⁰⁹ Vgl. aber BBl 2019 4877, 4940 f. Ziff. 6.4: «Demnach müssen Unternehmen, die sich auf die vorgeschlagene Regelung berufen möchten, bereits andere zumutbare Möglichkeiten, das gewünschte Produkt beziehungsweise die Dienstleistung zu vergleichbaren (Referenz-)Preisen und Konditionen im In- und Ausland zu beziehen, erfolglos ausgeschöpft haben. Beispielsweise reicht die erfolglose Anfrage beim Hersteller des Referenzlandes nicht aus, um eine Abhängigkeit zu begründen. Je nach Einzelfall sind einige erfolglose Beschaffungsversuche in verschiedenen Ländern, in denen die Ware oder die Dienstleistung angeboten wird, vorzuweisen. Dabei hat der abhängige Nachfrager nachzuweisen, dass er erfolglos versucht hat, die Ware oder Dienstleistung anderweitig zu vergleichbaren Preisen und Konditionen wie seine Konkurrenten zu beziehen».

¹¹⁰ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 280, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 405, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹¹ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 282, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹² Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 283 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 404 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹³ Vgl. auch Conseil de la concurrence, Nr. 03-D-42 vom 18.8.2003, *Suzuki et al.*, Rz 46; Conseil de la concurrence, Nr. 89-D-16 vom 2.5.1989, *Chaptal/Mercedes Benz France*, S. 62.

¹¹⁴ WEKO, 24.6.2024, Rz 283, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 407 f., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹⁵ Vgl. m. w. H. WEKO, 24.6.2024, Rz 284, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 409, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

Vielmehr sind häufig bloss Aussagen in Bezug auf dessen Grössenordnung möglich. Trotz der Schwierigkeiten bei der Beweisführung dürfen nicht abstrakte Kriterien oder ein fixer Kriterienkatalog die einzelfallweise Sachverhaltsfeststellung im konkreten Kontext ersetzen.¹¹⁶

(iii) Zumutbarkeit der Folgen

101. Gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG liegt ein Abhängigkeitsverhältnis vor, wenn «keine ausreichenden und zumutbaren» Ausweichmöglichkeiten bestehen. Im Kriterium der «ausreichenden» Ausweichmöglichkeiten ist gemäss WEKO-Praxis nichts enthalten, was nicht auch im Kriterium der «Zumutbarkeit» zu prüfen ist. Die Beurteilung, ob «ausreichende und zumutbare» Ausweichmöglichkeiten vorliegen, kann daher in einem Schritt erfolgen. Massgebend ist, ob die Folgen des Ausweichens oder des Verzichts – primär gemessen an der Gewinneinbusse – für das Unternehmen zumutbar sind.¹¹⁷

102. Das Kriterium der Zumutbarkeit wird in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG nicht konkretisiert. Allfällige Nachteile des Ausweichens können verschiedene Ursachen haben, beispielsweise die Marktverhältnisse oder individuelle Eigenschaften des betroffenen Unternehmens (Rz 99 f.). Damit räumt das Gesetz den rechtsanwendenden Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum ein. In der WEKO-Praxis wurde zur Zumutbarkeit festgehalten, dass einzelfallweise zu beurteilen ist, wie schwerwiegend sich ein Nachteil auf das konkret betroffene Unternehmen im bilateralen Verhältnis auswirkt. Relevant ist dabei nicht die absolute Grösse des Nachteils, da eine bestimmte Umsatzeinbusse für ein Unternehmen gravierende Folgen haben kann, während sie für ein anderes Unternehmen nicht ins Gewicht fällt.¹¹⁸ Auch ist nicht jeder Nachteil unzumutbar. Fällt nämlich die Geschäftsbeziehung mit dem geeignetsten Geschäftspartner weg, ist das Ausweichen auf ein anderes Unternehmen meistens mit Nachteilen verbunden. Das ist in der Regel selbst dann der Fall, wenn grundsätzlich gleichwertige Alternativen zur Verfügung stehen, weil jede Neuausrichtung Wechselkosten mit sich bringt, wobei aus dem Gesetzestext und den dazugehörigen Materialien nicht ersichtlich ist, dass Alternativen einen gleichwertigen Ersatz bieten müssen.¹¹⁹ Die Vorschriften zur relativen Marktmacht zielen darauf, Unternehmen in Konstellationen, in denen zwischen Geschäftspartnern ein klares Machtgefälle besteht, vor Missbrauch zu schützen und nicht darauf, einen weitgehenden Kontrahierungszwang einzuführen. Vor diesem Hintergrund ist eine Zumutbarkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Nachteile für das betroffene Unternehmen unbedeutend sind.¹²⁰ Im Gegenzug ist die Zumutbarkeit in der Regel nicht erst dann zu verneinen, wenn das betroffene Unternehmen in seiner Existenz bedroht ist.¹²¹ Zusammengefasst ist in Bezug auf das konkrete bilaterale Verhältnis aufzuzeigen, dass dem betroffenen Unternehmen im Fall eines Ausweichens oder Verzichts Nachteile einer gewissen Schwere erwachsen.¹²²

B.6.2.2.2 Subsumtion

103. Auf der Grundlage der dargestellten Kriterien (Rz 96 ff.) wird nachfolgend geprüft, ob die Z.-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor

der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich von der BMW-Gruppe abhängig war.

104. Die Abhängigkeit der Z.-Gruppe von der BMW-Gruppe kann nicht sinnvoll gewürdigt werden, ohne die von der Z.-Gruppe behaupteten Investitionen auf deren Relevanz hin geprüft zu haben. Soweit diese Investitionen – etwa in Bezug auf deren Höhe, Gegenstand und Investitionszeitpunkt – vorliegend als relevant zu anerkennen sind, haben sie einen Einfluss auf die Folgen und die Zumutbarkeit der einzelnen Ausweichmöglichkeiten. Deshalb ist nachstehend im Rahmen einer Vorbemerkung auf die von der Z.-Gruppe behaupteten Investitionen einzugehen (Rz 106 ff.).

105. In der Folge (Rz 116 ff.) werden die einzelnen Ausweichmöglichkeiten, deren Folgen sowie deren Zumutbarkeit behandelt.

(i) Vorbemerkung: Investitionen der Z.-Gruppe

106. Vorliegend ist summarisch zu beurteilen, welches bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f., 88) die relevanten Investitionen der Z.-Gruppe waren, inwiefern die BMW-Gruppe diese veranlasst hatte und in welchem Umfang sie bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) zu amortisieren gewesen wären. Vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) war die Vertragslage wie folgt (vgl. Tabelle 1; Rz 79):

- der BMW-Händlervertrag betreffend den Standort R. und die MINI-Händlerverträge betreffend die Standorte R. und S. waren per 30. September 2023 weggefallen;
- der BMW-Händlervertrag und der BMW-Servicevertrag¹²³ betreffend den Standort Q. war bis zum 31. Dezember 2025 verlängert worden;

¹¹⁶ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 302 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 414 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹⁷ WEKO, 24.6.2024, Rz 286, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 411, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹⁸ WEKO, 24.6.2024, Rz 288, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 413, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹¹⁹ WEKO, 24.6.2024, Rz 288, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 413, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹²⁰ WEKO, 24.6.2024, Rz 288, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 413, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹²¹ WEKO, 24.6.2024, Rz 288, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 413, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025). So auch OLIVER KAUFMANN, Relative Marktmacht 2022, sic! 2022, 181, 186; a. M. DAVID MAMANE, Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht – von der Relativitätstheorie in die Praxis, in: SZK 2/2022, 62; RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, ZWeR 2021, 235, 254.

¹²² Vgl. auch Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6. Dezember 2021 (revidiert am 4. Februar 2025), Rz 11 und Fn 3.

¹²³ Vgl. zum BMW-Servicevertrag betreffend den Standort Q. Fn 91.

- die BMW-Serviceverträge betreffend die Standorte R. und S. sowie die MINI-Serviceverträge betreffend die Standorte R., Q. und S. waren bis zum 31. Dezember 2028 verlängert worden.

107. Nachfolgend wird zuerst auf die Expansionsstrategie von BMW Schweiz eingegangen (Rz 108 ff.), in der Folge auf die von Z. behaupteten Investitionen (Rz 110 ff.) und sodann auf die vorliegend als relevant zu anerkennenden Investitionen von Z. (Rz 113 ff.).

1. Expansionsstrategie von BMW Schweiz ab dem Jahr 2017

108. BMW Schweiz führte im Jahr 2017 eine neue Händlernetzstrategie ein. Für Z. sah sie eine Expansionsstrategie mit einem Ausbau der Standorte Q. und S. und einem (letztlich nicht realisierten) neuen Standort in T. vor.¹²⁴ Die Expansionsstrategie wurde in vier Vereinbarungen festgehalten, die durch BMW Schweiz und Z. (sowie in einem Fall zusätzlich durch W.) unterzeichnet wurden:

- In einem ersten Letter of Intent vom [...] Mai 2017 (Expansionsstrategie von BMW Schweiz) umrissen BMW Schweiz und Z. die neue Händlernetzstrategie und hoben die Notwendigkeit zusätzlicher Investitionen, insbesondere in Bezug auf die Infrastruktur, hervor.¹²⁵
- In einem zweiten Letter of Intent vom [...] November 2017 (Beteiligung von W. an Z.) trafen die Parteien eine Einigung mit W., wonach sich diese an Z. beteiligen würde und das so durch die Z.-Gruppe erhältlich gemachte Kapital für die Investitionen im Rahmen der neuen Händlernetzstrategie genutzt würde.¹²⁶
- In einem dritten Letter of Intent vom [...] Juli 2018 (MINI-Umbauprojekt in S.) wurden die Eckpunkte betreffend den Standort S. festgehalten, dessen Fokus auf dem Vertrieb von MINI-Fahrzeugen liegen sollte und für welchen Investitionen der Z.-Gruppe von rund 1 Million Franken veranschlagt wurden.¹²⁷
- In einer Vereinbarung vom [...] März 2019 (BMW-Umbauprojekt in Q.) wurden sodann die Eckpunkte betreffend den Standort Q. festgehalten, dessen Fokus auf dem Vertrieb von BMW-Fahrzeugen liegen sollte und für welchen Investitionen der Z.-Gruppe von rund 8 Millionen Franken veranschlagt wurden (Ausstellung: 3 Millionen Franken; Service, Werkstatt, Occasionen: 5 Millionen Franken).¹²⁸

109. Gemäss Z. wurde mit diesen Vereinbarungen eine langfristige Zusammenarbeit sowie eine Erweiterung der Vertragsbeziehungen zwischen ihr und BMW Schweiz vereinbart und die Grundlage für die Investitionen der Z.-Gruppe geschaffen.¹²⁹ BMW Schweiz sei die Grössenordnung der erforderlichen Investitionen der Z.-Gruppe bekannt gewesen, einschliesslich der für deren Amortisation notwendigen Vertragslaufzeit von «mindestens 10 bis 12 Jahren».¹³⁰ BMW Schweiz stellt in Bezug auf die ersten beiden Dokumente die Rechtsverbindlichkeit in Frage und unterstreicht die Wichtigkeit ihrer Unterstützungsleistungen für die Einschätzung des Investitionsrisikos von Z.¹³¹

2. Behauptete Investitionen der Z.-Gruppe

110. Z. macht geltend, in Umsetzung der vereinbarten Expansionsstrategie (Rz 108 f.) ab dem Jahr 2017 rund 2,41 Millionen Franken in Sachanlagen (z. B. Mobiliar, Maschinen, Informatik, Fahrzeuge, Werkzeuge) investiert zu haben. Hinzu seien Investitionen in Immobilien von rund 6,77 Millionen Franken durch die ebenfalls zur Z.-Gruppe gehörende X. AG (nachfolgend: X.) gekommen.¹³²

111. Aus nachstehender Tabelle sind die von Z. behaupteten Investitionen in Sachanlagen ersichtlich. Z. stützt den behaupteten Investitionsbetrag von 2,41 Millionen Franken betreffend Sachanlagen auf eine Gesamtübersicht mit Investitionen, die auf verschiedenen Detaildarstellungen gemäss ihrer Buchhaltung beruht (z. B. Detaildarstellung «Showroom-Einrichtungen BMW» mit Investitionen wie «Cafina AG, Melitta XT6-2G Maschine»)¹³³. Aus den Detaildarstellungen¹³⁴ ergibt sich jedoch lediglich ein Gesamtinvestitionsbetrag von 2,0 Millionen Franken. Grund dafür ist, dass in der Gesamtübersicht an drei Stellen Investitionswerte stehen, die sich aus den Detaildarstellungen nicht herleiten lassen und die insofern nicht substantiiert sind.¹³⁵ Nachfolgend wird deshalb auf die Detaildarstellungen abgestellt:

¹²⁴ Act. I.2, Rz 8 ff.

¹²⁵ Act. I.2, Beilage 8.

¹²⁶ Act. I.2, Beilage 9.

¹²⁷ Act. I.29, Beilage 2.

¹²⁸ Act. I.8, Beilage 1.

¹²⁹ Act. I.2, Rz 8–10; act. I.40, Rz 40.

¹³⁰ Act. I.40, Rz 40.

¹³¹ Act. I.29, Rz 12; Act. I.51, Rz 75.

¹³² Act. I.2, Rz 10 und Beilage 10; act. I.40, Rz 7a, Beilage 1 S. 1, Beilage 2 (in Bezug auf Immobilien war zunächst von einem Betrag von 6,82 Millionen Franken die Rede, der jedoch in der Folge auf 6,77 Millionen Franken korrigiert wurde). Z. gibt an, dass ihre Buchhaltung den Anforderungen der ordentlichen Revision gemäss Art. 727 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) genüge und sowohl die Investitionen als auch die Abschreibungsmethoden von einem zugelassenen Revisionsexperten genehmigt worden seien.

¹³³ Act. I.2, Rz 10 und Beilage 10; act. I.4, S. 4; act. I.40, Rz 7f, Beilage 1, S. 1–11.

¹³⁴ Act. I.40, Beilage 1, S. 2–11.

¹³⁵ Die für die Differenz relevanten Detaildarstellungen sind «Showroom-Einrichtungen BMW», «Informatik» und «Werkzeuge / Mat. Servicemobil»; vgl. act. I.2, Beilage 1.

Von Z. behauptete Investitionen in Sachanlagen	Wert der Investitionen in Schweizer Franken (Anschaffungswert)
Maschinen & Werkstatteinrichtung	560 886
Lagereinrichtungen	54 050
Showroom-Einrichtungen BMW	299 815
Showroom-Einrichtungen MINI	150 982
Büromöbiliar und Bürogeräte	1 963
Informatik	353 147
Werkzeuge / Mat. Servicemobil	243 736
Umgebung	257 305
Betriebsfahrzeuge Werkstatt	72 406
Sachanlagen S.	30 000
Total	2 024 290

Tabelle 2: Von Z. behauptete Investitionen in Sachanlagen in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz.

112. Aus nachstehender Tabelle sind die von Z. behaupteten Investitionen in Immobilien von rund 6,77 Millionen Franken ersichtlich, welche durch X. getätigt worden seien.¹³⁶ Z. stützt den behaupteten Investitionsbetrag auf eine Gesamtübersicht, die auf vier Bauabrechnungen

betreffend «R. Showroom»¹³⁷ (1,08 Millionen Franken), «Q. Showroom» (3,06 Millionen Franken), «Q. Erweiterung Werkstatt» (2,36 Millionen Franken) und «S. Showroom» (0,27 Millionen Franken) beruht.¹³⁸

Investitionen von X. in Immobilien	Wert der Investitionen in Schweizer Franken (Anschaffungswert)
R. Showroom	1 081 160
Q. Showroom	3 061 796
Q. Erweiterung Werkstatt	2 356 668
S. Showroom	271 127
Total	6 770 751

Tabelle 3: Von Z. behauptete Investitionen in Immobilien in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz.

3. Relevante Investitionen von Z.

113. Die von Z. behaupteten Investitionen von insgesamt 9,18 Millionen Franken bzw. korrigiert 8,79 Millionen Franken (Rz 111) sind im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden summarischen Beurteilung (Rz 83) auf ihre Relevanz hin zu prüfen und in verschiedener Hinsicht zu präzisieren:

- a. Abschreibungen: Zunächst ist für die vorliegende Beurteilung einer allfälligen Abhängigkeit nicht der Anschaffungswert der behaupteten Investitionen relevant, sondern deren Wert gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.). Aufgrund der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) konnte

¹³⁶ Act. I.2, Rz 10 und Beilage 10; act. I.40, Rz 7a, Beilage 1 S. 1, Beilage 2.

¹³⁷ Z. bezeichnet diese Investition als «R. Werkstatt/Showroom». Die Investition betraf gemäss act. I.40, Beilage 9 («Umbau und Umgestaltung Showroom») jedoch nur den Showroom. Der in Beilage 9 aufgelistete Posten «Investitionsbedarf Werkstatt R.» (S. 10) wurde gemäss einer Projektänderung vom 15. Januar 2018 (S. 2) aus der Bauabrechnung gemäss Beilage 9 entfernt. Deshalb ist nachfolgend nur von «R. Showroom» die Rede.

¹³⁸ Act. I.40, Beilagen 2, 6–9.

und musste Z. davon ausgehen, dass sämtliche Serviceverträge betreffend die Marken BMW und MINI sowie alle drei Standorte von Z. bis am 31. Dezember 2028 verlängert werden (Rz 113b) und der BMW-Händlervertrag betreffend den Standort Q. bis am 31. Dezember 2025 läuft (Rz 103). Investitionen im Bereich Service waren demnach bis am 31. Dezember 2028 abzuschreiben (was vorliegend zu deren Nichtberücksichtigung führt; Rz 113b). Was Investitionen im Bereich Handel anbelangt, sind diese bis am 31. Dezember 2025 abzuschreiben, soweit ein Bezug zum Standort Q. nicht ausgeschlossen werden kann, und bis am 30. September 2023, soweit ein Bezug zum Standort Q. ausgeschlossen werden kann. Grund für das Abstellen auf den 31. Dezember 2025 in unklaren Fällen (was für Z. tendenziell nachteilig ist, weil ein Abstellen auf den 30. September 2023 zu weniger hohen Abschreibungen führen würde), ist, dass Z. es trotz Aufforderung des Sekretariats unterlassen hat, sämtliche Investitionen den einzelnen Standorten zuzuordnen, weshalb ihr die mangelnde (einschliesslich schätzungsweise) Zuordenbarkeit anzulasten ist.¹³⁹ Zwar ist es so, dass bei einem Abstellen auf den 31. Dezember 2025 auch spätere (d. h. nach der letzten Eingabe von Z. getätigte) Investitionen zu addieren wären. Diese wären aufgrund des anstehenden Auslaufens der Verträge jedoch voraussichtlich nicht ausschlaggebend gewesen und hätten im Rahmen der vorliegenden summarischen Beurteilung (Rz 83) zu keinem anderen Ergebnis geführt, sodass sie ohne Einfluss auf das Endergebnis ignoriert werden können.

Im Bereich Sachanlagen hat Z. lineare Abschreibungen gemäss einem unternehmensinternen Handbuch vorgenommen, das grundsätzlich den Vorgaben der Eidgenössischen Steuerverwaltung entspreche.¹⁴⁰ Die Abschreibungen betrugen 12,5 % über 8 Jahre für *Mobiliar* (mit nachstehenden Ausnahmen), 15 % über 6 Jahre und 8 Monate für *Werkstattmaschinen*, 20 % über 5 Jahre für *Informatik*, 20 % über 5 Jahre für *Fahrzeuge* und 22,5 % über 4 Jahre und 3 Monate für *Werkzeuge*.¹⁴¹ Im Bereich Immobilien nahm Z. Abschreibungen betreffend die Standorte in Q. und S. degressiv mit 7 % vom Buchwert pro Jahr über 15 Jahre vor und betreffend den Standort R. linear über die Mietdauer von 10 Jahren.¹⁴² BMW Schweiz führt in dieser Hinsicht aus, dass Abschreibungsfristen betriebswirtschaftlich und aus steuerlichen Gründen unterschiedlich angelegt werden könnten. Massgebend für die Frage des Investitionsschutzes im Kraftfahrzeugbereich seien «die nun vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber vorgesehenen Wertungen von 5 Jahren für befristete [...] Verträge».¹⁴³ Art. 8 KFZV würde für befristete Verträge verbindlich eine Vertragsdauer von fünf Jahren vorsehen, wobei eine Nichtverlängerung sechs Monate im Voraus anzukündigen sei.¹⁴⁴ In der Lehre würden Übergangsfristen von maximal zwei Jahren diskutiert.¹⁴⁵ Sodann seien die Abschreibungsbeträge nicht einzeln genannt worden und könnten deshalb nicht überprüft werden.¹⁴⁶ Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die von Z. verwendeten Abschreibungssätze orientieren sich an den von der Eidgenössischen Steuerverwaltung verwendeten Abschreibungssät-

zen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich und BMW Schweiz macht nicht substantiiert geltend, dass die gewählten Sätze willkürlich wären oder einseitig zu Gunsten von Z. ausfallen würden. Während die Abschreibungsbeträge nicht für jede Investition einzeln genannt werden, ergeben sie sich mit zureichender Detailtiefe aus den Beilagen und sind überprüfbar. Dass konkrete Abschreibungen nicht vertretbar wären, macht BMW Schweiz nicht geltend. Die rein pauschale Beanstandung der Abschreibungen zielt damit ins Leere. Soweit BMW Schweiz auf die «vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber vorgesehenen Wertungen von 5 Jahren für befristete [...] Verträge» Bezug nimmt, ist nicht klar, auf welche Gesetze oder Verordnungen sie sich bezieht. Soweit die Vertragsauflösungsregelungen der KFZ-Verordnung gemeint sind,¹⁴⁷ definiert Art. 8 Bst. a KFZV, dass eine Vertragsauflösungsbestimmung in einem befristeten Vertrag von mindestens fünf Jahren als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs gilt, wenn die Nichtverlängerung nicht mindestens sechs Monate im Voraus anzukündigen ist. Eine verbindliche Fünfjahresfrist findet sich darin nicht. In jedem Fall können die Bestimmungen der KFZ-Verordnung, die generell für vertikale Wettbewerbsabreden im Kraftfahrzeugbereich gelten (Art. 2 Abs. 1 KFZV), in Konstellationen mit relativer Marktmacht zufolge der gegebenenfalls qualifizierten Abhängigkeitslage gerade keinen sinnvollen Vergleichspunkt liefern und es ist diesfalls vielmehr eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen.¹⁴⁸

- b. Nichtberücksichtigung der Investitionen im Bereich Service: Gemäss BMW Schweiz sind Investitionen im Bereich Service nicht zu berücksichtigen, da sie alle Serviceverträge bis am 31. Dezember 2028 verlängert habe, so dass Investitionen im Bereich Service hinreichend amortisiert werden könnten.¹⁴⁹ Die verlängerten Serviceverträge seien im Zeitpunkt der Anzeigeeinreichung am 28. September 2023 bereits in Kraft gewesen.¹⁵⁰ Z. bringt hiergegen im Wesentlichen vor, dass sich eine Zuteilung zu den Bereichen

¹³⁹ Act. I.33, S. 3 f. («Bitte treffen und begründen Sie Schätzungen, soweit vereinzelte Angaben nicht präzise gemacht werden können»).

¹⁴⁰ Act. I.40, Rz 8 und 10, Beilagen 1 und 10. Vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Merkblatt A/1995 – Geschäftliche Betriebe, Abschreibungen auf dem Anlagevermögen geschäftlicher Betriebe, <www.estv.admin.ch> Direkte Bundessteuer DBST > Fachinformationen > Merkblätter (30.6.2025).

¹⁴¹ Act. I.40, Rz 7b, 7d, 10, Beilage 1.

¹⁴² Act. I.40, Rz 7c, 8.

¹⁴³ Act. I.51, Rz 6.

¹⁴⁴ Act. I.29, Rz 75.

¹⁴⁵ Act. I.51, Rz 72.

¹⁴⁶ Act. I.51, Rz 12.

¹⁴⁷ Vgl. act. I.29, Rz 75.

¹⁴⁸ Vgl. aber BGH, KZR 33/93 vom 21.2.1995, *Kfz-Vertragshändler*, Rz 39, wo auf eine vergleichbare Frist im Recht der Europäischen Union Bezug genommen wurde.

¹⁴⁹ Act. I.29, Rz 7, 34 f.; act. I.51, Rz 30.

¹⁵⁰ Act. I.29, Rz 72.

Handel oder Service nicht für alle getätigten Investitionen vornehmen lasse, da es sich um «integrale Betriebskosten eines integralen Geschäftsmodells» handle.¹⁵¹

Der Einwand von BMW Schweiz ist insgesamt überzeugend. Zum Zeitpunkt der Anzeige konnte und musste Z. davon ausgehen, dass sämtliche Serviceverträge bis zum 31. Dezember 2028 verlängert werden, was der Forderung von Z. entsprach.¹⁵² Dies war einerseits im Rahmen von mehrmonatigen, der Anzeigeeinreichung vorangehenden Vertragsverhandlungen nicht streitig und BMW Schweiz erwähnte die Verlängerungsmöglichkeit sogar in zwei Schreiben betreffend die Nichtverlängerung («Kündigung») der Verträge mit Z.¹⁵³ Z. tut zudem allein mit dem Hinweis auf ein integrales bzw. integriertes Geschäftsmodell nicht substantiiert dar, dass der Wegfall der Verträge *im Bereich Handel* dazu führt, dass sie ihre Investitionen *im Bereich Service* nicht mehr amortisieren kann. Dem widerspricht bereits die notorische Tatsache, dass verschiedene Marktteilnehmerinnen sich auf eine Tätigkeit als zugelassene Werkstätten beschränken.¹⁵⁴ Da mithin vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) davon auszugehen war, dass BMW Schweiz einzig die Verträge im Bereich Handel nicht in dem von Z. geforderten Umfang (Rz 86) verlängert hatte, sind vorliegend nur die Investitionen von Z. im Bereich Handel¹⁵⁵ weiter zu prüfen. Investitionen im Bereich Service¹⁵⁶ werden nicht weiter berücksichtigt.

Eine Schwierigkeit bei der Nichtberücksichtigung der Investitionen im Bereich Service rührt daher, dass Z. es trotz Aufforderung des Sekretariats unterlassen hat, in Bezug auf nicht eindeutig den Bereichen Handel oder Service zuordenbare Investitionen jeweils eine prozentuale Zuordnung zu den Bereichen Handel und Service bzw. subsidiär eine entsprechende Schätzung vorzunehmen.¹⁵⁷ Weil die fehlende Zuordenbarkeit Z. anzulasten ist, sind die nicht klar zuordenbaren Investitionen im Rahmen der vorliegenden summarischen Beurteilung (Rz 83) zulasten von Z. nicht zu berücksichtigen.¹⁵⁸

- c. Relevante Investitionsperiode: Was den Beginn der relevanten Investitionsperiode anbelangt, ist darauf abzustellen, dass Z. die von ihr geltend gemachten Investitionen auf die vier vorgenannten Vereinbarungen (Rz 108 f.) zurückführt.¹⁵⁹ Das früheste Datum trägt der Letter of Intent vom [...] Mai 2017 (Rz 108). Damit sind vor dem [...] Mai 2017 getätigte Investitionen im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden summarischen Beurteilung (Rz 83) nicht zu berücksichtigen. Das betrifft im Bereich Sachanlagen die Investition «Apple iPad Air 2» vom 6. Februar 2017 (495,37 Franken) gemäss Detaildarstellung «Büromöbiliar & Bürogeräte». Im Bereich Immobilien betrifft es die Investition «R. Showroom» (1 081 160 Franken), für welche der Kostenvoranschlag bereits am [...] April 2017 bewilligt wurde und welche mithin keine Konsequenz der vier Vereinbarungen war.¹⁶⁰ Diese Beträge sind ausser Acht zu lassen.

Was das Ende der relevanten Investitionsperiode anbelangt, ist in Einklang mit den vorstehenden Ausführungen

(Rz 113a) abzustellen auf den 31. Dezember 2025 für Investitionen, für die ein Bezug zum Standort Q. nicht ausgeschlossen werden kann, und auf den 30. September 2023, soweit ein Bezug zum Standort Q. ausgeschlossen werden kann.

BMW Schweiz macht geltend, dass Z. seit Erhalt eines Schreibens vom 26. Januar 2022, mit dem BMW Schweiz ihr die Überprüfung des Händlernetzes angekündigt habe, gewusst habe, dass eine Verlängerung der Verträge ab dem 30. September 2023 nicht gesichert sei.¹⁶¹ Nach Erhalt eines Schreiben vom 29. Juli 2022, mit welchem BMW Schweiz Z. die Nichtverlängerung der Händlerverträge angekündigt habe, seien einzig Investitionen vertretbar gewesen, die zwingend zum Werterhalt früherer Investitionen erforderlich gewesen seien oder auf vertraglichen Pflichten basierten hätten.¹⁶² Diesem Argument kann in dieser Pauschalität nicht gefolgt werden. Z. musste

¹⁵¹ Damit sei insbesondere gemeint, dass der Bereich Service notwendig sei, um die Investitionen im Bereich Handel zu amortisieren, wobei es wiederum den Bereich Handel brauche, um die Nachfrage nach Servicedienstleistungen zu generieren. Das sei insbesondere im Premiumbereich der Fall, wo Kunden Verkaufs- und Serviceleistungen «aus einer Hand» wünschten (act. I.40, Rz 5 Ziff. 1).

¹⁵² Vgl. Fn 104.

¹⁵³ Vgl. act. I.2, Beilagen 20 f.; act. I.8, Beilagen 4 f.; act. I.29, Beilagen 4, 14 f. Vgl. auch Fn 104.

¹⁵⁴ Act. I.40, Rz 5 Ziff. 1; act. I.51, Rz 5, 23.

¹⁵⁵ In Bezug auf Sachanlagen (Rz 111) sind dies die Posten «Showroom-Einrichtungen BMW» und «Showroom-Einrichtungen MINI», in Bezug auf Immobilien (Rz 112) die Posten «R. Showroom», «Q. Showroom» und «S. Showroom».

¹⁵⁶ Das betrifft Investitionen mit Bezeichnungen wie «Werkstatt» oder «Servicebereich». Z. scheint auch in Bezug auf solche Investitionen geltend zu machen, dass eine Zuordnung nur «mehrheitlich», jedoch «nicht ausschliesslich» korrekt sei (act. I.43, Rz 7e, 11), erläutert und substantiiert diesen Punkt jedoch nicht, so dass er unbeachtlich ist. Die nachfolgenden Investitionen können auf dieser Grundlage dem Bereich Service zugeordnet werden: In Bezug auf Sachanlagen (Rz 111) die Posten «Maschinen & Werkstatteinrichtung», «Werkzeuge / Mat. Servicemobil» und «Betriebsfahrzeuge Werkstatt», in Bezug auf Immobilien (Rz 112) der Posten «Q. Erweiterung Werkstatt». Ausgenommen sind sich aus den Detaildarstellungen ergebende Investitionen, die klar dem Bereich Handel zugeordnet werden können. So geht aus der Detaildarstellung betreffend «Q. Erweiterung Werkstatt» hervor, dass es um den «Umbau Werkstatt Showroom» (nicht nur eine «Erweiterung Werkstatt») ging, weshalb wenige eindeutig dem Showroom und damit dem Bereich Handel zuordenbare Investitionen (ausmachend 11 684 Franken) zu berücksichtigen sind.

¹⁵⁷ Act. I.33, S. 3 f. («Bitte treffen und begründen Sie Schätzungen, soweit vereinzelte Angaben nicht präzise gemacht werden können»).

¹⁵⁸ Im Einzelnen betrifft das die Posten «Lagereinrichtungen», «Büromöbiliar und Bürogeräte», «Informatik», «Umgebung», «Betriebsfahrzeuge» und «Sachanlagen S.» (Rz 111).

¹⁵⁹ Act. I.2, Rz 10 («Infolge der verbindlichen Absichtserklärung und der damit verbundenen Zusicherungen der [BMW] (Schweiz) AG tätigte die Anzeigestellerin zusammen mit weiteren Gruppengesellschaften umfangreiche Investitionen [...]. In direktem Zusammenhang mit der von der BMW (Schweiz) AG konzipierten Expansionsstrategie tätigte die Anzeigestellerin zwischen 2017 und 2022 jährliche Investitionen von [...] total CHF 2'410'00.- [...] Hinzu kommen Investitionen der [...] X. AG [...] von rund CHF 6'818'900.»); act. I.4, S. 4.

¹⁶⁰ Z. gibt für diese Investition zwar den Zeitraum «08.2017 – 12.2017» an (act. I.40, Beilage 2), aus dem Detailnachweis (act. I.40, Beilage 9, S. 2) ergibt sich jedoch, dass der Kostenvoranschlag («KV-Original») am [...] April 2017 bewilligt wurde, was zeitlich noch weiter zurückreichende Vorarbeiten voraussetzt, so dass diese Investition nicht als Teil der Umsetzung der von Z. behaupteten Expansionsstrategie zu betrachten ist.

¹⁶¹ Act. I.29, Rz 31, 33; act. I.51, Rz 62.

¹⁶² Act. I.78, Ziff. 2b.

als langjährige BMW- und MINI-Händlerin und vor dem Hintergrund der mit BMW Schweiz getroffenen Vereinbarungen (Rz 108) nur aufgrund der Ankündigung der Überprüfung des Händlernetzes nicht davon ausgehen, dass BMW Schweiz die im September 2023 auslaufenden Händlerverträge nicht verlängern würde, wenn auch die Tonalität des Schreibens Anlass zu einer gewissen Besonnenheit im Zusammenhang mit Investitionen Anlass geben musste. Von der Nichtverlängerung der Händlerverträge ausgehen musste Z. erst ab Erhalt des vorerwähnten Schreibens von BMW Schweiz vom 29. Juli 2022.¹⁶³ Das bedeutet indessen nicht, dass Investitionen nach diesem Schreiben nicht mehr zu berücksichtigen wären oder nur dann, wenn sie zwingend zum Werterhalt erforderlich gewesen wären. Investitionen im relevanten Zeitraum sind insoweit zu berücksichtigen, als sie angesichts der Vertragslage vertretbar waren. Ab dem 29. Juli 2022 ist mithin der Massstab betreffend die Vertretbarkeit von Investitionen anzupassen. Dabei darf jedoch kein unrealistischer Massstab angewandt werden und es ist die Gefahr von Rückschau-*fehlern (hindsight bias)* zu berücksichtigen. Auf der Grundlage der Detaildarstellungen ergab sich im Rahmen der vorliegenden summarischen Beurteilung (Rz 83) nicht, dass Z. nicht vertretbare Investitionen getätigt hätte. BMW Schweiz macht dies denn auch nicht substantiiert geltend.

- d. Weitere Einwände von BMW Schweiz: BMW Schweiz bemängelt, dass Z. die behaupteten Investitionen nicht hinreichend substantiiert habe, so dass sie nicht überprüfbar seien.¹⁶⁴ Was die Substantiierung der Investitionen in grundsätzlicher Hinsicht anbelangt, hat Z. mit eingereichten Auszügen aus ihrer Buchhaltung grundsätzlich spezifische und detaillierte Unterlagen eingereicht, die eine ebensolche Bestreitung ermöglichen. Z. hat angeboten, zu einzelnen Investitionen Belege (z. B. Rechnungen) nachzureichen. Das Sekretariat hat für über 10 % der geltend gemachten relevanten Investitionen die Belege eingefordert und geprüft.¹⁶⁵ Das Argument betreffend eine unzureichende Substantiierung in grundsätzlicher Hinsicht verfährt nicht.

BMW Schweiz bemängelt weiter, dass Z. auch Investitionen von X. geltend mache. X. trage ihr eigenes Marktrisiko, für welches BMW Schweiz nicht einzustehen habe. Sie sei nicht Vertragspartei und könne sich nicht auf eine Z. angeblich zugesicherte Vertragslaufzeit berufen.¹⁶⁶ Dieser Einwand überzeugt nicht. Das Kartellgesetz nimmt eine unternehmensweite Sichtweise ein, wobei Z. und X. als Konzerngesellschaften der Z.-Gruppe Teil desselben Unternehmens bilden (Rz 110). Wie von Z. erwähnt,¹⁶⁷ nahm BMW Schweiz in der Vereinbarung vom [...] März 2019 auch selbst Bezug auf Investitionen von X., so dass ihr die gruppeninterne Aufgabenteilung bekannt gewesen sein musste. Es ist kein Grund ersichtlich, die Investitionen von X. nicht zu berücksichtigen.

BMW Schweiz bemängelt sodann, dass Z. nicht ausführe, inwiefern die behaupteten Investitionen «markenspezifisch» seien. Verschiedene Investitionen in Sachanlagen (z. B. Kaffeemaschine) seien weder markenspezifisch noch branchenspezifisch.¹⁶⁸ Auch

bei Investitionen in Immobilien (z. B. Posten «Q. Showroom» und «S. Showroom») sei unklar, ob es sich um markenspezifische Investitionen handle oder um Investitionen allgemeiner Art (z. B. Dachsanierung).¹⁶⁹ Solche Investitionen könnten auch durch andere Anbieter und für andere Geschäftsaktivitäten genutzt werden.¹⁷⁰ Z. führt hierzu aus, dass der Umbau der Liegenschaften gemäss den Standards für die Marken BMW und MINI vorgenommen worden sei.¹⁷¹ Insbesondere die Liegenschaften seien «voll auf BMW und MINI ausgerichtet» und höchstens als «BMW-/MINI-Autohaus bzw. -Servicecenter» an Dritte vermietbar.¹⁷² Ob die von Z. behaupteten Investitionen «markenspezifisch» sind, zielt am Kern der Fragestellung vorbei. Relevant ist zunächst, ob sie eine Folge der vertraglichen Abmachungen zwischen BMW Schweiz und Z. sind und sodann, inwiefern sie allenfalls im Rahmen von Ausweichmöglichkeiten weiterverwendet werden können. Was die summarische Prüfung der behaupteten Investitionen als Folge der vorliegend relevanten vertraglichen Abmachungen anbelangt, kann auf die vorstehenden (Rz 113c und 113d, 1. Absatz) und nachstehenden (Rz 114 f.) Ausführungen verwiesen werden. Danach sind Investitionen in Höhe von 2,12 Millionen Franken Folge der vertraglichen Abmachungen zwischen BMW Schweiz und Z. Die Frage einer allfälligen Weiterverwendbarkeit wird sodann bei der Prüfung der Ausweichmöglichkeiten behandelt, worauf hier verwiesen wird (Rz 116 ff.).

BMW Schweiz bemängelt sodann, dass die Behauptung von Z., wonach die Liegenschaften höchstens als «BMW-/MINI-Autohaus» vermietbar seien, trotz fehlender Belege einfach übernommen worden sei.¹⁷³ Dieser Einwand trifft nicht zu. Wie aus dem Kapitel betreffend Ausweichmöglichkeiten (Rz 116 ff.) folgt, wurden verschiedene Ausweichmöglichkeiten geprüft, darunter insbesondere auch eine Vermietung ohne Beschränkung auf eine Vermietung als «BMW-/MINI-Autohaus» (Rz 122 ff.).

BMW Schweiz macht weiter geltend, dass am Standort R. keine ausserordentlichen Um- oder Ausbauten in Absprache mit BMW Schweiz erfolgt seien, nur Anpassungen an gewisse BMW-Standards aus dem Jahr 2018.¹⁷⁴ Zu prüfen ist vorliegend, ob Investitionen von Z. in Umsetzung einer mit BMW Schweiz

¹⁶³ Act. I.2, Beilage 12.

¹⁶⁴ Act. I.51, Rz 12 f., 17, 24, 28.

¹⁶⁵ Act. I.61; act. I.68.

¹⁶⁶ Act. I.51, Rz 46.

¹⁶⁷ Act. I.40, Rz 15a, 15c.

¹⁶⁸ Act. I.51, Rz 14, 22.

¹⁶⁹ Act. I.51, Rz 15; act. I.78, Ziff. 2b.

¹⁷⁰ Act. I.51, Rz 48.

¹⁷¹ Act. I.40, Rz 15a, 15c.

¹⁷² Act. I.40, Rz 15a.

¹⁷³ Act. I.78, Ziff. 2b.

¹⁷⁴ Act. I.29, Rz 9, 22.

vereinbarten Expansionsstrategie ab dem Jahr 2017 (Rz 108 ff.) bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich zu einer Abhängigkeit und sodann zu einem Missbrauch relativer Marktmacht geführt bzw. dazu beigetragen hätten (Rz 88 ff.). Eine Unterscheidung zwischen (irrelevanten) «ordentlichen» Investitionen in Umsetzung gewisser Standards und (relevanten) «ausserordentlichen» Investitionen in Um- oder Ausbauten in Absprache mit BMW Schweiz erscheint vor diesem Hintergrund nicht geboten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb «ordentliche» Investitionen in Umsetzung gewisser Standards nicht auch als Folge der Vereinbarungen zwischen BMW Schweiz und Z. zu betrachten sind.

Schliesslich macht BMW Schweiz die Berücksichtigung von als «Unterstützungsleistungen» (Rz 109) bezeichneten Investitionen zugunsten von Z. im Umfang von [...] Franken geltend.¹⁷⁵ Dieser Betrag bezieht sich insbesondere auf [...].¹⁷⁶ Es sei auch eine «Task-Force Z.» begründet worden, um Z. in Bezug auf nichtbefriedigende Betriebsergebnisse zu unterstützen.¹⁷⁷ Z. anerkennt einzig einen Corporate-Identity-Zuschuss von 12 000 Franken als Unterstützungsleistung an und macht im Übrigen geltend, die Leistungen seien kostenverursachend, nicht nötig oder aufoktroiert gewesen und die Anreizsysteme hätten unrealistische Zielvorgaben im Interesse von BMW Schweiz vorgesehen.¹⁷⁸ Was die von BMW Schweiz behaupteten Unterstützungsleistungen anbelangt, ändern diese nichts an der Höhe des anzuerkennenden Anteils der von Z. geltend gemachten Investitionen (Rz 115). Diese dürften dank der Unterstützungsleistungen nämlich gerade tiefer ausgefallen sein, als es ohne Unterstützungsleistungen der Fall gewesen wäre. Darüber hinaus sind sowohl die behaupteten Unterstützungsleistungen als auch die behauptete Ineffizienz von Z. nicht im Zusammenhang mit den von Z. geltend gemachten Investitionen zu beurteilen. Sie werden, soweit relevant oder geltend gemacht, bei der Verhaltensprüfung berücksichtigt (Rz 173, 175 ff., 208).

114. Die vorstehenden Ausführungen sind nachfolgend auf die von Z. geltend gemachten Investitionen (Rz 111 f.) anzuwenden. Hieraus ergibt sich die jeweils gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) relevante Investitionshöhe. Die präzisierten Investitionsbeträge werden nachfolgend mit dem bereinigten Investitionsbetrag und der Angabe des Grundes für eine allfällige Nichtberücksichtigung oder nur teilweise Berücksichtigung aufgeführt:¹⁷⁹

¹⁷⁵ Act. I.29, Rz 22; act. I.78, Ziff. 2b.

¹⁷⁶ [...].

¹⁷⁷ Act. I.29, Rz 54 und Beilage 7; act. I.51, Rz 42.

¹⁷⁸ Act. I.40, Rz 13a–h.

¹⁷⁹ Vgl. act. I.40, Beilagen 1, 2, 6–9.

Investitionen der Z.-Gruppe	Wert der Investitionen in Schweizer Franken per 30. September 2023 bzw. 31. Dezember 2025 mit Begründung	
SACHANLAGEN		
Maschinen & Werkstatteinrichtung	0	Nichtberücksichtigung der Investitionen im Bereich Service (Rz 113b)
Lagereinrichtungen	0	Nichtberücksichtigung der nicht eindeutig den Bereichen Handel und Service zuordn- baren Investitionen (Rz 113b)
Showroom-Einrichtungen BMW	38 828	Investitionen im Bereich Handel amorti- siert per 31. Dezember 2025 (Rz 113a)
Showroom-Einrichtungen MINI	52 986	Investitionen im Bereich Handel amorti- siert per 30. September 2023 (Rz 113a)
Büromobiliar und Büroge- räte	0	Nichtberücksichtigung zufolge voller Amortisation vor dem 30. September 2023 (Rz 113a)
Informatik	0	Nichtberücksichtigung der nicht eindeutig den Bereichen Handel und Service zuord- baren Investitionen (Rz 113b)
Werkzeuge / Mat. Servi- cemobil	0	Nichtberücksichtigung einer Investition im Bereich Service (Rz 113b)
Umgebung	0	Nichtberücksichtigung der nicht eindeutig den Bereichen Handel und Service zuord- baren Investitionen (Rz 113b)
Betriebsfahrzeuge Werkstatt	0	Nichtberücksichtigung einer Investition im Bereich Service (Rz 113b)
Sachanlagen S.	0	Nichtberücksichtigung zufolge voller Amortisation vor dem 30. September 2023 (Rz 113a)
IMMOBILIEN		
R. Showroom	0	Nichtberücksichtigung wegen des Investi- tionszeitpunkts (Rz 113c)
Q. Showroom	1 842 285	Investitionen im Bereich Handel amorti- siert per 31. Dezember 2025 (Rz 113a)
Q. Erweiterung Werkstatt	11 684	Nichtberücksichtigung der Investitionen im Bereich Service bei voller Berücksichti- gung von eindeutig dem Bereich Handel zuordenbaren Investitionen amortisiert per 31. Dezember 2025 ¹⁸⁰ (Rz 113b)
S. Showroom	178 696	Investitionen im Bereich Handel amorti- siert per 30. September 2023 (Rz 113a)
TOTAL		
Total	2 124 479	

Tabelle 4: Relevante Investitionen der Z.-Gruppe gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024.

115. Zusammengefasst verbleibt von den ursprünglich geltend gemachten Investitionen von 9,18 Millionen Franken bzw. korrigiert 8,79 Millionen Franken (Rz 111 f.) ein bereinigter Investitionsbetrag von 2,12 Millionen Franken, der im Rahmen der vorliegenden summarischen Beurteilung (Rz 83) der Abhängigkeit von Z. zu berücksichtigen ist.

¹⁸⁰ Vgl. Fn 156. Der Betrag ergibt sich aus der Addition des Restwerts per 31. Dezember 2025 der Posten «Showroom Möblierung» (14 006 Franken; abgeschrieben 9 062 Franken) und «Bauingenieur»/«SR Showroom» (4 053 Franken; abgeschrieben 2 622 Franken) (vgl. act. I.40, Beilagen 2 und 8).

(ii) Prüfung der Abhängigkeit der Z.-Gruppe von der BMW-Gruppe

116. Nachfolgend werden die einzelnen Ausweichmöglichkeiten der Z.-Gruppe, deren Folgen sowie deren Zumutbarkeit bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) summarisch beurteilt. Im Einzelnen sind dies die folgenden Ausweichmöglichkeiten:

- Ersatzloser Verzicht auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen (Rz 117 ff.);
- Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen als zugelassene Händlerin mit anderer Vertragspartnerin als BMW Schweiz (Rz 127 ff.);
- Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen als freie Händlerin (Rz 130 ff.);
- Vertrieb von Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als zugelassene Händlerin (Rz 133 ff.);
- Vertrieb von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) (Rz 149 ff.);
- Geschäftliche Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs (Rz 154 ff.).

1. Ersatzloser Verzicht auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen

(a) Ausweichmöglichkeit

117. Z. hätte auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen verzichten können, ohne sich um eine alternative Belieferungsmöglichkeit oder ein Substitut zu bemühen.

(b) Folgen

118. Hätte Z. ersatzlos auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen verzichtet, hätte sie den mit dem Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen zusammenhängenden Umsatz und Gewinn eingebüsst. Im Jahr 2023 belief sich dieser Umsatz auf rund [...] Millionen Franken (ca. [10–20] % des Gesamtumsatzes der Z.-Gruppe) und der entsprechende Bruttogewinn auf rund [...] Millionen Franken (ca. [0–10] % des Gesamtbruttogewinns der Z.-Gruppe).¹⁸¹

119. Weiter hätte Z. mutmasslich zumindest einen Teil der [...] Millionen Franken Umsatz (ca. [0–10] % des Gesamtumsatzes der Z.-Gruppe) mit BMW- und MINI-Gebrauchtwagen und zumindest einen Teil des entsprechenden Bruttogewinns von [...] Millionen Franken (ca. [0–10] % des Gesamtbruttogewinns der Z.-Gruppe)¹⁸² im Jahr 2023 eingebüsst. Grund hierfür ist, dass der Verkauf neuer Leasingwagen (in Kombination mit einer Ankaufvereinbarung für Leasingrückläufer) eine wichtige Quelle für Gebrauchtwagen darstellt¹⁸³ und Z. nach dem Wegfall der BMW- und MINI-Händlerverträge keine neuen Leasingwagen der Marken BMW und MINI mehr hätte verkaufen können (Rz 128, 131).

120. Zudem hätte Z. mutmasslich zumindest einen Teil des Umsatzes von rund [...] Millionen Franken (ca. [0–10] % des Gesamtumsatzes der Z.-Gruppe) im Bereich Werkstatt und entsprechend zumindest einen Teil des entsprechenden Bruttogewinns von [...] Millionen Franken (ca. [20–30] % des Gesamtbruttogewinns der Z.-

Gruppe)¹⁸⁴ im Jahr 2023 eingebüsst, weil der Neuwagenverkauf auch eine wichtige Quelle für den Verkauf von Werkstattleistungen darstellt.¹⁸⁵

121. Neben diesen Umsatz- und Gewinneinbüssen wären bei einem ersatzlosen Verzicht auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen die bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) nicht amortisierten Investitionen von Z. von 2,12 Millionen Franken (Rz 114) sodann mutmasslich vollständig oder überwiegend abzuschreiben gewesen.

122. Die Z.-Gruppe hätte im Fall eines ersatzlosen Verzichts auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen die bis dahin dafür verwendeten Liegenschaften zwar vermieten oder veräussern können. Im Fall einer Vermietung hätte sie jedoch mutmasslich nur einen derart geringen Teil der vorerwähnten Umsatz- und Gewinneinbüsse wettmachen können, dass dies angesichts der Einbüssen wirtschaftlich nicht hinnehmbar gewesen wäre.

123. Im Fall einer Veräusserung hätten die Umsatz- und Gewinneinbüssen fortbestanden, es wäre jedoch einmalig Kapital verfügbar gemacht worden. Vorliegend ist deshalb summarisch zu beurteilen, ob und unter welchen Bedingungen eine Veräusserung möglich gewesen wäre. Bei der Beurteilung einer Veräusserung, mit der eine ganze oder teilweise Geschäftsaufgabe einhergeht, ist eine gewisse Zurückhaltung angebracht, zumal es hierbei um Investitionsentscheide einer potenziell grossen Tragweite geht, die in erster Linie von den betroffenen Unternehmen selbst zu treffen sind. Vorliegend hat die Z.-Gruppe jedoch eine Veräusserung des BMW-Showrooms in Q. – also des wirtschaftlich bedeutendsten Standorts von Z. – selbst in Betracht gezogen. Sie hat dazu im September 2022 versucht, mit [...] P. [...] eine Einigung zu erzielen.¹⁸⁶ P. war von BMW Schweiz als neue strategische Partnerin – mithin als Nachfolgerin von Z. – in [...] vorgesehen worden.¹⁸⁸ Allerdings hat P. gemäss Z. für die Liegenschaft, die gemäss einer Immobilienbewertungsgesellschaft [...] Millionen Franken wert gewesen sei, lediglich [...] Millionen Franken geboten.¹⁸⁹

¹⁸¹ Act. I.57, Beilage 2; act. I.73, S. 2. Bei Garagen variiert der jeweilige Beitrag zum Gewinn der Umsätze in den Bereichen Handel und Service. Aus einer von Z. eingereichten Beilage betreffend einen Businessplan für die Jahre 2018–2022 geht hervor, dass ein Franken Umsatz im Bereich Handel zu einem Bruttogewinn von rund [...] Rappen und zu einem Ergebnis (Deckungsbeitrag III) von rund [...] Rappen führt, wohingegen ein Franken Umsatz im Bereich Service zu einem Bruttogewinn von rund [...] Rappen und zu einem Ergebnis (Deckungsbeitrag III) von rund [...] Rappen führt (vgl. act. I.40, Beilage 3). Im Rahmen der summarischen Beurteilung werden deshalb die Folgen der verschiedenen Ausweichmöglichkeiten im Hinblick auf die Zumutbarkeitsprüfung nicht bloss anhand von Umsatzzahlen sondern ergänzend anhand von Bruttogewinnzahlen dargelegt.

¹⁸² Act. I.57, Beilage 2; act. I.73, S. 2.

¹⁸³ Act. I.40, Beilage 22.

¹⁸⁴ Act. I.57, Beilage 2; act. I.73, S. 2.

¹⁸⁵ Gemäss Z. trifft dies auf den Premiumbereich besonders zu, da Kundinnen und Kunden Kaufs- und Serviceleistungen «aus einer Hand» wünschen würden; vgl. act. I.40, Rz 5 Ziff. 1; act. I.57, Beilage 2.

¹⁸⁶ [...]; act. I.2, Rz 18.

¹⁸⁷ Act. I.2, Rz 16 ff.; act. I.40, Rz 23c.

¹⁸⁸ Act. I.2, Beilagen 12 und 16.

¹⁸⁹ Act. I.2, Rz 18.

Bei summarischer Beurteilung ist relevant, dass mit P. die potenzielle Nachfolgerin von Z., welche die entsprechende Liegenschaft mutmasslich ohne grössere Änderungen und Verzögerungen hätte weiternutzen können, ein Kaufangebot machte, das mehr als 8 Millionen Franken unter der durch ein Gutachten gestützten Preisvorstellung von Z. lag. Angesichts dieser grossen Differenz ist davon auszugehen, dass die Preisvorstellungen auch nach einer allfälligen Bereinigung um gegebenenfalls unrealistische Vorstellungen von Z. und/oder P. zu weit auseinander gelegen wären für eine Einigung. In Bezug auf die Standorte R. und S. fanden sodann keine Verhandlungen statt. BMW Schweiz habe an deren Fortführung kein Interesse gehabt. Diese Liegenschaften hätten jedoch angesichts des Vorangehenden vorliegend nicht ausschlaggebend sein können.¹⁹⁰ Im Rahmen der vorliegenden summarischen Beurteilung ist insgesamt davon auszugehen, dass ein Verkauf der mit dem Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen zusammenhängenden Liegenschaften mutmasslich nicht zu Bedingungen möglich gewesen wäre, die für Z. wirtschaftlich hinnehmbar gewesen wären. Soweit BMW Schweiz geltend macht, es wäre mit P. weiter abzuklären gewesen, wie deren Angebot zustande gekommen sei,¹⁹¹ verkennt sie die Vorgaben der Rechtsprechung zur vorliegend vorzunehmenden summarischen Prüfung (Rz 83).

(c) Zumutbarkeit

124. Die Ausweichmöglichkeit des ersatzlosen Verzichts auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen hätte bei einer summarischen Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) bei der Z.-Gruppe mutmasslich zu einer Umsatzeinbusse von rund [10–20] % und einer Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel geführt, die im Fall einer Veräusserung nicht und im Fall einer Vermietung mutmasslich nur unzureichend kompensiert worden wären.¹⁹² Hinzuge treten wären mutmasslich spürbare Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 119) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120) sowie der vollständige oder überwiegende Verlust nicht abgeschriebener Investitionen von 2,12 Millionen Franken. Insgesamt sind die mit dem ersatzlosen Verzicht auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen mutmasslich verbundenen Nachteile als schwerwiegend einzustufen.

125. BMW Schweiz macht geltend, dass die Annahme, wonach der Verlust des Neuwagengeschäfts zu Umsatzeinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel und Werkstatt führt, auf nicht belegten Vermutungen beruhe und zahlreiche BMW- und MINI-Werkstätten sehr profitabel seien.¹⁹³ Der Zusammenhang zwischen Umsätzen im Bereich Neuwagenhandel und in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel und Werkstatt wurde im Kontext der vorliegend vorzunehmenden summarischen Prüfung insgesamt überzeugend dargetan (Rz 119 f.). Dass BMW- und MINI-Werkstätten sodann sehr profitabel sein können, sagt nichts darüber aus, was die Folgen der Beendigung einer Geschäftsbeziehung durch BMW Schweiz mit einer – als Händlerin und Werkstätte tätigen – Garagenbetreiberin mit nicht abgeschriebenen Investitionen von 2,12 Millionen Franken sind, weshalb

die Argumentation von BMW Schweiz auch insoweit nicht verfängt.

126. Die Ausweichmöglichkeit des ersatzlosen Verzichts auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen wäre deshalb bei summarischer Beurteilung mutmasslich nicht zumutbar gewesen.

2. Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen als zugelassene Händlerin mit anderer Vertragspartnerin als BMW Schweiz

127. Zu prüfen ist, ob Z. bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mit einer anderen Vertragspartnerin als BMW Schweiz hätte BMW- und MINI-Neuwagen als zugelassene Händlerin vertreiben können.

128. Als Schweizer Generalimporteurin für Kraftfahrzeuge der BMW-Gruppe wäre BMW Schweiz für Z. die einzige Vertragspartnerin gewesen, die ihr den Status als zugelassene Händlerin für den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen hätte verschaffen können.¹⁹⁴ Für Z. hätte mithin keine andere Vertragspartnerin als BMW Schweiz zur Verfügung gestanden.

129. Diese Ausweichmöglichkeit hätte damit nicht bestanden. Folgen und Zumutbarkeit können nicht geprüft werden.

3. Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen als freie Händlerin

130. Zu prüfen ist, ob für Z. bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) die Möglichkeit bestanden hätte, als freie Händlerin (d. h. ohne Mitglied des Vertriebsnetzes von BMW Schweiz zu sein¹⁹⁵) BMW-Neuwagen und MINI-Neuwagen zu verkaufen.

¹⁹⁰ Act. I.2, Beilage 15.

¹⁹¹ Act. I.78, Ziff. 2b.

¹⁹² Im Verfahren *Madrigall* hat die WEKO die Zumutbarkeit verneint bei einer Buchhandlung, die zwischen 10 % und 20 % ihres Umsatzes sowie weniger als 10 Millionen Franken Deckungsbeiträge mit den Büchern des relativ marktmächtigen Unternehmens erzielt hatte, wobei zusätzliche Kundenverluste aufgrund der Qualität der betroffenen Bücher zu erwarten waren (WEKO, 23.9.2024, Rz 415 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide [30.6.2025]). Im Verfahren *Fresenius Kabi* hat die WEKO die Zumutbarkeit bejaht bei einem Unternehmen, das einen Gewinn von rund 165 Millionen Franken erwirtschaftete und durch den Verzicht auf die betroffenen Produkte einen Rückgang von Gewinn und Deckungsbeiträgen in der Höhe von weniger als 400 000 Franken bei eher geringen weiteren Verlusten erlitten hätte (WEKO, 24.6.2024, Rz 305, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide [30.6.2025]).

¹⁹³ Act. I.78, Ziff. 2d.

¹⁹⁴ Vgl. act. I.2, Rz 34; act. I.4, S. 3.

¹⁹⁵ Vgl. Fn 8.

131. Die BMW-Gruppe hat für den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen ein selektives Vertriebssystem eingerichtet (Rz 4). Folge des Selektivvertriebs ist es, dass die BMW-Gruppe vertraglich vorsieht, dass sowohl die landesspezifischen Generalimporteurinnen als auch die zugelassenen Händlerinnen (im Rahmen von Querverlieferungen) nur zugelassene, jedoch keine freien Händlerinnen beliefern dürfen.¹⁹⁶ Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich Z. als freie Händlerin eine gewisse Zahl an BMW- und MINI-Neuwagen – insbesondere bei Händlerinnen im Ausland – hätte beschaffen können. Beide Bezugsvarianten hätten jedoch eine Vertragsverletzung durch eine Generalimporteurin oder eine zugelassene Händlerin vorausgesetzt. Selbst wenn solche Beschaffungen von BMW- und MINI-Neuwagen ausserhalb des Vertriebsnetzes der BMW-Gruppe möglich gewesen wären, scheint es bei summarischer Beurteilung ausgeschlossen, dass Z. diese zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen (z. B. hinsichtlich Rentabilität, Menge und Zuverlässigkeit) und in einer Weise im Ausland hätte beschaffen können, die den Kundenerwartungen (z. B. hinsichtlich Lieferfristen oder der Verfügbarkeit sämtlicher Modelle und Ausstattungsvarianten) gerecht geworden wären.¹⁹⁷

132. Diese Ausweichmöglichkeit hätte damit nicht bestanden. Folgen und Zumutbarkeit können nicht geprüft werden.

4. Vertrieb von Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als zugelassene Händlerin

(a) Ausweichmöglichkeit

133. Zu prüfen ist, ob für Z. bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) die Möglichkeit bestanden hätte, Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als BMW Schweiz als zugelassene Händlerin anzubieten. Es handelt sich hierbei um die von den Parteien am ausführlichsten diskutierte Ausweichmöglichkeit.

Argumente von Z.

134. Gemäss Z. wäre ein Ausweichen auf Händlerverträge mit einer anderen Kraftfahrzeuganbieterin als BMW Schweiz nicht möglich gewesen, weil keine Nachfrage relevanter Kraftfahrzeuganbieterinnen nach Händlerleistungen bestanden habe und der Automobilmarkt in der Schweiz gesättigt sei, was auf Kraftfahrzeuge im Premiumsegment zutreffe.¹⁹⁸ Insbesondere hätten alle etablierten Kraftfahrzeugherstellerinnen im Premiumbereich für den schweizerischen Markt landesweit etablierte Händlernetzwerke gehabt. Weiter seien auch Markteintritte fernöstlicher Kraftfahrzeuganbieterinnen im Bereich Elektrofahrzeuge kaum erfolgt und primär für das Tiefpreissegment prognostiziert gewesen.¹⁹⁹ Z. habe ein Ausweichen auf den Vertrieb von Elektrofahrzeugen der Marke [...] geprüft, mangels wirtschaftlicher Tragbarkeit jedoch verworfen.²⁰⁰ Sie habe sich zudem erkundigt, ob ein Ausweichen auf Kraftfahrzeugmarken, die durch ihre Aktionärinnen – die Z.-Gruppe und die W.-Gruppe (Rz 7) – vertrieben oder importiert wurden, möglich sei. In beiden Fällen habe jedoch kein Interesse an einem Ausbau der Tätigkeiten an den Standorten von Z. bestanden.²⁰¹ W. bestätigte dies und führte aus, dass die W.-Gruppe bereits Verträge [...]

gehabt habe, die auf der Grundlage einer strategischen Netzwerkplanung vereinbart worden seien. Eine spontane Umstellung sei für sie weder strategisch noch wirtschaftlich sinnvoll gewesen.²⁰²

135. Z. macht sodann geltend, dass für eine Umstellung auf Verträge mit einer anderen Kraftfahrzeuganbieterin als BMW Schweiz vertragliche Einschränkungen bestanden hätten. Gemäss dem Wortlaut der Verträge mit BMW Schweiz sei der Mehrmarkenvertrieb zwar zugelassen. Die Bedingungen betreffend den Ausstellungsbereich, das Marketing sowie Anforderungen in Bezug auf nicht der BMW-Gruppe vorbehaltene Bereiche seien jedoch so restriktiv, dass dies ohne den Bau separater Showrooms kaum möglich gewesen wäre.²⁰³ In den letzten Jahren habe BMW Schweiz zudem Wert auf eine besonders strikte Markentrennung gelegt.²⁰⁴

Argumente von BMW Schweiz

136. Gemäss BMW Schweiz hätte Z. grundsätzlich auf alle anderen Kraftfahrzeuganbieterinnen ausweichen können. Es habe eine hohe Nachfrage nach Händlerinnen bestanden, da insbesondere fernöstliche Kraftfahrzeuganbieterinnen versucht hätten, in der Schweiz Händlernetze aufzubauen. In den Jahren 2023 und 2024 seien in Europa 14 Markteintritte fernöstlicher Kraftfahrzeuganbieterinnen erwartet worden oder erfolgt, darunter solche im Premiumsegment.²⁰⁵ BMW Schweiz sei davon ausgegangen, dass zahlreiche neue Fahrzeugmarken (z. B. [...]) direkte Konkurrentinnen für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI sein würden.²⁰⁶ Sodann hätten die Aktionärinnen von Z. – die Z.-Gruppe und W. – Kraftfahrzeuge verschiedener anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen vertrieben bzw. importiert. Die Z.-Gruppe habe auch Kraftfahrzeuge der Marken [...] vertrieben. W. vertreibe bzw. importiere [...] «[...] von anderen Fahrzeugmarken».²⁰⁷ Auch mit Fahrzeugen im unteren Preissegment sei zudem eine profitable Tätigkeit als Händlerin oder Werkstätte möglich gewesen.²⁰⁸ Z. habe keine ernsthafte Prüfung von Ausweichmöglichkeiten durchgeführt und als Beweis für Ausweichmöglichkeiten nur eine Parteibefragung offeriert.²⁰⁹ Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich entsprechende Prüfungen auf [...] beschränkt hätten.²¹⁰ Hieraus sei zu schliessen, dass sie sich nicht um Ausweichmöglichkeiten bemüht habe.²¹¹

¹⁹⁶ Vgl. Fn 8.

¹⁹⁷ Vgl. auch WEKO, 23.9.2024, Rz 405, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

¹⁹⁸ Act. I.40, Rz 5 Ziff. 4, Rz 17a/i, 17c.

¹⁹⁹ Act. I.40, Rz 20.

²⁰⁰ Act. I.40, Rz 20.

²⁰¹ Act. I.40, Rz 17b, 20.

²⁰² Act. I.41, S. 2.

²⁰³ Act. I.40, Rz 19a.

²⁰⁴ Act. I.40, Rz 19b.

²⁰⁵ Act. I.29, Rz 79 und Beilage 18.

²⁰⁶ Act. I.51, Rz 51 f.

²⁰⁷ Act. I.29, Rz 80.

²⁰⁸ Act. I.51, Rz 54.

²⁰⁹ Act. I.51, Rz 61; act. I.78, Ziff. 2c.

²¹⁰ Act. I.51, Rz 61.

²¹¹ Act. I.51, Rz 55.

137. Was vertragliche Einschränkungen anbelangt, führt BMW Schweiz aus, dass sie marktübliche und kartellrechtlich zulässige Bedingungen für den Mehrmarkenvertrieb habe. So seien etwa Kraftfahrzeuge der BMW-Gruppe gesondert zu präsentieren und müssten angemessen zur Geltung kommen. Solche Vorgaben würden selbst zwischen den Marken BMW und MINI bestehen.²¹² Einige Händlerinnen von BMW- oder MINI-Fahrzeugen würden denn auch nicht nur konzerneigene Fahrzeugmarken anbieten (z. B. [...]).²¹³ BMW Schweiz habe den Mehrmarkenvertrieb nicht behindert.²¹⁴

Würdigung

138. Z. gibt an, dass ihre Abklärungen hinsichtlich des Ausweichens auf Kraftfahrzeuge der Marke [...] sowie Kraftfahrzeuge, die von ihren Aktionärinnen – der Z.-Gruppe und der W.-Gruppe – vertrieben bzw. importiert werden, zu keinen Ausweichmöglichkeiten geführt hätten. W. hat dies bestätigt. Ihrer Aussage ist Gewicht zuzumessen, weil sie als bedeutende [...] Einzelhändlerin von Kraftfahrzeugen [...] die Marktverhältnisse gut kennt.²¹⁵ Zwar sagt sie als Aktionärin von Z. nicht als uninteressierte Partei aus, doch ist es bei summarischer Beurteilung überzeugend, dass für die von ihr [...] vertriebenen Kraftfahrzeuge bereits eine strategische Netzwerkplanung bestand und eine spontane Umstellung nicht sinnvoll gewesen wäre. W. hat im Rahmen der vorliegend relevanten Händlerstrategie von BMW Schweiz sodann selbst einen Abbau von Autogaragen hingenommen ([...]; Rz 108).

139. Vor dem Hintergrund der Argumentation von Z., wonach für sie im Resultat nur Ausweichmöglichkeiten im Premiumsegment mit ähnlichen Verkaufsvolumina wie BMW Schweiz in Frage kämen, wären entsprechende dokumentierte (erfolglose) Ausweichversuche²¹⁶ – etwa auf Kraftfahrzeuge der Marken Mercedes-Benz und Audi – besonders einschlägig gewesen. Gemäss der Statistik von Auto-Schweiz betreffend Neuzulassungen von Personenwagen in der Schweiz und Liechtenstein im Jahr 2023 machten Kraftfahrzeuge der Marke BMW 8,4 % der Neuzulassungen aus, während Kraftfahrzeuge der Marke Audi 8.1 % und solche der Marke Mercedes-Benz 7.9 % ausmachten (die Marke MINI war mit 1,5 % quantitativ weniger bedeutend).²¹⁷ Angesichts der Präsenz im Grossraum [...] der [...] für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen der Marke Audi und der [...] für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen der Marke Mercedes-Benz²¹⁸ erscheint ein Ausweichen auf diese beiden Marken in absehbarer Zeit jedoch bei summarischer Beurteilung nicht realistisch und wird auch von BMW Schweiz nicht ins Feld geführt. Die Frage kann vorliegend jedoch nicht abschliessend geklärt werden.

140. Die von BMW Schweiz behauptete hohe Nachfrage nach Händlerinnen wurde nicht überzeugend dargetan und ist vorliegend nicht ersichtlich. BMW Schweiz hat sich dazu überwiegend auf pauschale Aussagen und Prognosen gestützt und insbesondere keine überzeugenden Argumente gegen die Behauptung von Z. vorgebracht, wonach etablierte Kraftfahrzeuganbieterinnen, insbesondere solche im Premiumbereich, bereits über etablierte Vertriebsnetze verfügen und der Markt gesättigt sei.²¹⁹

141. Was die vertraglichen Vorgaben von BMW Schweiz betreffend den Mehrmarkenvertrieb anbelangt, ist davon auszugehen, dass diese einen Mehrmarkenvertrieb zwar nicht verunmöglicht, ihn jedoch möglicherweise – unter Umständen wesentlich – verteuert hätten, zumal Z. die Vorgaben in Sachen Markentrennung auch während der letzten Jahre der Vertragslaufzeit des BMW-Händlervertrages am Standort Q. (Rz 78, 88) hätte beachten müssen.

142. Bei summarischer Beurteilung (Rz 83) bestehen damit wesentliche Zweifel, dass Z. bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) auf eine Tätigkeit als zugelassene Händlerin einer anderen Kraftfahrzeuganbieterin, insbesondere einer in Sachen Umsatz und Marktdurchdringung vergleichbaren Kraftfahrzeuganbieterin, hätte ausweichen können. Die Frage kann jedoch vorliegend offenbleiben, weil die mutmasslichen Folgen gegebenenfalls bei summarischer Beurteilung als unzumutbar einzustufen gewesen wären (Rz 145 ff.).

(b) Folgen

Argumente von Z.

143. Z. geht davon aus, dass im Premiumbereich ein Abschluss neuer Verträge nicht möglich gewesen wäre, und führt aus, dass Verträge mit Kraftfahrzeuganbieterinnen unterhalb des Premiumsegments aufgrund der bestehenden, auf das Premiumsegment ausgerichteten Infrastruktur von Z. wirtschaftlich nicht tragbar gewesen wären, da die Verkaufsmargen solcher Kraftfahrzeuge weitaus geringer gewesen wären als diejenigen für Kraftfahrzeuge der BMW-Gruppe.²²⁰ In jedem Fall habe sie zur Umsetzung der Vorgaben aus den Verträgen mit BMW Schweiz erhebliche Investitionen in Geschäftsräume (v. a. Showrooms), Marketing, in die Ausbildung von Mitarbeitenden sowie in händlerspezifische Werkzeuge und Geräte getätigt, die bei einem Markenwechsel unwiederbringlich verloren gewesen wären.²²¹ Die gesamte Infrastruktur sei durch Neu- und Ergänzungsbauten für die Bedürfnisse der Marken BMW und MINI

²¹² Act. I.51, Rz 58.

²¹³ Act. I.51, Rz 59.

²¹⁴ Act. I.51, Rz 60.

²¹⁵ Vgl. Webseite [...] (30.6.2025); Webseite [...] (30.6.2025).

²¹⁶ Vgl. auch Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 9.3.2023, A. GmbH/B. GmbH (vorsorgliche Massnahmen), E. 8.5.3.

²¹⁷ auto-schweiz VEREINIGUNG SCHWEIZER AUTOMOBIL-IMPORTEURE, Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH & FL), Januar–Dezember 2023/2024, <www.auto.swiss> (4.2.2025).

²¹⁸ Vgl. act. I.2, Beilage 16.

²¹⁹ Von einer Sättigung des Schweizer Automobilmarktes schien auch der Direktor des Future Mobility Lab am Institut für Mobilität der Universität St. Gallen auszugehen, der sich im Februar 2025 zum Zustand der Schweizer Automobilindustrie wie folgt vernehmen liess: «Es gibt derzeit praktisch keine Anzeichen, die für eine baldige Erholung oder geschweige denn ein Wachstum sprechen, weil der Markt stark gesättigt ist. Wir müssen die derzeitige Lage wohl oder übel als das neue Normal betrachten [...]» (Webseite Auto Gewerbe Verband Schweiz, <www.agvs-ups.ch/de/news/die-derzeitige-lage-ist-das-neue-normal> [18.2.2025]).

²²⁰ Act. I.40, Rz 17a/iv., 17d, 18.

²²¹ Act. I.4, S. 4.

für die Jahre 2018 bis 2028 gebaut und darauf ausgerichtet worden.²²² Im Fall eines Ausweichens auf Verträge mit einer anderen Kraftfahrzeuganbieterin als BMW Schweiz wären nicht amortisierte Investitionen abzuschreiben gewesen, es hätten Umbauten zurückgebaut werden müssen und es wäre ein erheblicher Marketingaufwand entstanden, was zu Kosten im hohen einstelligen Millionenbereich geführt hätte. Solche Mehrkosten seien für Z. «schlicht nicht tragbar» gewesen und hätten der Z.-Gruppe nicht zugemutet werden können.²²³

Argumente von BMW Schweiz

144. BMW Schweiz stellt bereits die Relevanz der meisten der von Z. geltend gemachten Investitionen infrage (Rz 113) und folgert, dass die geltend gemachten markenspezifischen «sunk costs» nicht existent oder gering gewesen wären.²²⁴

Würdigung

145. Z. macht im Wesentlichen geltend, dass allfällige Ausweichmöglichkeiten zu keiner wirtschaftlichen Nutzung ihrer Infrastruktur geführt hätten, die erzielbaren Margen diesfalls unzureichend gewesen wären, sie hohe neue Investitionen hätte tätigen müssen und die noch nicht amortisierten Investitionen definitiv abzuschreiben gewesen wären. Z. sagt damit insbesondere aus, dass die vorstehend (Rz 118 ff.) im Einzelnen beschriebenen Umsatz- und Gewinneinbussen in den Bereichen BMW- und MINI-Neuwagen, BMW- und MINI-Gebrauchtwagen sowie Werkstatt, die auch bei der vorliegenden Ausweichmöglichkeit zu berücksichtigen sind, durch allfällige Umsätze und Gewinne im Zusammenhang mit einer anderen Kraftfahrzeugmarke als BMW und MINI nicht hinreichend kompensiert worden wären.

146. Die Wirtschaftlichkeit allfälliger Ausweichmöglichkeiten in Bezug auf die Infrastrukturauslastung und die erzielbaren Margen kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Bei summarischer Beurteilung unzweifelhaft sind jedoch die Ausführungen betreffend die Notwendigkeit neuer Investitionen und der Abschreibung nicht amortisierter Investitionen. So scheint es insgesamt überzeugend, dass eine andere Kraftfahrzeuganbieterin als BMW Schweiz – wie BMW Schweiz und unabhängig davon, ob sie im Premiumbereich oder darunter tätig wäre, – darauf bestanden hätte, dass sich Z. an ihren Vorgaben ausrichtet und sämtliche erforderlichen Investitionen tätigt (z. B. Gebäudeumbauten; Entfernung alte / Einbau neue Betriebseinrichtungen; Rebranding und Marketing; Schulungen; administrative Kosten). Diese Investitionen hätten sich zwar mutmasslich nicht in dem von Z. behaupteten Bereich (hoher einstelliger Millionenbereich; Rz 143) bewegt, doch ist in jedem Fall von Kosten von mindestens mehreren hunderttausend Franken auszugehen, wobei es je nach Ausmass insbesondere der erforderlichen baulichen Massnahmen auch ein wesentlich höherer Betrag gewesen wäre. Zu diesen neuen Kosten wäre gekommen, dass Z. die nicht amortisierten Investitionen von 2,12 Millionen Franken (Rz 114) aufgrund der Ausrichtung der entsprechenden Investitionen auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen mutmasslich überwiegend oder vollständig hätte abschreiben müssen. Hieraus ergibt sich bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli

2024 (Rz 83 f.), dass Z. selbst im günstigsten Fall, in dem sie auf eine andere Kraftfahrzeuganbieterin als BMW Schweiz hätte ausweichen können und allfällige Umsatz- und Gewinneinbussen (Rz 118–120) ignoriert werden könnten, von einem auch für eine Garagenbetreiberin der Grösse der Z.-Gruppe erheblichen Betrag von mutmasslich über zwei Millionen Franken an neu zu tätigen bzw. abzuschreibenden Investitionen auszugehen gewesen wäre, wobei dieser Betrag je nach konkreten Umständen wesentlich höher hätte ausfallen können.

(c) Zumutbarkeit

147. Vorliegend ist zweifelhaft, ob die Ausweichmöglichkeit des Vertriebs von Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als BMW Schweiz als zugelassene Händlerin überhaupt bestanden hätte (Rz 138 ff.). Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, so hätte sie bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) bei der Z.-Gruppe mutmasslich zu einer Umsatzeinbusse von rund [10–20] % und einer Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel (Rz 118) sowie zu spürbaren Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 119) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120) geführt, die mutmasslich nur unzureichend hätten kompensiert werden können. Hinzuge treten wären mutmasslich abzuschreibende und neu zu tätige Investitionen von über zwei Millionen Franken, wobei dieser Betrag je nach konkreten Umständen – insbesondere bei nicht unwahrscheinlichen aufwändigen Bauarbeiten – wesentlich höher hätte ausfallen können. Insgesamt sind die Nachteile, die mit dem Vertrieb von Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als BMW Schweiz als zugelassene Händlerin mutmasslich verbunden gewesen wären, als schwerwiegend einzustufen.

148. Die Ausweichmöglichkeit des Vertriebs von Neuwagen anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen als BMW Schweiz als zugelassene Händlerin wäre deshalb bei summarischer Beurteilung mutmasslich nicht zumutbar gewesen.

5. Vertrieb von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI)

(a) Ausweichmöglichkeit

149. Z. hätte auf den Vertrieb von Neuwagen verzichten und auf den Vertrieb von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) ausweichen können. Bereits vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) betrieb Z. [einen Gebrauchtwagenhandel] am Standort Q. Es handelte sich dabei gemäss Angaben von Z. um [...] «eine sehr gute Plattform, um auch in Zukunft erfolgreich ein Handelsgeschäft zu betreiben».²²⁵

²²² Act. I.4, S. 4.

²²³ Act. I.4, S. 4; act. I.40, Rz 17a/i, 17a/iii.

²²⁴ Act. I.29, Rz 96 f.

²²⁵ Act. I.2, Rz 6, Beilage 15, S. 1.

(b) Folgen

150. Hätte sich Z. darauf beschränkt, Gebrauchtwagen unterschiedlicher Kraftfahrzeugmarken (einschliesslich BMW und MINI) zu verkaufen, hätte sie im Wesentlichen eine Tätigkeit weitergeführt, die sie bereits bis dahin neben ihrer Tätigkeit als zugelassene Händlerin für BMW- und MINI-Fahrzeuge ausgeübt hatte. Ihre Tätigkeiten im Bereich des Verkaufs von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken erzielten im Jahr 2023 einen Umsatz von insgesamt [...] Millionen Franken, wovon [...] Millionen Franken – rund 70 % – auf BMW- und MINI-Gebrauchtwagen entfielen.²²⁶

151. Durch ein Ausweichen auf den Verkauf nur von Gebrauchtwagen als freie Händlerin hätte die Z.-Gruppe mutmasslich die vorstehend im Einzelnen beschriebene Umsatzeinbusse von rund [10–20] % bzw. Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel (Rz 118) sowie spürbare Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 119) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120) erlitten. Zudem wären die nicht amortisierten Investitionen von 2,12 Millionen Franken mutmasslich vollständig oder überwiegend abzuschreiben gewesen. Zum einen ist eine auf den Verkauf von BMW-Neufahrzeugen als zugelassene Händlerin ausgerichtete Liegenschaft nicht an die Bedürfnisse des Gebrauchtwagenhandels angepasst. Zum anderen verfügt Z. bereits über [eine Infrastruktur] für den Gebrauchtwagenhandel ([...] ; Rz 149), wobei – insbesondere angesichts des zu erwartenden Verlusts des Zugangs zu einem Teil der BMW- und MINI-Gebrauchtwagen (Rz 119) – eine ausschlaggebende Ausweitung der Kapazität nicht plausibel erscheint.

(c) Zumutbarkeit

152. Die Ausweichmöglichkeit des Vertriebs von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) hätte bei einer summarischen Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) bei der Z.-Gruppe mutmasslich zu einer Umsatzeinbusse von rund [10–20] % und einer Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel geführt. Hinzugeetreten wären mutmasslich spürbare Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 115) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120) sowie der vollständige oder überwiegende Verlust der nicht abgeschriebenen Investitionen von 2,12 Millionen Franken. Gleichzeitig wäre eine ausschlaggebende – die Einbussen kompensierende – Ausweitung der Kapazität im Bereich Gebrauchtwagenhandel nicht plausibel gewesen. Insgesamt sind die Nachteile, die mit dem Vertrieb von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) mutmasslich verbunden gewesen wären, als schwerwiegend einzustufen.

153. Die Ausweichmöglichkeit des Vertriebs von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) wäre deshalb bei summarischer Beurteilung mutmasslich nicht zumutbar gewesen.

6. Geschäftliche Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs(a) Ausweichmöglichkeit

154. Z. hätte auf den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge verzichten und die entsprechenden Liegenschaften für eine andere geschäftliche Tätigkeit nutzen können. Auf die Möglichkeit einer Vermietung oder Veräusserung wurde bereits eingegangen (Rz 122).

(b) Folgen

155. Hätte Z. auf den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge verzichtet und eine geschäftliche Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs in Angriff genommen, hätte sie mutmasslich die vorstehend im Einzelnen beschriebene Umsatzeinbusse von rund [10–20] % bzw. Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel (Rz 118) sowie spürbare Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 119) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120) erlitten. Wie wahrscheinlich eine ganze oder teilweise Kompensation entsprechender Einbussen durch eine neue geschäftliche Tätigkeit gewesen wäre, kann im Rahmen der summarischen Beurteilung nicht abschliessend erörtert werden, doch wurde diese Ausweichmöglichkeit weder von BMW Schweiz noch von Z. auch nur erwähnt. Wie ein Ausweichen auf Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieterinnen (Rz 146) hätte auch die Erschliessung neuer Umsatz- und Gewinnquellen ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs (insbesondere solcher mit vergleichbaren Umsatzmöglichkeiten wie der Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen) mutmasslich wiederum bedeutende Investitionen vorausgesetzt. Diese Investitionen – insbesondere der Abbau kraftfahrzeugspezifischer Infrastruktur und der Aufbau der auf die neue Tätigkeit ausgerichteten Infrastruktur sowie von Knowhow und Personal – wären möglicherweise sogar höher ausgefallen als bei einem Ausweichen innerhalb der Kraftfahrzeugbranche, wo von mutmasslich über zwei Millionen Franken an neu zu tätigenen bzw. abzuschreibenden Investitionen ausgegangen wurde (Rz 146).

(c) Zumutbarkeit

156. Die Ausweichmöglichkeit einer geschäftlichen Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs hätte bei einer summarischen Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) bei der Z.-Gruppe mutmasslich zu einer Umsatzeinbusse von rund [10–20] % und einer Bruttogewinneinbusse von rund [0–10] % im Bereich Neuwagenhandel geführt, wobei unklar ist, inwieweit sie durch eine allfällige neue geschäftlichen Tätigkeit kompensiert worden wären. Hinzugeetreten wären mutmasslich spürbare Umsatz- und Bruttogewinneinbussen in den Bereichen Gebrauchtwagenhandel (Umsatzanteil ca. [0–10] %;

²²⁶ Act. I.57, Beilage 2.

Bruttogewinnanteil ca. [0–10] %; Rz 119) und Werkstatt (Umsatzanteil ca. [0–10] %; Bruttogewinnanteil ca. [20–30] %; Rz 120). Weiter wären mutmasslich abzuschreibende und neu zu tätigende Investitionen von über zwei Millionen Franken angefallen, wobei dieser Betrag je nach konkreten Umständen – insbesondere bei nicht unwahrscheinlichen aufwändigen Bauarbeiten – wesentlich höher hätte ausfallen können. Insgesamt sind die Nachteile, die mit einer geschäftlichen Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs mutmasslich verbunden gewesen wären, deshalb als schwerwiegend einzustufen.

157. Die Ausweichmöglichkeit einer geschäftlichen Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs wäre deshalb bei summarischer Beurteilung mutmasslich nicht zumutbar gewesen.

B.6.2.2.3 Fazit betreffend die Abhängigkeit

158. Von sechs geprüften Ausweichmöglichkeiten schieden zwei mangels Umsetzungsmöglichkeit aus. Die übrigen vier waren auf deren Folgen und Zumutbarkeit hin zu prüfen. Es handelte sich um (1) den ersatzlosen Verzicht auf den Vertrieb von BMW- und MINI-Neuwagen (Rz 117 ff.), (2) den Vertrieb von Neuwagen anderer Kraftfahrzeughändlerinnen als zugelassene Händlerin (Rz 133 ff.), (3) den Vertrieb von Gebrauchtwagen unterschiedlicher Marken (einschliesslich BMW und MINI) (Rz 149 ff.) und (4) eine geschäftliche Tätigkeit ausserhalb des Kraftfahrzeugbereichs (Rz 154 ff.).

159. Aus Gründen der mutmasslich nicht oder nur unzureichend kompensierbaren Umsatz- und Gewinneinbussen in den Bereichen Neuwagenhandel, Gebrauchtwagenhandel und Werkstatt sowie des mutmasslichen Verlusts getätigter sowie der Notwendigkeit neuer Investitionen wären die mit diesen Ausweichmöglichkeiten mutmasslich verbundenen Nachteile bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) als schwerwiegend einzustufen. Sie wären deshalb nach summarischer Prüfung für die Z.-Gruppe mutmasslich allesamt nicht zumutbar gewesen.

160. Weil damit für die Z.-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich keine zumutbare Ausweichmöglichkeit bestanden hätte, ist die Abhängigkeit zu bejahen.

161. Aus rechtsvergleichender Perspektive anzumerken ist, dass der vorstehend gewählte Ansatz durch die Prüfung der von Z. behaupteten Investitionen weitergehende Abklärungen vorsieht, als dies etwa der deutsche Bundesgerichtshof im *Leitentscheid Opel Blitz* tat, wo eine fehlende Zumutbarkeit von Ausweichmöglichkeiten ohne Berücksichtigung allfälliger Investitionen der Händlerin festgestellt wurde.²²⁷

162. BMW Schweiz bemängelt, dass eine Prüfung der Abhängigkeit von Z. von «bestimmten Waren» von BMW Schweiz unterblieben sei. Die Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf fordere, dass die Abhängigkeit in Bezug auf jedes Produkt und jede Dienstleistung einzeln zu untersuchen sei.²²⁸ Dieser Einwand zielt ins Leere. So war die Abhängigkeit von Z. von BMW Schweiz vorliegend zunächst lediglich summarisch zu prüfen.

Diese Prüfung fiel nicht oberflächlich aus, wie BMW Schweiz durch den Hinweis auf die Anzahl Seiten der summarischen Prüfung implizit selbst einräumt.²²⁹ Im Rahmen einer summarischen Prüfung eine weitergehende Detailtiefe zu fordern, erscheint vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur summarischen Prüfung bei Verfahrenseinstellung (Rz 82 ff.) nicht vertretbar. Selbst wenn aber eine ordentliche Prüfung durchzuführen gewesen wäre, wäre die Argumentation von BMW Schweiz nicht überzeugend. So besagt die zitierte Botschaftsstelle zwar, dass eine Abhängigkeit «in jedem Einzelfall bei jedem einzelnen Produkt oder bei jeder einzelnen Dienstleistung» zu untersuchen sei. Hieraus kann jedoch nicht folgen, dass die Abhängigkeit in Bezug auf jedes einzelne von BMW Schweiz vertriebene Kraftfahrzeug nachzuweisen wäre, zumal dies die Abhängigkeitsprüfung ohne erkennbaren Nutzen faktisch verunmöglichen würde. Die Botschaft lässt vielmehr offen, was mit einem einzelnen Produkt oder einer einzelnen Dienstleistung gemeint ist. Diese Prüfung ist, wie die Botschaft betont, einzelfallbezogen durchzuführen und kann etwa unterschiedlich ausfallen für eine Detailhändlerin, die eine Vielzahl an Produkten verschiedener Herstellerinnen vertreibt, und eine hochspezialisierte Kraftfahrzeughändlerin, die womöglich nur die Produkte einer einzigen Herstellerin vertreibt. Die Botschaft hält denn auch ausdrücklich fest, dass lediglich «nicht stets» eine Belieferung mit dem gesamten Sortiment verlangt werden könne, woraus im Umkehrschluss folgt, dass eine solche Auslegung nicht ausgeschlossen ist. Die WEKO hat etwa in *Madrigall* festgehalten, dass sich die Prüfung auf «le catalogue Madrigall [...] comme un ensemble (un assortiment complet)» beziehe, wobei die Händlerin neben den Produkten von Madrigall auch diverse Produkte anderer Herstellerinnen vertrieb. Die vorliegende Prüfung der Abhängigkeit in Bezug auf den Handel mit von BMW Schweiz vertriebenen Kraftfahrzeugen genügt mithin auch dem in den Materialien geforderten Detaillierungsgrad.

²²⁷ BGH, KZR 20/86 vom 23.2.1988, *Opel Blitz*, Rz 18 ff. («Dabei kann dahingestellt bleiben, ob für diese Abhängigkeit [einer Opel-Vertragshändlerin (Klägerin) von der Adam Opel AG (Beklagte)] die Frage einer Amortisation der behaupteten Investitionen der Klägerin während der bisherigen Laufzeit des Vertrages überhaupt von Bedeutung ist. Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit, um die es hier geht, setzt voraus, dass die Klägerin ihren Geschäftsbetrieb so stark auf die Produkte der Beklagten ausgerichtet hat, dass sie nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Automobilherstellers überwechseln kann [...]. Das ist im allgemeinen unabhängig davon der Fall, ob sich die für die Betriebseinrichtung erforderlichen Investitionen bereits amortisiert haben oder nicht [...].»); vgl. dazu Jörg Nothdurft, *Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen*, 17.1.2015, 37, S. 52. Vgl. aber BGH, KZR 33/93 vom 21.2.1995, *Kfz-Vertragshändler*, Rz 41, wo die Berücksichtigung von «Ausgaben im Interesse der Beklagten [...], die [die Vertragshändlerin] noch nicht wieder hat erwirtschaften können und die deswegen zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist hätten Anlass geben können» erwähnt wurde.

²²⁸ Act. I.78, Ziff. 2a; BBl 2019 4877, 4940.

²²⁹ Act. I.78, Ziff. 2 *in initio*.

B.6.2.3 Mangelnde Gegenmacht

163. Gemäss WEKO-Praxis setzt relative Marktmacht neben der Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen (Rz 92 ff.) weiter die mangelnde Gegenmacht des mutmasslich abhängigen Unternehmens gegenüber dem mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmen voraus.

164. Mangelnde Gegenmacht ist gegeben, wenn zwischen den Unternehmen in Bezug auf das fragliche Geschäft eine ungleiche Machtverteilung herrscht. Das wird insbesondere daran gemessen, ob das mutmasslich relativ marktmächtige Unternehmen ein gleiches oder ähnlich grosses Interesse am fraglichen Rechtsgeschäft hat wie das mutmasslich abhängige Unternehmen. Wie ausgeprägt ein allfälliges Ungleichgewicht sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Nicht genügen dürfte in der Regel ein geringfügiges Machtgefälle.²³⁰

165. Vorliegend bestehen keine Hinweise darauf, dass die Z.-Gruppe gegenüber der BMW-Gruppe über Gegenmacht verfügt hätte. Die Nichtverlängerung der BMW- und MINI-Händlerverträge geht zurück auf einen Entscheid der BMW-Gruppe, die mit P. (Rz 122) bereits über eine neue strategische Partnerin in [...] verfügte.²³¹ Bereits deshalb ist nicht ersichtlich, wie die BMW-Gruppe ein gleiches oder ähnlich grosses Interesse an der Geschäftsbeziehung mit der Z.-Gruppe gehabt haben könnte wie dies umgekehrt der Fall war. Zu berücksichtigen ist sodann das Verhältnis der Umsatzzahlen der BMW-Gruppe – 155 Milliarden Euro im Jahr 2023 (Rz 3) – gegenüber denjenigen der Z.-Gruppe – [...] Millionen Franken im Jahr 2023 (Rz 6) – wobei bei der Z.-Gruppe rund [30–40] % ihres Gesamtumsatzes mit Neuwagen, Gebrauchtwagen und Werkstatteleistungen (einschliesslich Original-Ersatzteilen) einen Bezug zur BMW-Gruppe hatten, während die durch die BMW-Gruppe mit der Z.-Gruppe erzielten Umsätze weit unter 0,1 % des Gesamtumsatzes der BMW-Gruppe gelegen haben dürften.²³² BMW Schweiz macht geltend, dass die weltweiten Umsatzzahlen vorliegend nicht relevant seien und zudem auf Seiten von Z. auch deren «überragende Marktstellung» im Raum [...] sowie W. hätten berücksichtigt werden müssen.²³³ Während die weltweiten Umsatzzahlen für sich allein genommen vorliegend nicht ausschlaggebend sind, kontextualisieren und erläutern sie das zu prüfende Machtverhältnis zwischen der BMW-Gruppe und der Z.-Gruppe. Was die «überragende Marktstellung» von Z. im Raum [...] anbelangt, so bezog sich diese gerade auf den Handel mit Kraftfahrzeugen der BMW-Gruppe,²³⁴ um dessen Wegfall es vorliegend geht, so dass dieses Argument nicht überzeugt. W. hat sodann als [Aktionärin] zwar grundsätzlich ein Interesse am Erfolg von Z., vermag dieser vorliegend jedoch gemäss summarischer Prüfung gerade keine Ausweichmöglichkeit zu bieten, die das Machtverhältnis zugunsten von Z. verschieben würde (Rz 134), so dass die Argumentation von BMW Schweiz auch in dieser Hinsicht nicht überzeugt.

166. Zusammengefasst hätte die BMW-Gruppe an der Weiterführung der vorliegend interessierenden BMW- und MINI-Händlerverträge mutmasslich kein gleiches oder ähnlich grosses Interesse gehabt wie die Z.-

Gruppe. Es hätte deshalb bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich eine mangelnde Gegenmacht der Z.-Gruppe gegenüber der BMW-Gruppe bestanden.

B.6.2.4 Kein grobes Selbstverschulden

167. Gemäss WEKO-Praxis setzt relative Marktmacht neben der Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen (Rz 92 ff.) und der mangelnden Gegenmacht (Rz 163 ff.) des mutmasslich abhängigen Unternehmens sodann ein fehlendes grobes Selbstverschulden des mutmasslich abhängigen Unternehmens voraus.

B.6.2.4.1 Allgemeines

168. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG äussert sich nicht zum Umgang mit einem allfälligen Selbstverschulden des mutmasslich abhängigen Unternehmens. Die Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf hält hierzu fest, dass «eine Abhängigkeit nur in den Fällen vorliegen [kann], in denen sich ein Unternehmen nicht selbst in diese Situation hineinmanövriert hat».²³⁵ Gemäss Praxis der WEKO setzt die Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschriften (Art. 7 KG) auf Unternehmen mit relativer Marktmacht deshalb voraus, dass die festgestellte Abhängigkeit nicht auf *groben Eigenfehlern* beruht. Dabei reicht es nicht aus, dass sich ein Entscheid des mutmasslich abhängigen Unternehmens im Nachhinein als *unvorteilhaft* erweist. Erfasst sein sollen einzig *offensichtliche* Fälle, so etwa, wenn sich ein Unternehmen *in Kenntnis* der übermässigen Risiken in eine Abhängigkeit begeben hat. Die Regeln zur relativen Marktmacht sollen keine Geschäftsmodelle fördern, mit denen *unvernünftige* Risiken eingegangen werden.²³⁶

169. Zu prüfen ist vorliegend erstens, ob der Z.-Gruppe vorzuwerfen ist, dass sie ihre Investitionen auf ungenügender Grundlage getätigt hat (Rz 170 ff.), zweitens, ob sie infolge eigener Ineffizienz in eine Abhängigkeit geraten ist (Rz 175 ff.) und drittens, ob ihr eine Nichteinhaltung der im Letter of Intent vom [...] Mai 2017 (Expansionsstrategie von BMW Schweiz) vorgesehenen zeitlichen Planung im vorgenannten Sinn anzulasten ist.

²³⁰ WEKO, 24.6.2024, Rz 289 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 438 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

²³¹ Act. I.2, Beilagen 12 und 16.

²³² Vgl. Rz 3 und act. I.57, Beilage 2.

²³³ Act. I.78, Ziff. 2e.

²³⁴ Act. I.2, Rz 7.

²³⁵ BBI 2019 4877, 4935 f. Ziff. 6.1.

²³⁶ WEKO, 24.6.2024, Rz 292 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 453 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025). Vgl. dazu auch Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 13.12.2023, *A. GmbH/B. GmbH (vorsorgliche Massnahmen)*, E. 7.2.1, 7.4 m. w. N.

B.6.2.4.2 Grundlage der Investitionen der Z.-Gruppe

170. Die Z.-Gruppe könnte ein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen sein, wenn sie die von ihr behaupteten Investitionen auf unzureichender Grundlage, insbesondere ohne realistisch verfügbare Absicherungen, getätigt hätte.

171. Z. war seit dem Jahr [...] Vertragspartnerin von BMW Schweiz. Sie hat in Umsetzung einer von BMW Schweiz entworfenen und auf BMW Schweiz ausgerichteten Expansionsstrategie verschiedene Investitionen getätigt (Rz 106 ff.). Diese betrafen den Ausbau ihrer bestehenden Standorte Q. und S. sowie den Bau eines (letztlich nicht realisierten) neuen Standorts in T. Die Investitionen gründeten auf vier in den Jahren 2017 bis 2019 unterzeichneten Vereinbarungen (Rz 108), die unter anderem folgenden Wortlaut aufwiesen:

- Letter of Intent vom [...]. Mai 2017 (Expansionsstrategie von BMW Schweiz): «In diesem Zusammenhang besteht zwischen der Z.-Gruppe [...] und der BMW (Schweiz) AG [...] das gegenseitige Verständnis, dass die Zusammenarbeit weiter vertieft werden soll, und Z. an den Standorten Q., S. [...] und T. expandieren wird. [...] Diese Expansionsstrategie, verbunden mit der optimalen Ausnutzung möglicher Synergien, wird zusätzliche Investitionen in Mitarbeiter und vor allem in die Infrastruktur erfordern. [...] Die Umsetzung dieser Strategie stellt für beide Parteien grosse Herausforderungen dar – nicht zuletzt auch in Bezug auf die Umsetzungsgeschwindigkeit – und erfordert ein sehr hohes Mass an gegenseitigem Vertrauen.»²³⁷
- Letter of Intent vom [...]. November 2017 (Beteiligung von W. an Z.): «BMW Schweiz AG (BMW Schweiz) und Z. haben ihre Absichten hinsichtlich des Ausbaus und der Entwicklung folgender Standorte festgehalten. Standort Q.: Erweiterung der Kapazität [...] (Inbetriebnahme: 01.10.2018). Standort S.: Umbau und Betrieb eines exklusiven MINI Centers für [...] mit BMW im Aftersales (Inbetriebnahme: 01.07.2018). Standort T.: Neuer Standort für BMW/MINI [...]»²³⁸
- Letter of Intent vom [...]. Juli 2018 (MINI-Umbauprojekt in S.): «Über Ihre Absicht, Ihr Unternehmen [d. h. Z.] am neuen Standort in S. für MINI zu realisieren, freuen wir [d. h. BMW Schweiz] uns sehr. Gemeinsam werden wir den MINI Markenauftritt im Raum S. nachhaltig stärken. Mit Ihren Investitionen stellen Sie zudem sicher, dass die gültigen BMW Group Retail Standards erfüllt werden.»²³⁹
- Vereinbarung vom [...]. März 2019 (BMW-Umbauprojekt in Q.): «Über Ihre Absicht, Ihr Unternehmen [d. h. Z.] am Standort in Q. für BMW zu erweitern, freuen wir [d. h. BMW Schweiz] uns sehr. Gemeinsam werden wir den BMW Markenauftritt im Raum [...] nachhaltig stärken. [...] Wir sind überzeugt, dass Sie mit diesem richtungsweisenden Schritt und Ihrem Engagement die Weichen für eine erfolgreiche BMW Zukunft im Grossraum [...] stellen.»²⁴⁰

172. Wie ausgeführt (Rz 109), wurde mit diesen Vereinbarungen gemäss Z. eine langfristige Zusammenarbeit vereinbart und die Grundlage für die Investitionen der Z.-Gruppe gelegt, was BMW Schweiz in Abrede stellt.

173. Aus Sicht der Behörde ist nach summarischer Beurteilung (Rz 83) der vorliegenden Beweismittel unzweifelhaft davon auszugehen, dass Z. annehmen durfte, dass BMW Schweiz an einer langfristigen und erweiterten Geschäftsbeziehung interessiert sei und dafür zumindest auch Investitionsanstrengungen seitens der Z.-Gruppe erwarte. Die gegen eine solche Lesart von Seiten BMW Schweiz erhobenen Einwände überzeugen nicht. Soweit BMW Schweiz geltend macht, die ersten beiden Letters of Intent seien nicht rechtsverbindlich, zielt dies ins Leere. Denn für die Frage des Selbstverschuldens ist nicht die rechtliche Durchsetzbarkeit massgebend, sondern, ob aus Sicht eines objektiven Empfängers der beiden Letters of Intent anzunehmen war, dass BMW Schweiz an einer langfristigen und erweiterten Geschäftsbeziehung interessiert war. Dies ist der Fall, wenn in den beiden Dokumenten davon die Rede ist, dass «die Zusammenarbeit weiter vertieft werden soll», «Z. an den Standorten Q., S. [...] und T. expandieren wird», dies von Seiten Z. «zusätzliche Investitionen in Mitarbeiter und vor allem in die Infrastruktur erfordern» werde, BMW Schweiz und Z. «ihre Absichten hinsichtlich des Ausbaus und der Entwicklung folgender Standorte festgehalten» haben und die «Erweiterung der Kapazität [...] (Inbetriebnahme: 01.10.2018)» vorgesehen ist. Massgebend sind mithin Inhalt und gelebte Praxis, nicht die Form der Vereinbarungen («Letter of Intent»). Auch der Einwand von BMW Schweiz, die beiden Gesellschaften seien davon ausgegangen, dass sich BMW Schweiz an den Investitionen beteilige, führt nicht dazu, dass die Investitionen offensichtlich unvernünftig sind. Im Gegenteil senkte die glaubhafte Inaussichtstellung von Unterstützungsleistungen gerade das anzunehmende Investitionsrisiko. Während BMW Schweiz zutreffend ausführt, dass die vereinbarte Vertragsdauer von fünf Jahren Z. die Abschreibung der Investitionen hätte ermöglichen sollen,²⁴¹ reichte die vereinbarte Vertragsdauer hierzu jedoch vorliegend nicht aus, wie vorstehend im Detail dargelegt wurde (Rz 106 ff.). Bei summarischer Beurteilung ist auch nicht ersichtlich, dass Z. in einer Position gewesen wäre, gegenüber BMW Schweiz weitergehende Beiträge oder Sicherheiten – etwa eine längere Vertragsdauer²⁴² – durchzusetzen. Angesichts der Mittel, die für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen einer weiteren Kraftfahrzeuganbieterin – neben denjenigen der BMW-Gruppe – mutmasslich erforderlich gewesen wären, kann schliesslich auch nicht von einem freiwillig eingegangenen Klumpenrisiko²⁴³ der Z.-Gruppe ausgegangen werden.

²³⁷ Act. I.2, Beilage 8, S. 1, 3.

²³⁸ Act. I.2, Beilage 9, S. 1.

²³⁹ Act. I.29, Beilage 2, S. 1–4.

²⁴⁰ Act. I.8, Beilage 1.

²⁴¹ Act. I.29, Rz 14, 22.

²⁴² Vgl. dazu Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 9.3.2023, A. GmbH/B. GmbH (vorsorgliche Massnahmen), E. 8.6.

²⁴³ Vgl. KAUFMANN (Fn 121), S. 190 m. w. H.

174. Zusammengefasst ist die Z.-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) durch die Tätigkeit der Investitionen in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz mutmasslich kein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen.

B.6.2.4.3 Effizienz der Z.-Gruppe

175. Die Z.-Gruppe könnte sodann ein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen sein, wenn sie die Investitionen in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz getätigt hätte, obwohl sie über ineffiziente Strukturen verfügt hätte und deshalb in eine Abhängigkeit von der BMW-Gruppe geraten wäre.

176. Gemäss BMW Schweiz hatte Z. in den Jahren 2017 bis 2020 ein Problem mit ihrer Profitabilität und war nicht in der Lage, die vereinbarten Umbauten plangemäss umzusetzen.²⁴⁴ Mit Schreiben vom 28. November 2019 wies BMW Schweiz Z. insbesondere darauf hin, dass deren Kostenmanagement mangelhaft sei, was diese jedoch ignoriert habe.²⁴⁵ Im Jahr 2021 habe das Jahresergebnis vor Steuern von Z. gemessen am Nettoumsatz 0,5 % betragen, während der Jahresdurchschnitt aller Händlerinnen bei [0–10] % gelegen habe.²⁴⁶ Im Jahr 2022 habe das Jahresergebnis vor Steuern von Z. 1,4 % betragen, während der Jahresdurchschnitt aller Händlerinnen bei [0–10] % gelegen habe.²⁴⁷ Trotz abgesenkter Verkaufsziele sei Z. während Jahren unterdurchschnittlich profitabel, bei der Erfüllung der Verkaufsziele betreffend BMW-Fahrzeuge durchschnittlich und bei der Erfüllung der Verkaufsziele für MINI-Fahrzeuge unterdurchschnittlich gewesen.²⁴⁸

177. Gemäss Z. handelt es sich bei der Darstellung von BMW Schweiz um ein Schlechtreden ihrer wirtschaftlichen Performance. Z. habe aufgrund der von BMW Schweiz vorgegebenen Geschwindigkeit in den Jahren 2017 bis 2020 hohe Investitionen tätigen und den Personalbestand von [...] auf [...] Mitarbeiter erhöhen müssen, was sich auch auf die Erfolgsrechnung niedergeschlagen habe. BMW Schweiz sei bewusst gewesen, dass sich der wirtschaftliche Erfolg erst nach Aufbau dieser Kapazitäten und Ressourcen einstellen würde.²⁴⁹ Zum Zeitpunkt der Nichtverlängerung der Verträge habe sie «beste Ergebnisse» erzielt. BMW Schweiz habe nur auf die Zahlen der Jahre 2018 bis 2021 abgestellt und die Zahlen für die Jahre 2022 und 2023 ausgeblendet.²⁵⁰ Z. habe bereits in diesen Jahren wieder das gewünschte Profitabilittsniveau erreicht.²⁵¹ Auch sei die Performance nicht einzig am Jahresergebnis vor Steuern zu messen. Relevant für BMW Schweiz seien insbesondere die betrieblichen Ergebnisse wie beispielsweise die Anzahl verkaufter Fahrzeuge, wo Z. regelmässig sehr gute Plätze in internen Rankings belegt habe.²⁵²

178. BMW Schweiz führt hierzu aus, dass die Verkaufszahlen für die Jahre 2022 und 2023 nicht relevant seien, da der Entscheid betreffend die Nichtverlängerung der Verträge vorher gefallen sei.²⁵³ Z. sei unterdurchschnittlich profitabel gewesen, was BMW Schweiz sowohl anhand des EBITDA als auch der Verkaufszahlen dargelegt habe.²⁵⁴ Z. sei dies bekannt gewesen und sie habe etwa vorgebracht, dass die Mietzinsbelastung zu hoch sei (obwohl diese durch die auch zur Z.-Gruppe gehörende X. definiert worden sei), dass [...], dass die Mar-

gen im Bereich Neufahrzeughandel sinken würden, dass das Aftersales-Team nicht eingespielt sei, dass bei Leasingrückläufern Verluste aufgetreten seien und dass [...].²⁵⁵ Auszeichnungen in Bezug auf Einzelaspekte würden die mssige Verkaufperformance nicht widerlegen.²⁵⁶

179. BMW Schweiz tut insgesamt überzeugend dar, dass die Performance von Z. in den Jahren nach Abschluss der Investitionen in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz gemessen am Durchschnitt ihrer zugelassenen Händlerinnen mutmasslich höchstens durchschnittlich und teilweise unterdurchschnittlich war. Sie kontextualisiert diese Zahlen jedoch nicht, so dass insbesondere nicht klar ist, unter welchen Umständen die anderen zugelassenen Händlerinnen eine bessere Performance erreichten. Vorliegend ist insbesondere das Argument von Z. berzeugend, dass die von der Z.-Gruppe in Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz zu tätigenden, bedeutenden Investitionen hierfür einen zentralen Grund darstellten, so dass etwa weniger verfügbares Kapital für Investitionen in anderen wichtigen Bereichen vorhanden war, worunter auch die Performance litt. Die Ausführungen von Z. wirken insgesamt kohärent und insbesondere nicht vorgeschoben. So führte sie etwa bereits in einem Schreiben vom 21. Dezember 2021 transparent und unter Bezugnahme auf die im Rahmen der Expansionsstrategie von BMW Schweiz («Konsolidierungsprozess») getätigten Investitionen aus, dass sie sich seit rund 18 Monaten «operativ in der Optimierungsphase» befinde sowie in diesem Jahr «den Break/Even Punkt durchschreiten und [...] in den nächsten 2 Jahren [...] auf das gewünschte Profitabilittsniveau» zurückkehren werde.²⁵⁷ Während die Kausalitäten im Rahmen einer summarischen Beurteilung nicht abschliessend geklärt werden können, wurde insgesamt überzeugend dargetan, dass Z. mutmasslich nicht über derart ineffiziente Strukturen verfügt hätte, dass diese für deren Abhängigkeit von BMW Schweiz verantwortlich gewesen wären. Es ist auch davon auszugehen, dass BMW Schweiz die Effizienz der Mitglieder ihres Vertriebssystems mutmasslich kennt und sich insbesondere nicht auf eine riskante Expansionsstrategie mit einer ineffizienten zugelassenen Händlerin eingelassen hätte.

²⁴⁴ Act. I.29, Rz 23 f.

²⁴⁵ Act. I.29, Rz 25 und Beilage 3.

²⁴⁶ Act. I.29, Rz 42.

²⁴⁷ Act. I.29, Rz 42.

²⁴⁸ Act. I.29, Rz 54.

²⁴⁹ Act. I.40, Rz 49a.

²⁵⁰ Act. I.40, Rz 49c/b.

²⁵¹ Act. I.40, Rz 49b.

²⁵² Act. I.40, Rz 49c/a, 49d und Beilagen 26–33.

²⁵³ Act. I.51, Rz 77.

²⁵⁴ Act. I.51, Rz 79.

²⁵⁵ Act. I.51, Rz 78.

²⁵⁶ Act. I.51, Rz 79.

²⁵⁷ Act. I.8, Beilage 2, S. 1.

180. Zusammengefasst ist die Z.-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) bei der Umsetzung der Expansionsstrategie von BMW Schweiz auch deshalb mutmasslich kein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen, weil die Abhängigkeit von der BMW-Gruppe nicht auf allfällige ineffiziente Strukturen der Z.-Gruppe zurückzuführen gewesen wäre.

B.6.2.4.4 Nichteinhalten des Zeitplans

181. BMW Schweiz macht geltend, dass Z. wesentlich längere Abschreibungsfristen zur Verfügung gehabt hätte, wenn sie sich an den «Zeitplan» gemäss Letter of Intent vom [...] Mai 2017 (Expansionsstrategie von BMW Schweiz) gehalten hätte. Im Verstoss gegen diesen Zeitplan liege ein grobes Selbstverschulden von Z.²⁵⁸

182. Der Letter of Intent vom [...] Mai 2017 sah für den Standort Q. eine Inbetriebnahme am 1. Oktober 2018 und für den Standort S. eine Inbetriebnahme am 1. Juli 2018 vor.²⁵⁹ BMW Schweiz substantiiert weder zeitlich noch inhaltlich, inwiefern Z. durch ein grobes Verschulden den «Zeitplan» gemäss Letter of Intent vom [...] Mai 2017 nicht eingehalten haben soll oder inwiefern sie in diesem Zusammenhang ein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen sein soll. Aus den Akten geht vielmehr hervor, dass sich BMW Schweiz und Z. im März 2019 für den Standort Q. mutmasslich auf einen weiteren Zeitplan einigten, ohne dass hierin von einer durch Z. verursachten Verzögerung die Rede gewesen wäre, worauf BMW Schweiz jedoch nicht einging.²⁶⁰ Was andere mögliche Gründe für Verzögerungen anbelangt, geht aus den Akten etwa hervor, dass ein ebenfalls mit Letter of Intent vom [...] Mai 2017 vereinbartes Projekt betreffend den Standort T. nach dreijähriger Planungszeit mutmasslich nicht realisiert wurde, weil BMW Schweiz eine Voraussetzung (Beendigung aller Verträge mit einer anderen Vertragshändlerin) nicht eingehalten hat, was BMW Schweiz lediglich pauschal, ohne jegliche inhaltliche Richtigstellung, bestritt.²⁶¹ Insgesamt fehlen im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung überzeugende Hinweise, welche eine Qualifikation des Verhaltens von Z. in diesem Zusammenhang als Eingehen eines offensichtlich unvernünftigen Risikos zulassen würden.

183. Zusammengefasst ist die Z.-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) im Zusammenhang mit der zeitlichen Planung gemäss Letter of Intent vom [...] Mai 2017 mutmasslich kein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen.

B.6.2.4.5 Fazit betreffend grobes Selbstverschulden

184. Zusammengefasst ist der Z.-Gruppe nicht vorzuwerfen, dass sie ihre Investitionen auf ungenügender Grundlage getätigt hätte (Rz 170 ff.), dass sie infolge eigener Ineffizienz in eine Abhängigkeit geraten wäre (Rz 175 ff.) oder dass sie im Zusammenhang mit der zeitlichen Planung gemäss Letter of Intent vom [...] Mai 2017 ein offensichtlich unvernünftiges Risiko eingegangen wäre (Rz 181 ff.). Da auch keine anderen Gründe für ein grobes Selbstverschulden der Z.-Gruppe ersicht-

lich sind, hätte bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich kein grobes Selbstverschulden der Z.-Gruppe bestanden.

B.6.2.5 Fazit betreffend relative Marktmacht

185. Nach summarischer Beurteilung (Rz 83) ist folglich davon auszugehen, dass die BMW-Gruppe bei der Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) gegenüber der Z.-Gruppe mutmasslich relativ marktmächtig gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG war.

B.6.3 Missbrauch relativer Marktmacht durch BMW Schweiz

B.6.3.1 Allgemeines (Art. 7 Abs. 1 und 2 KG)

186. Das KG verbietet eine relativ marktmächtige Stellung nicht, sondern einzig deren Missbrauch.²⁶²

187. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden.²⁶³ Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken relativ marktmächtiger Unternehmen zugleich hindernd und ausbeutend sein können; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann.²⁶⁴ Für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, können

²⁵⁸ Act. I.78, Ziff. 2f.

²⁵⁹ Act. I.2, Beilage 8, S. 2.

²⁶⁰ Act. I.8, Beilage 1, S. 2.

²⁶¹ Act. I.40, Rz 41; act. I.51, Rz 75.

²⁶² WEKO, 24.6.2024, Rz 311, *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 462, *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025). Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1.1, *Supermédia*.

²⁶³ Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Ein *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch* liegt vor, wenn Lieferantinnen oder Abnehmerinnen des relativ marktmächtigen Unternehmens benachteiligt werden, indem diesen z. B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden. Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m. w. H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569.

²⁶⁴ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 311 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 462 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025). Vgl. zum Ganzen im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; EVELYNE CLERC, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovel/Tercier* (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 7 I N 91 ff.

sodann weitere Kriterien berücksichtigt werden wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, der Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.²⁶⁵

188. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber einen Beispielkatalog von Verhaltensweisen aufgestellt, der das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.²⁶⁶ Diese Tatbestände, welche vor der Einführung der Vorschriften zur relativen Marktmacht einzig auf Verhaltensweisen *marktbeherrschender* Unternehmen anzuwenden waren, sind nach der gesetzlichen Konzeption und der WEKO-Praxis grundsätzlich auch anwendbar auf Verhaltensweisen *relativ marktmächtiger* Unternehmen.²⁶⁷ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren sodann nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Es sind immer auch die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen.²⁶⁸

189. Ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist gemäss Bundesgericht anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen herauszuarbeiten.²⁶⁹ Namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Ausbeutung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG (Rz 187) darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt erst vor, wenn kein sachlicher Grund für die Behinderung bzw. Benachteiligung vorliegt.²⁷⁰ Solche Gründe sind beispielsweise kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners), eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe.²⁷¹

190. In Bezug auf die Prüfung des Missbrauchs von relativer Marktmacht gelten die vorgenannten Erwägungen grundsätzlich entsprechend.²⁷² Indes ist zu beachten, dass Schutzobjekt beim Missbrauch einer *marktbeherrschenden Stellung* der Wettbewerb an sich ist, während es beim Missbrauch *relativer Marktmacht* um den Schutz von Individualinteressen des abhängigen Unternehmens im bilateralen Verhältnis zum marktmächtigen Unternehmen geht.²⁷³ Massgebend können deshalb allein die Umstände des konkreten bilateralen Verhältnisses zwischen dem relativ marktmächtigen Unternehmen und dem abhängigen Unternehmen sein. In dieser Konstellation kann es folgerichtig für einen Missbrauch nicht erforderlich sein, dass der Wettbewerb beschränkt wird, sondern nur, aber immerhin, dass das abhängige Unternehmen individuell in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder ausgebeutet wird.²⁷⁴ Würde man auch beim Missbrauch relativer Marktmacht eine Beschränkung des Wettbewerbs an sich voraussetzen, würde das zu einem Wertungswiderspruch führen.²⁷⁵ So wären diesfalls beispielsweise ausgerechnet kleinere und mittlere Unternehmen mit – im Hinblick auf Marktwirkungen – eher geringerer Bedeutung möglicherweise nicht gleichermassen geschützt wie ein grösseres – im Hinblick auf Marktwirkungen – bedeutenderes Unternehmen.

191. Um einen solchen Wertungswiderspruch zu vermeiden, ist es für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines relativ marktmächtigen Unternehmens mithin Voraussetzung, dass das geprüfte Verhalten zumindest geeignet ist, das abhängige Unternehmen individuell im Wettbewerb zu behindern oder auszubeuten.

²⁶⁵ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 139 I 72, E. 8.2.3 und E. 10.1.2, *Publigroupe*; REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique*; RPW 2016/1, 123 Rz 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der *legitimate business reasons*; vgl. auch DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 78), Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 N 6.

²⁶⁶ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570.

²⁶⁷ Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 315 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 466 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); BEAT ZIRLICK/JÜRIG BICKEL, Regeln zur relativer Marktmacht und Geoblocking in der Schweiz, in: WRP 2/2022, 150; für eine restriktivere Anwendung von Art. 7 Abs. 2 KG auf Verhaltensweisen relativ marktmächtiger Unternehmen plädieren STÄUBER/BURGER (Fn 121), ZWeR 2021, 254.

²⁶⁸ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 570.

²⁶⁹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1, *Supermédia*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

²⁷⁰ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m. w. H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

²⁷¹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m. w. H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*.

²⁷² Vgl. WEKO, 24.6.2024, Rz 315 ff., *Fresenius Kabi*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025); WEKO, 23.9.2024, Rz 466 ff., *Madrigall*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

²⁷³ Vgl. namentlich Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) (zit. Botschaft 2019), BBl 2019 4877, 4917, 4927, 4947.

²⁷⁴ Vgl. Fn 273 sowie STÄUBER/BURGER (Fn 121), Einführung. Vgl. auch die in anderem Kontext ergangenen Erwägungen des Kantonsgericht BL, 430 23 144 vom 9.3.2023, A. *GmbH/B. GmbH (vorsorgliche Massnahmen)*, E. 7.1 («Für Kartellzivilprozesse bedeutet dies insbesondere, dass der Kläger nicht erst dann aktivlegitimiert ist, wenn er nachweisen kann, dass der Wettbewerb als Institution betroffen ist, sondern dass in der Regel der Nachweis einer massgeblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Klägers ausreichen sollte»).

²⁷⁵ Vgl. dagegen etwa Art. 12 des portugiesischen Wettbewerbsgesetzes (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), das zur missbräuchlichen Ausnutzung wirtschaftlicher Abhängigkeit eine Eignung zur Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes oder der Wettbewerbsstruktur («suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência») voraussetzt; vgl. etwa die Erwähnung der entsprechenden Voraussetzung in dem unter einem diesbezüglich gleichlautenden Vorgängergesetz ergangenen Entscheid Supremo Tribunal de Justiça, 178/07.2TVPRT.P1.S1 vom 20.6.2013, *Toyota*.

192. Vorliegend machte Z. geltend, dass die ursprüngliche Weigerung von BMW Schweiz, bestimmte Verträge (Rz 79, 199) mit ihr über den 30. September 2023 bzw. den 31. Dezember 2025 hinaus weiterzuführen (Rz 88 f.), missbräuchlich gewesen sei nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und/oder Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Rz 1). Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) davon auszugehen, dass die genannte Weigerung von BMW Schweiz eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG darstellte (Rz 194 ff.). Es wird vorliegend nicht zusätzlich geprüft und es wurde zwischen Untersuchungseröffnung und Eingang der Desinteresseerklärung vom 30. Juli 2024 auch nicht tatbestandspezifisch ermittelt, inwiefern das Verhalten auch nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG²⁷⁶ und/oder Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig gewesen wäre.

193. Dies vorausgeschickt, wird nachfolgend geprüft, ob sich die BMW-Gruppe bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gegenüber der Z.-Gruppe unzulässig verhielt.

B.6.3.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

B.6.3.2.1 Allgemeines

194. Als Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG fällt nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre) in Betracht. Der Begriff der Verweigerung der Geschäftsbeziehung umfasst nach einhelliger Ansicht sowohl die Verweigerung einer neuen Geschäftsbeziehung als auch den Abbruch und die Einschränkung einer bestehenden Geschäftsbeziehung.²⁷⁷

195. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch für ein marktbeherrschendes oder relativ marktmächtiges Unternehmen: Es ist grundsätzlich frei in der Wahl seiner Geschäftspartner, denn eine beherrschende oder relativ marktmächtige Stellung schafft keinen generellen Kontrahierungszwang.²⁷⁸ Allerdings hat die Wettbewerbspraxis aufgezeigt, dass beim Vorliegen bestimmter Umstände die Einschränkung der Privatautonomie eines marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmens im Hinblick auf eine Kontrahierungspflicht gerechtfertigt sein kann.²⁷⁹

196. Nach Rechtsprechung und Praxis müssen für eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen die folgenden Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sein:²⁸⁰

1. Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer *Weigerung*, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten (Rz 198 ff.).²⁸¹
2. Die Verweigerung betrifft ein Angebot oder eine Nachfrage, das bzw. die *objektiv notwendig* ist, um auf einem nachgelagerten, vorgelagerten oder be-

nachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können (Rz 200 ff.).²⁸²

3. Die Verweigerung ist *geeignet*, den *Wettbewerb zu behindern* (Rz 203 ff.).²⁸³
4. Für die Verweigerung liegen keine *sachlichen Gründe* («legitimate business reasons») vor (Rz 205 ff.).²⁸⁴

197. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang die vorstehenden Ausführungen zur Anwendung von Art. 7 KG in Fällen betreffend relative Marktmacht (Rz 190 f.).²⁸⁵ Anders als bei der Prüfung eines herkömmlichen Missbrauchs einer *marktbeherrschenden* Stellung steht bei der Prüfung eines Missbrauchs *relativer Marktmacht* der Schutz der individuellen Interessen

des abhängigen Unternehmens im Vordergrund. Dementsprechend kommt es bei den Tatbestandsmerkmalen 2 und 3 (Rz 196) vorliegend auf die Bedeutung der geprüften Verhaltensweise für das konkret abhängige Unternehmen an: Für dieses muss das Angebot oder die Nachfrage, in Bezug auf welche(s) die Abhängigkeit

²⁷⁶ Vgl. hierzu etwa BGH, KZR 48/15 vom 23.1.2018, *Jaguar Land Rover Vertragswerkstatt*, Rz 37; BGH, KZR 41/14 vom 26.1.2016, *Jaguar Vertragswerkstatt*, Rz 34.

²⁷⁷ Vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.3, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 779 ff., DCC; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 4), Art. 7 N 183; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 78), Art. 7 N 194 ff.

²⁷⁸ Vgl. Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 570; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.1, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 779 ff., DCC; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 4), Art. 7 N 181, 215; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 78), Art. 7 KG N 191.

²⁷⁹ Vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.1, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 778, DCC. Vgl. dazu auch BGH, KZR 48/15 vom 23.1.2018, *Jaguar-Land-Rover Vertragswerkstatt*, Rz 34 f.; BGH, KZR 41/14 vom 26.1.2016, *Jaguar Vertragswerkstatt*, Rz 31 f.; BGH, KZR 87/13 vom 6.10.2015, *Porsche Tuning*, Rz 59; BGH, KZR 33/93 vom 21.2.1995, *Kfz-Vertragshändler*, Rz 33–37.

²⁸⁰ Vgl. zuletzt etwa im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) WEKO, 4.12.2023, Rz 629 ff., *Netzbastrategie Swisscom*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

²⁸¹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.2 f., *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.2 f., *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC.

²⁸² Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.2, 10.4, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.4, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC.

²⁸³ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.2, 10.4, 10.4.4, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.2, 8.2.5, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC.

²⁸⁴ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.2, 10.5, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023 E. 8.2.2, 8.2.6, *Eishockey im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 800 f., DCC.

²⁸⁵ Vgl. zu dieser Frage etwa STÄUBER/BURGER (Fn 121), 235, 259 f.; ZIRLICK/BICKEL (Fn 267), 150.

besteht, objektiv notwendig sein (Rz 200 ff.) und für dieses muss die Verweigerung der Geschäftsbeziehung entsprechend geeignet sein, dieses im Wettbewerb zu behindern oder auszubeuten (Rz 203 ff.). Dagegen kann im Kontext relativer Marktmacht nicht gefordert werden, dass die Verweigerung «einer wirksamen Teilnahme am Wettbewerb entgegensteht»²⁸⁶.

B.6.3.2.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

198. Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG umfasst nach einhelliger Ansicht sowohl die vollständige Verweigerung einer neuen Geschäftsbeziehung als auch den Abbruch und die Einschränkung einer bestehenden Geschäftsbeziehung (Rz 194).

199. Vorliegend weigerte sich BMW Schweiz gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.), gewisse BMW- und MINI-Händlerverträge sowie Verträge betreffend BMW- und MINI-Gebrauchtwagen mit Z. über den 30. September 2023 bzw. den 31. Dezember 2025 hinaus weiterzuführen (Rz 88). Dies stellt mutmasslich einen Abbruch einer bestehenden Geschäftsbeziehung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG dar (Rz 194).

B.6.3.2.3 Objektiv notwendiger Input

200. Ein weiteres Tatbestandselement bildet die objektive Notwendigkeit bzw. Unerlässlichkeit des Angebots (Input) für den Nachfrager²⁸⁷ bzw. der Nachfrage für den Anbieter.²⁸⁸ Bei der inhaltlichen Beurteilung des Grades der Unerlässlichkeit sind die Möglichkeiten der Substitution des Angebots durch alternative Angebote bzw. der Nachfrage durch alternative Nachfrager von Bedeutung.²⁸⁹ Hieraus bestimmt sich, wie stark das betroffene Unternehmen auf den Erhalt des Angebots bzw. auf die Nachfrage angewiesen ist. Während bei einer Geschäftsverweigerung durch ein *marktbeherrschendes* Unternehmen die Unerlässlichkeit hinsichtlich Auswirkungen auf den Wettbewerb zu prüfen ist,²⁹⁰ geht es bei einer Geschäftsverweigerung durch ein Unternehmen mit *relativer Marktmacht* aus den in Rz 190 f. und 197 ausgeführten Gründen um die Unerlässlichkeit hinsichtlich der Vermeidung einer individuellen Behinderung²⁹¹ im Wettbewerb.

201. Die Unerlässlichkeit eines Angebots oder einer Nachfrage für das abhängige Unternehmen wird mithin im Wesentlichen nach denselben Kriterien geprüft wie die Abhängigkeit bei der Prüfung relativer Marktmacht. Bei beiden Prüfungen kommt es darauf an, ob zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen (Rz 92 ff. und Rz 200).²⁹² Damit ist die Unerlässlichkeit für ein abhängiges Unternehmen bei Vorliegen relativer Marktmacht grundsätzlich zu bejahen.²⁹³ Zu ergänzen ist jedoch, dass die Konzepte der Abhängigkeit (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) bzw. der Unerlässlichkeit (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) grundsätzlich dynamischer Natur sind. Dass Abhängigkeit bzw. Unerlässlichkeit zum Zeitpunkt A bejaht werden, bedeutet mithin nicht, dass sie auch zum späteren Zeitpunkt B zu bejahen sind. Grundet die Abhängigkeit bzw. die Unerlässlichkeit eines Inputs in einem konkreten Fall beispielsweise wesentlich auf dem Wert getätigter Investitionen (*Lock-in-Konstellation*), sind diese In-

vestitionen jedoch fortlaufend zu amortisieren, so sind insofern mit abnehmendem Wert der getätigten Investitionen auch die Abhängigkeit bzw. die Unerlässlichkeit des Inputs weniger wahrscheinlich (wobei gleichzeitig beim Fehlen von Ausweichmöglichkeiten die Annahme eines groben Selbstverschuldens wahrscheinlicher wird; Rz 167 ff.).

202. Vorliegend ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass zufolge der bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) erfolgten mutmasslichen Bejahung der Abhängigkeit (Rz 158 ff.) auch die Unerlässlichkeit mutmasslich zu bejahen war.

B.6.3.2.4 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

203. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG setzt ferner eine Eignung zur Wettbewerbsbehinderung voraus.²⁹⁴ Aus den in Rz 190 f. und 197 ausgeführten Gründen ist beim Missbrauch relativer Marktmacht an dieser Stelle zu prüfen, ob die Gefahr besteht, dass das abhängige Unternehmen durch die Geschäftsverweigerung individuell im Wettbewerb behindert wird.

204. Vorliegend hätte Z. gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich nur über Ausweichmöglichkeiten verfügt, die ihr mutmasslich nicht oder nur unzureichend kompensierte Umsatz- und Gewinneinbussen in den Bereichen Neuwagenhandel, Gebrauchtwagenhandel und Werkstatt, den Verlust hoher getätigter Investitionen und/oder die Notwendigkeit hoher neuer Investitionen abverlangt hätten in einem Ausmass, das zu schwerwiegenden Nachteilen geführt hätte und deshalb nicht zumutbar gewesen wäre (Rz 158 ff.). Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen war deshalb bei summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) mutmasslich zumindest geeignet zu einer individuellen Wettbewerbsbehinderung.

²⁸⁶ BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.4, *Sport im Pay-TV*.

²⁸⁷ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 950, DCC.

²⁸⁸ Das Kriterium der Unerlässlichkeit lässt sich analog auch auf die Einschränkung der Geschäftsbeziehung durch allenfalls marktbeherrschende oder marktmächtige Nachfragerinnen anwenden; a. A. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 78), Art. 7 N 208. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Bezugsabbruch oder eine Bezugseinschränkung missbräuchlich sein sollte, wenn es der betroffenen Anbieterin möglich und zumutbar wäre, ihre Leistung auch anderen Abnehmerinnen ohne wesentlichen Umsatz- oder Gewinnverlust anzubieten.

²⁸⁹ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 974, DCC.

²⁹⁰ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.4, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 975, DCC.

²⁹¹ Die Geschäftsverweigerung ist ein Behinderungsmissbrauch; vgl. BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 3.4, *Sport im Pay-TV*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 4), Art. 7 N 182.

²⁹² Vgl. BGer, 2C_561/2022 vom 23.4.2024 E. 10.4, *Sport im Pay-TV*; auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 4), Art. 7 N 219 ff.

²⁹³ So auch STÄUBER/BURGER (Fn 121), 254; a. M. KAUFMANN (Fn 121), 186.

²⁹⁴ Vgl. Fn 283.

B.6.3.2.5 Keine sachlichen Gründe

205. Liegt eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vor, welche zur Behinderung des Wettbewerbs geeignet ist, so ist diese unzulässig, wenn keine sachlichen Gründe für die Einschränkung gegeben sind (Rz 196). Solche Gründe sind, wie erwähnt (Rz 189), beispielsweise kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners), eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe.²⁹⁵ Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines ansonsten bestehenden Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen und belegt werden.²⁹⁶ Eine pauschale Aussage genügt nicht. Ein sachlicher Grund muss sodann dem Erfordernis genügen, dass das geprüfte Verhalten für die Erreichung des sachlichen Grundes im Sinne der Verhältnismässigkeit notwendig ist und in keinem Fall zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt.²⁹⁷

206. Die BMW-Gruppe nennt verschiedene Gründe, weshalb die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Z. gerechtfertigt gewesen sei.²⁹⁸ Soweit sie sich dabei in pauschaler Weise auf die Vertragsfreiheit beruft und betont, dass sie zu keinem Zeitpunkt eine Erneuerung der Verträge über den 30. September 2023 hinaus mit Z. vereinbart oder konkret in Aussicht gestellt habe sowie dass die Umstrukturierung des selektiven Vertriebs «möglich bleiben» müsse,²⁹⁹ zielt dies ins Leere. Denn die Vorschriften zum Missbrauch von relativer Marktmacht setzen einem relativ marktmächtigen Unternehmen in dieser Hinsicht Grenzen (Rz 195). Würde es genügen, sich zur Rechtfertigung einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darauf zu berufen, dass eine solche Beendigung aufgrund der Vertragsfreiheit «möglich bleiben» müsse, wäre jedes Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gerechtfertigt.

207. Soweit die BMW-Gruppe geltend macht, sie habe der Z.-Gruppe die Überprüfung des Händlernetzes bereits mit Schreiben vom [26]. Januar 2022 [...] mitgeteilt und explizit die Prüfung von Alternativvarianten erwähnt, womit die Mitteilung der effektiven Nichtverlängerung einviertel Jahre vor der von der KFZ-Verordnung vorgesehenen Sechsmonatsfrist erfolgt sei,³⁰¹ verfängt dies ebenfalls nicht. Denn im Rahmen der summarischen Beurteilung des Verhaltens der BMW-Gruppe wurde bereits ausgeführt, dass die Schreiben vom 26. Januar 2022 und vom 29. Juli 2022 (Rz 113c) wie auch eine allfällige Einhaltung der Fristen gemäss Art. 8 KFZ-Verordnung (Rz 113a) vorliegend nicht zu einer anderen Beurteilung der Abhängigkeit der Z.-Gruppe und damit des relevanten Verhaltens der BMW-Gruppe führten. In der vorliegenden Konstellation, in der das relativ marktmächtige Unternehmen Investitionen in Millionenhöhe zur Expansion der Handelstätigkeit des abhängigen Unternehmens veranlasste, war die durch vereinzelte Vertragsverlängerungen gewährte Übergangsfrist (Rz 78) mutmasslich gerade nicht ausreichend. Eine Rechtfertigung ist damit auch insoweit nicht ersichtlich.

208. Auch soweit sich die BMW-Gruppe zur Rechtfertigung der Geschäftsbeendigung darauf beruft, sie habe die Geschäftsbeziehungen beenden dürfen, weil die zu berücksichtigenden Investitionen tiefer seien als von Z. behauptet und die Investitionen auch längst amortisiert seien, namentlich weil BMW Schweiz finanzielle Unterstützungsleistungen betreffend die Expansion des Geschäfts von Z. erbracht habe,³⁰² zielt dies ins Leere. Dies schon deshalb, da das Nichtvorhandensein von schützenswerten Investitionen für sich allein keinen sachlichen Grund für eine Geschäftsbeendigung darstellt. Das Nichtvorhandensein wäre einzig bei der Prüfung der relativen Marktmacht zu berücksichtigen. Vorliegend ist nach summarischer Beurteilung die relative Marktmacht aber gerade auch deshalb mutmasslich zu bejahen, weil zu berücksichtigende Investitionen vorliegen (Rz 106 ff.). Die BMW-Gruppe kann sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens folglich auch nicht darauf berufen, dass keine zu berücksichtigenden Investitionen vorliegen. Hinsichtlich der von BMW Schweiz behaupteten Unterstützungsleistungen wird auf die Behandlung in Rz 113d verwiesen.

209. Die BMW-Gruppe beruft sich weiter darauf, dass die Beendigung der Geschäftsbeziehungen dazu gedient habe, ineffiziente Vertriebsstrukturen zu verhindern.³⁰³ Ein solches Ziel stellt grundsätzlich einen sachlichen Grund dar (Rz 205). Vorliegend scheitert dieser sachliche Grund jedoch am Erfordernis, dass er für die Erreichung des angestrebten Ziels notwendig sein muss (Rz 205). So war es zur Verhinderung ineffizienter Vertriebsstrukturen für die BMW-Gruppe mutmasslich nicht notwendig, die Nichtverlängerung bzw. Kündigung der Händlerverträge mit Z. in einer Weise vorzunehmen, dass diese die hohen Investitionen, zu denen BMW Schweiz selbst Anlass gegeben hatte und wofür ihr eine langfristige erweiterte Geschäftsbeziehung in Aussicht gestellt worden war, nicht hinreichend amortisieren konnte und mangels zumutbarer Ausweichmöglichkeiten (Rz 116 ff.) letztlich im Wettbewerb behindert wurde. Vielmehr hätte die BMW-Gruppe ihre Vertriebsstrukturen mutmasslich auch dann effizienter machen können,

²⁹⁵ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m. w. H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*.

²⁹⁶ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 4.2., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁹⁷ Vgl. im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nicht relativer Marktmacht) BGE 146 II 217 E. 5.9., *Preispolitik Swisscom ADSL*; WEKO, 4.12.2023, Rz 714 ff., *Netzbaustategie Swisscom*, <www.weko.admin.ch> Praxis > Entscheide (30.6.2025).

²⁹⁸ Vgl. insbesondere Act. I.29, Rz 91–100.

²⁹⁹ Act. I.29, Rz 94.

³⁰⁰ Act. I.8, Beilage 3.

³⁰¹ Act. I.29, Rz 98.

³⁰² Act. I.29, Rz 96 f.

³⁰³ Act. I.29, Rz 94 f.

wenn sie – angesichts der dynamischen Natur der Abhängigkeit (Rz 201) – Z. eine hinreichend lange Übergangsfrist gewährt hätte. Hierdurch wären allfällige anderweitige, nicht Z. betreffende Effizienzbestrebungen der BMW-Gruppe erst gar nicht betroffen gewesen. Die allenfalls leichte zeitliche Verzögerung in Bezug auf Z. wäre sodann für die Effizienzbestrebungen der BMW-Gruppe insgesamt mutmasslich nicht ausschlaggebend gewesen. Die vorliegend summarisch beurteilte Verhaltensweise der BMW-Gruppe war deshalb mutmasslich nicht notwendig zur Verhinderung ineffizienter Vertriebsstrukturen, so dass die Verhinderung ineffizienter Strukturen vorliegend nicht als Rechtfertigungsgrund einschlägig ist.

210. Die BMW-Gruppe macht schliesslich geltend, dass auch das Verhalten der Z.-Gruppe gegenüber der BMW-Gruppe zu berücksichtigen sei. Z. habe trotz wiederholter Aufforderung durch BMW Schweiz ihren Schaden nicht belegt und nahezu beliebig wechselnde Forderungen erhoben, ohne diese zu belegen oder zu substantiieren, während BMW Schweiz stets Verhandlungsbereitschaft signalisiert habe.³⁰⁴ Auch dieses Argument begründet keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund. Zwar ist dokumentiert, dass Z. eine Reihe wechselhafter Forderungen vorgebracht hat. Allerdings dürfte BMW Schweiz mit den von Z. getätigten Investitionen und Verhältnissen hinreichend vertraut gewesen sein, um in Ermangelung einer aus ihrer Sicht haltbaren Forderungsbezeichnung durch Z. selbst eine solche vornehmen zu können. Zudem hat Z. – etwa in ihren Schreiben vom 7. März 2023 oder vom 12. Juni 2023³⁰⁵ – die von ihr behauptete Forderung durchaus dargelegt. Eine von BMW Schweiz offenbar bevorzugte Verhandlungslösung scheiterte jedoch mutmasslich nicht am Fehlen einer substantiierten Bezifferung, sondern vielmehr an zu weit auseinanderliegenden Vorstellungen betreffend deren begründete Höhe. Das zeigte sich etwa darin, dass BMW Schweiz einzig auf eine Forderung in Höhe von 200 000 Franken einzugehen schien,³⁰⁶ während Z. Forderungen in Höhe von rund 5 Millionen Franken³⁰⁷ bzw. 1,45 Millionen Franken³⁰⁸ geltend gemacht hatte. In jedem Fall hätte das – auch vor dem Hintergrund eines Verhandlungsprozesses zu sehende – Verhalten der Z.-Gruppe auf die materiellrechtliche Würdigung des Verhaltens der BMW-Gruppe vorliegend mutmasslich keinen Einfluss gehabt. Dies wäre möglicherweise anders gewesen, wenn sich die BMW-Gruppe ohne Mitwirkung der Z.-Gruppe kein Bild über die getätigten Investitionen und die Umstände der Nichtverlängerung der Verträge hätte machen können. Es ist damit nicht ersichtlich, inwiefern das von der BMW-Gruppe monierte Verhalten der Z.-Gruppe die Beendigung der Geschäftsbeziehung rechtfertigen könnte.

B.6.3.3 Fazit betreffend Missbrauch relativer Marktmacht

211. Nach summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) ist folglich davon auszugehen, dass die Weigerung von BMW Schweiz, bestimmte Verträge (Rz 79, 199) mit Z. über den 30. September 2023 bzw. den 31. Dezember 2025 hinaus weiterzuführen, mutmasslich missbräuchlich gewesen wäre nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. a KG. Die Untersuchungsadressatin hätte

deshalb – hätte sie das beanstandete Verhalten nicht während der Untersuchung aufgegeben – voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG gegeben. Solche hätten insbesondere in der Verlängerung der Geschäftsbeziehungen bestehen können.

C Kosten

212. Die Prüfung der Verfahrensaussichten gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 führt bei summarischer Beurteilung zum Schluss, dass das Verhalten von BMW Schweiz voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 KG gegeben hätte (Rz 83 f., 211). BMW Schweiz kann insofern als unterliegend gelten und hat mithin das Verfahren verursacht, so dass sie gebührenpflichtig ist gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG³⁰⁹.

213. Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach Art. 4 f. GebV-KG. 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).

214. Bis zum 31. Dezember 2024 wendeten die Wettbewerbsböden gemäss ihrer bisherigen Praxis bei der Berechnung der Verfahrenskosten je nach Funktionsstufe einen Stundenansatz von 130 Franken (Praktikanten/-innen), 200 Franken (wissenschaftliche Mitarbeiter/-innen, Referenten/-innen) oder 290 Franken (Dienstleiter/-innen; Direktor/-in) an. Die in der vorliegenden Untersuchung bis zum 31. Dezember 2024 aufgewendete Zeit beträgt insgesamt 295,4 Stunden. Aufgeschlüsselt nach Stundenansätzen werden demnach bis zum 31. Dezember 2024 folgende Stundenansätze in Rechnung gestellt:

- 19,8 Stunden zu Fr. 130.–, ergebend Fr. 2 574.–
- 272,9 Stunden zu Fr. 200.–, ergebend Fr. 54 580.–
- 2,7 Stunden zu Fr. 290.–, ergebend Fr. 783.–

215. Bis zum 31. Dezember 2024 sind demnach Verfahrenskosten in Höhe von 57 937 Franken angefallen.

216. Seit dem 1. Januar 2025 wenden die Wettbewerbsbehörden bei der Kostenfestlegung je nach Funktionsstufe einen Stundenansatz von 170 Franken (Praktikanten/-innen), 270 Franken (wissenschaftliche Mitarbeiter/-innen, Referenten/-innen) oder 350 Franken (Dienstleiter/-innen; Direktor/-in) an. Die in der vorliegenden Untersuchung seit dem 1. Januar 2025 aufgewendete Zeit beträgt insgesamt 231,2 Stunden. Aufgeschlüsselt nach Stundenansätzen werden demnach ab dem 1. Januar 2025 folgende Stundenansätze in Rechnung gestellt:

³⁰⁴ Act. I.29, Rz 98.

³⁰⁵ Act. I.29, Beilagen 4 und 12.

³⁰⁶ Act. I.2, Beilage 21.

³⁰⁷ Act. I.29, Beilage 12, S. 4.

³⁰⁸ Act. I.29, Beilage 4, S. 1.

³⁰⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

- 0,8 Stunden zu Fr. 170.–, ergebend Fr. 136.–
- 217,1 Stunden zu Fr. 270.–, ergebend Fr. 58 617.–
- 13,3 Stunden zu Fr. 350.–, ergebend Fr. 4 655.–

217. Für die Zeit ab dem 1. Januar 2025 sind demnach Verfahrenskosten in Höhe von 63 408 Franken angefallen.

218. Insgesamt belaufen sich die Verfahrenskosten damit auf 121 345 Franken. Sie sind BMW Schweiz aufzuerlegen (Rz 212).

D Zusammenfassung

219. Zusammengefasst kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den folgenden Ergebnissen:

- Die BMW-Gruppe hat ihr Verhalten im Verlauf der Untersuchung dahingehend angepasst, dass im Verfügungszeitpunkt ein Missbrauch relativer Marktmacht durch die BMW-Gruppe gegenüber der Z.-Gruppe ausscheidet. Die Untersuchung ist gegenstandslos und deshalb einzustellen.
- Über die Kostenfolgen ist auf der Grundlage einer summarischen Beurteilung der Verfahrensaussichten unmittelbar vor der Verhaltensanpassung von BMW Schweiz vom 25. Juli 2024 zu entscheiden. Nach summarischer Beurteilung gemäss Vertragslage vor der Verhaltensanpassung vom 25. Juli 2024 (Rz 83 f.) hätte sich die BMW-Gruppe gegenüber der Z.-Gruppe mutmasslich missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. a KG verhalten durch die Weigerung, den BMW-Händlervertrag und

den MINI-Händlervertrag betreffend den Standort R., den BMW-Premium-Selection-Vertrag betreffend den Standort Q. sowie den MINI-Händlervertrag und den Occasionen-MINI-Next-Vertrag betreffend den Standort S. über den 30. September 2023 hinaus und den BMW-Händlervertrag betreffend den Standort Q. über den 31. Dezember 2025 hinaus zu verlängern. Weil die BMW-Gruppe deshalb mutmasslich Anlass zu Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG gegeben hätte, gilt sie als unterliegend und es sind BMW Schweiz die Verfahrenskosten in Höhe von 121 345 Franken aufzuerlegen.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. Die Verfahrenskosten nach Art. 53a KG in Höhe von Fr. 121 345.– werden der BMW (Schweiz) AG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **BMW (Schweiz) AG**, [...], vertreten durch [...]
- **Z. AG**, [...], vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Frutiger/Blumer-Lehmann

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom [...] 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom [...] 2025

1. [Im ersten Halbjahr 2025] hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der Kontrolle der Frutiger Unternehmungen AG über die Blumer-Lehmann Holding AG.

2. Die Frutiger Unternehmungen AG (zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Frutiger) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Sie ist die Holdinggesellschaft einer Unternehmensgruppe, die Bau- und Immobiliendienstleistungen anbietet. Frutiger gliedert sich in die vier Bereiche Infrastrukturbau, Hochbau, Gesamtlösungen Immobilien und Spezialitäten. Frutiger ist in der gesamten Schweiz, Deutschland und Frankreich vertreten.

3. Die Blumer-Lehmann Holding AG (zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Blumer-Lehmann) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Gossau. Sie ist die Holdinggesellschaft eines Holzindustrie- und Holzbauunternehmens. Im Bereich Holzbau plant, produziert und montiert Blumer-Lehmann Holzbauten und agiert auch als General- und Totalunternehmen in Holzbauprojekten. Im Bereich Holzindustrie stellt Blumer-Lehmann in der eigenen Sägerei Schnittholzprodukte her und verarbeitet das Restholz u.a. zu Pellets. Blumer-Lehmann hat Standorte in der Schweiz, Deutschland, Österreich und Luxemburg. Die Aktien der Blumer-Lehmann Holding AG werden von [...] gehalten. Mehrheitsaktionärin mit einem Anteil von [...] % der Aktien ist [A].

4. Der Zusammenschluss erlaubt Frutiger, im Bereich Holzbau zu wachsen und ein breiteres Leistungsangebot aus einer Hand anzubieten, beispielsweise hybride Lösungen aus Holz, Beton und Stahl.

5. Gemäss dem *Term Sheet*, das die Parteien abgeschlossen haben, soll der Zusammenschluss in zwei Transaktionen erfolgen: Im ersten Schritt kauft Frutiger [...] % der Aktien der Blumer-Lehmann Holding AG anteilig von der Verkäuferschaft, d.h. von den [...], die gemeinsam 100 % der Aktien der Blumer-Lehmann Hol-

ding AG halten («Vollzug 1»). Für die verbleibenden [...] % der Aktien hat Frutiger eine Call-Option und die Verkäuferschaft eine Put-Option. Diese Optionen können zwischen dem [...] und dem [...] ausgeübt werden («Vollzug 2»). [...] Bis zum Vollzug 2 soll sich der Verwaltungsrat aus [...] Verwaltungsräten, die von [A] bestimmt werden, und [...] Verwaltungsräten, die von Frutiger bestimmt werden, zusammensetzen. Frutiger und die Verkäuferschaft beabsichtigen, Frutiger in einem Aktionärsbindungsvertrag zu spezifizierende Vetorechte auf Stufe Generalversammlung und Verwaltungsrat einzuräumen, insbesondere für [...] strategische Entscheidungen. Bis zum Vollzug 2 soll Blumer-Lehmann auf der Grundlage des bisherigen Businessplans weitergeführt werden.

6. [A] ist aktuell Mehrheitsaktionärin der Blumer-Lehmann Holding AG und wird dies auch nach Vollzug 1 bleiben, bis die verbleibenden [...] % der Aktien durch Frutiger gekauft werden. Gemäss den Angaben der Parteien hält [A] einige Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollrechte [...]. Die Parteien führen in der Meldung zudem aus, dass [...].

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Frutiger und Blumer-Lehmann sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

8. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss 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. Frutiger erwirbt in einem ersten Schritt eine Beteiligung von [...] % und hat das Recht, strategische Entscheidungen durch Veto zu verhindern. Damit erhält Frutiger die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit von Blumer-Lehmann auszuüben. Da Frutiger strategische Entscheidungen durch Veto verhindern, derartige Entscheidungen aber nicht durchsetzen kann, erlangt Frutiger mit Vollzug 1 negative Kontrolle über Blumer-Lehmann. Es liegt folglich eine Änderung der Kontrollverhältnisse am Zielunternehmen vor.

9. Die Parteien bringen in der Meldung vor, dass [A] kein Unternehmen sei, weshalb gemeinsame Kontrolle zwischen Frutiger und [A] zwischen Vollzug 1 und Vollzug 2 ausgeschlossen sei. Sie folgern daraus, dass Frutiger bereits mit Vollzug 1 alleinige Kontrolle über Blumer-

Lehmann erlange und auf eine weitere, separate Meldung des Vollzugs 2 verzichtet werden könne.

10. In Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission werden natürliche Personen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle dann als Unternehmen erfasst, wenn sie weitere wirtschaftliche Tätigkeiten für eigene Rechnung ausüben oder wenn sie noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.³ Da [A] ausserhalb des Zielunternehmens keiner eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgeht, erfüllt sie diese Voraussetzungen nicht. Sie gilt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben deshalb nicht als Unternehmen. Dies schliesst eine gemeinsame Kontrolle zwischen Frutiger und [A] indes nicht aus. Entsprechend der Praxis der EU-Kommission ist gemeinsame Kontrolle zwischen einem Unternehmen und einer natürlichen Person möglich, unabhängig davon, ob die natürliche Person weitere wirtschaftliche Tätigkeiten für eigene Rechnung ausübt oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrolliert.⁴

11. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU). Die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über ein bereits bestehendes Unternehmen stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Mutterunternehmen gemeinsam kontrolliert wird und (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist.

12. Art. 2 Abs. 1 VKU geht von der Konstellation aus, dass zwei oder mehr Unternehmen gemeinsame Kontrolle über ein bisher nicht gemeinsam kontrolliertes Vollfunktionsunternehmen erlangen. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 VKU bezieht sich auf Unternehmen. Natürliche Personen werden in Art. 2 Abs. 1 VKU demgegenüber nicht erwähnt. Die VKU enthält auch sonst keine Regelung zur gemeinsamen Kontrolle zwischen Unternehmen und natürlichen Personen.

13. Sinn und Zweck der Norm ist es zu regeln, dass ein Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionscharakter haben muss, um als Zusammenschluss vom Konzentrationsprivileg profitieren zu können – dies in Abgrenzung zur Wettbewerbsabrede: Das heisst, es muss eine eigene Marktpresenz haben, als selbständige wirtschaftliche Einheit auftreten, auf Dauer angelegt sein sowie über ein Management und ausreichende Ressourcen verfügen.⁵ Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass Art. 2 Abs. 1 VKU gemeinsame Kontrolle zwischen Unternehmen und natürlichen Personen ausschliessen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber diese (in der Praxis unübliche) Konstellation übersehen hat. Es ist folglich von einer Lücke in der Verordnung auszugehen, die von der Behörde zu füllen ist. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden, indem eine bestehende Regelung sinngemäss auf die ungelöste Frage übertragen wird.⁶ Es erscheint sachgerecht, Art. 2 Abs. 1 VKU analog auf Konstellationen anzuwenden, in denen Unternehmen und natürliche Personen gemeinsame Kontrolle über ein bisher nicht ge-

meinsam kontrolliertes Unternehmen erlangen: Auch in diesem Fall muss der Vollfunktionscharakter gegeben sein, damit das Konzentrationsprivileg gilt.

14. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen oder Personen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen.⁷ Während [A] auch nach Vollzug 1 Mehrheitsaktionärin ist, kann Frutiger strategische geschäftspolitische Entscheidungen mit Vetorechten blockieren. Frutiger und [A] müssen die Geschäftspolitik folglich gemeinsam festlegen. Damit liegt gemeinsame Kontrolle zwischen Frutiger und [A] vor. Das Zielunternehmen Blumer-Lehmann ist bereits heute eigenständig als Anbieter auf dem Markt tätig und wird dies auch nach Vollzug 1 weiterhin und unbefristet bleiben. Demnach sind die Voraussetzungen der gemeinsamen Kontrolle und des Vorliegens eines Vollfunktionsunternehmens erfüllt. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU analog vor.

15. Mit Vollzug 2 wird ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle verbunden sein. Der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle unterliegt der Meldepflicht. Da von einem Gemeinschaftsunternehmen in der Regel kein Wettbewerbsdruck auf die kontrollierenden Unternehmen und Personen ausgeht, führt der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle in der Regel aber nicht zu veränderten Wettbewerbsverhältnissen.⁸ Sofern Vollzug 2 zu keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird, besteht die Möglichkeit einer erleichterten Meldung (Art. 12 VKU).

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).

³ Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. C 43/10 vom 21.2.2009, Rz 12 und 151; RPW 2016/3, 783 Rz 26, 7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import; RPW 2016/3, 758 Rz 23; 7Days Group/Güll-Gesellschaften; RPW 2015/3, 464 Rz 23, Kirschner/Valora Warenlogistik AG; RPW 2014/2, 432 Rz 20; Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG; RPW 2014/2, 423 Rz 16, Aurelius/Publicitas.

⁴ EU-KOMM, COMP/M.3762 vom 16.6.2005, Rz 5 ff., Apax/Travelex; EU-KOMM, IV/M.1169 vom 25.5.1998, Rz 7 ff., EDF/Grange.

⁵ Vgl. RPW 2017/3, 471 Rz 36, BLS AG/Transport Ferroviare Holding SAS.

⁶ BGE 146 III 426 E. 3.1; BGer, 5A_235/2007 vom 14.11.2007 E. 3.

⁷ RPW 2017/3, 471 Rz 31, BLS AG/Transport Ferroviare Holding SAS.

⁸ Vgl. RPW 2023/4, 906 Rz 10 f, Ringier/RASCH.

16. Der vorliegende Zusammenschluss ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG, da Frutiger und Blumer-Lehmann im Jahr 2023 zusammen einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über 500 Millionen Franken und in der Schweiz einen Umsatz von je über 100 Millionen Franken erzielt haben.⁹

17. Nachfolgend werden diejenigen Märkte geprüft, in denen das Zielunternehmen Blumer-Lehmann tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch eine Marktanteilsaddition verändern könnte. Dies betrifft die Geschäftsbereiche Hochbau, Umbau/Renovationen und General- und Totalunternehmung.¹⁰ In Bezug auf Geschäftsbereiche, in denen sich die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien nicht überschneiden, bestätigen die Parteien, dass weder Frutiger noch Blumer-Lehmann in einem auf die Schweiz abgegrenzten oder die Schweiz umfassenden Markt einen Marktanteil von 30 % oder mehr aufweisen.¹¹

Hochbau

18. Frutiger und Blumer-Lehmann erstellen in der Schweiz Häuserbauten und Hochbauten. Blumer-Lehmann erstellt ausschliesslich Hochbauten aus Holz.

19. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis einen Markt für Hochbau definiert, der den Häuserbau und Hochbauten aller Art umfasst. Dazu gehören Fabrikationsgebäude, Geschäftshäuser, Büro- und Verwaltungsbauten sowie Einkaufszentren und Parkhäuser.¹² Fraglich ist, ob der Markt für Hochbau nach der Art der eingesetzten Baustoffe, d.h. ob es sich um Holzbauten, Betonbauten etc. handelt, weiter zu unterteilen ist. Die Parteien bringen in ihrer Meldung vor, dass die verwendeten Baustoffe in der Regel eine ähnliche Funktionalität aufweisen würden und für die Marktgegenseite üblicherweise nicht entscheidend seien. Beim Hochbau stünden vielmehr der Verwendungszweck, die Grösse und das Volumen der Bauten im Vordergrund. Sofern der Markt für Hochbau dennoch weiter zu unterteilen wäre, schlagen die Parteien im Sinne einer Arbeitshypothese einen Teilmarkt für Holzbauten und einen Teilmarkt für Nicht-Holzbauten (Betonbauten) vor.¹³ Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die genaue sachliche Marktabgrenzung, insbesondere ob der Markt für Hochbau in weitere Teilmärkte zu unterteilen ist, offengelassen werden, da dies keinen Einfluss auf das Ergebnis der nachfolgenden Analyse hat.

20. Die WEKO ging in ihrer bisherigen Praxis von einem regionalen Markt für Hochbau aus.¹⁴ Es ist denkbar, dass die räumliche Ausdehnung des Marktes für Hochbau und der entsprechenden Teilmärkte kleiner ausfällt, wenn die Marktgegenseite ortsansässige Unternehmen favorisiert oder geografische Gegebenheiten wie Berge die Transportkosten beeinflussen. Vorliegend kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere bei kantonalen Märkten, das Ergebnis der nachfolgenden Analyse dasselbe bleibt.

21. Im Markt für Hochbau schätzen die Parteien ihren kumulierten Marktanteil sowohl auf regionaler wie auch auf kantonaler Ebene auf weniger als [0 – 10] % bzw. [0 – 10] %. In den Regionen und Kantonen, in denen sich die Tätigkeiten der Parteien im Markt für Hochbau nicht

überschneiden, betragen die Marktanteile von Frutiger bzw. Blumer-Lehmann weniger als [0 – 10] %. Im Markt für Holzbauten kommt es einzig in der Region Nordwestschweiz bzw. im Kanton Bern zu einer Kumulation von Marktanteilen. Der gemeinsame Marktanteil beträgt sowohl auf regionaler wie auch auf kantonaler Ebene weniger als [0 – 10] %. Frutiger ist nur im Kanton Bern tätig. In den Regionen und Kantonen, in denen sich die Tätigkeiten der Parteien im Markt für Holzbau nicht überschneiden, bleiben die Marktanteile von Blumer-Lehmann unter [0 – 10] %. Damit liegen die gemeldeten Marktanteilschätzungen sowohl auf einem Gesamtmarkt für Hochbau als auch auf dem Teilmarkt für Holzbau auf regionaler und kantonaler Ebene unter den Schwellen für das Vorliegen eines horizontal oder vertikal betroffenen Marktes im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Das Zusammenschlussvorhaben gibt deshalb unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Umbau und Renovationen

22. Beide Parteien sind im Bereich Umbau und Renovationen tätig, wobei sich die Tätigkeiten von Blumer-Lehmann wiederum auf Holzbauten beschränken.

23. Gemäss bisheriger Praxis der WEKO gehören zum sachlich relevanten Markt für Umbau und Renovationen sämtliche Tätigkeiten, die in diesem Kontext erbracht werden.¹⁵ In räumlicher Hinsicht hat die WEKO den Markt regional abgegrenzt.¹⁶ Es ist denkbar, dass die

⁹ Der Umsatz von [A] ist nicht relevant, da sie ausserhalb des Zielunternehmens keiner eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgeht und folglich im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht als beteiligtes Unternehmen gilt.

¹⁰ [Blumer-Lehmann hat per 1.4.2025 den Bereich Holzbau der Hächler AG übernommen]. Der Unternehmensteil Holzbau der Hächler AG ist im Markt für Hochbau und im Teilmarkt für Holzbauten sowie im Markt für Umbau und Renovationen tätig. Die Marktanteile des Unternehmensteils Holzbau liegen gemäss den Angaben der Parteien bei weniger als [0 – 10] %. Die Übernahme hat deshalb auf die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses keinen Einfluss.

¹¹ Blumer-Lehmann weist im Bereich der Sägereiprodukte, in dem zu keinen Überschneidungen mit den Tätigkeiten von Frutiger kommt, einen Marktanteil von unter [0 – 10] % auf. In den übrigen Geschäftsbereichen von Blumer-Lehmann liegen horizontale Überschneidungen mit den Geschäftstätigkeiten von Frutiger vor. Diese Geschäftsbereiche werden nachfolgend separat geprüft.

¹² RPW 2007/1, 105 Rz 49, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; siehe auch RPW 2011/2, 291 Rz 4, *Strabag SE/Astrada AG*; RPW 2011/2, 292 Rz 4, *Strabag SE/Brunner Erben Holding AG*; RPW 1998/2, 278 Rz 4, *Batigroup Holding AG/Stamm-Gruppe*; RPW 1997/2, 204 Rz 11, *Batigroup Holding AG*.

¹³ Da Blumer-Lehmann auf dem Markt für Nicht-Holzbauten (Betonbauten) nicht tätig ist und es folglich zu keiner Marktanteilsaddition kommt, erübrigt sich vorliegend die Frage nach einer weiteren Unterteilung dieses Marktes.

¹⁴ RPW 2011/2, 291 Rz 4, *Strabag SE/Astrada AG*; RPW 2011/2, 292 Rz 4, *Strabag SE/Brunner Erben Holding AG*; RPW 2007/1, 105 Rz 59, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; RPW 1997/2, 205 Rz 15, *Batigroup Holding AG*.

¹⁵ RPW 2007/1, 105 Rz 54, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; siehe auch RPW 2011/2, 291 Rz 4, *Strabag SE/Astrada AG*; RPW 2011/2, 292 Rz 4, *Strabag SE/Brunner Erben Holding AG*; RPW 1998/2, 278 Rz 4, *Batigroup Holding AG/Stamm-Gruppe*.

¹⁶ RPW 2011/2, 291 Rz 4, *Strabag SE/Astrada AG*; RPW 2011/2, 292 Rz 4, *Strabag SE/Brunner Erben Holding AG*; RPW 2007/1, 105 Rz 59, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

räumliche Ausdehnung des Marktes für Umbau und Renovationen kleiner ausfällt, wenn die Marktgegenseite ortsansässige Unternehmen favorisiert oder geographische Gegebenheiten wie Berge die Transportkosten beeinflussen. Vorliegend kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden, da auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere bei kantonalen Märkten, das Ergebnis der nachfolgenden Analyse dasselbe bleibt.

24. Im Markt für Umbau und Renovationen kommt es weder in den Regionen noch in den Kantonen zu einer Kumulation von Marktanteilen. Die Marktanteile von Frutiger und Blumer-Lehmann belaufen sich in den nicht überschneidenden Gebieten nach eigener Schätzung auf unter [0 – 10] %. Folglich ist der Markt für Umbau und Renovationen kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

General- und Totalunternehmung

25. Frutiger und Blumer-Lehmann sind beide im Bereich General- und Totalunternehmung tätig. Blumer-Lehmann bietet General- und Totalunternehmerleistungen nur bei Projekten an, bei welchen Blumer-Lehmann auch die Holzbauleistung erbringt.

26. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis einen sachlich relevanten Markt für General- und Totalunternehmung beschrieben. Der Markt umfasst Dienstleistungen, mit denen ein Bauprojekt von seiner Planung (einschliesslich Projektentwicklung) bis zu seiner Nutzungsphase koordiniert wird. Ein Totalunternehmen erhält vom Bauherrn den Auftrag, ein Bauprojekt umfassend (einschliesslich Planung) umzusetzen und die dazu notwendigen Aufträge an Bauunternehmen seiner Wahl zu vergeben. Im Unterschied zur Totalunternehmung entfällt bei der Generalunternehmung die Planung einschliesslich Projektentwicklung. Die Grenze zwischen den beiden Organisationsformen ist allerdings fließend. Zudem sind die General- und die Totalunternehmung durch eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität gekennzeichnet. Deshalb kann gemäss Praxis der WEKO von einem Gesamtmarkt für General- und Totalunternehmung ausgegangen werden.¹⁷

27. Die WEKO ging in ihrer bisherigen Praxis von einem nationalen Markt für General- und Totalunternehmung aus, liess die genaue räumliche Abgrenzung aber offen.¹⁸ Es ist denkbar, dass der räumlich relevante Markt enger abzugrenzen ist. Frutiger hat zwei Standorte, nämlich in Gümligen (BE) und in Zürich. Die General- und Totalunternehmerleistungen von Frutiger werden gemäss den Angaben in der Meldung vornehmlich in den Kantonen Bern, Zürich, Basel-Stadt und Baselland erbracht. Dies spricht dafür, dass ortsansässige Unternehmen einen Vorteil haben. Auch wenn dies auf einen räumlich kleineren Markt hindeuten könnte, kann vorliegend offengelassen werden, ob der Markt für General- und Totalunternehmen enger als national abzugrenzen wäre, da aufgrund des geringen kumulativen Marktanteils der Parteien davon auszugehen ist, dass eine engere räumliche Abgrenzung die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändern würde.

28. Im Markt für General- und Totalunternehmung schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil in der Schweiz auf rund [0 – 10] %. Damit ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

29. Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Es kann somit von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

30. Die vorläufige Prüfung ergibt 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.

¹⁷ RPW 2010/2, 237 Rz 14 f., *Stoffel Participations Group/Bau-engineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2007/1, 103 Rz 29 f., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; RPW 2001/3, 566 Rz 2, *Zschokke Holding AG/Göhner Merkur AG*.

¹⁸ RPW 2010/2, 237 Rz 17 ff., *Stoffel Participations Group/Bau-engineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2007/1, 106 Rz 26 f., *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; RPW 2001/3, 566 Rz 2, *Zschokke Holding AG/Göhner Merkur AG*.

B 2.3

2. SALIC/OLAM AGRI

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. September 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. September 2025

1. Am 4. September 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den – indirekten – Erwerb der alleinigen Kontrolle der Saudi Agricultural and Livestock Investment Company (nachfolgend: SALIC) über das Zielunternehmen Olam Agri Holdings Limited (nachfolgend: Olam Agri).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- SALIC mit Sitz in Ar Riyadh (Saudi-Arabien) ist eine Investmentgesellschaft, welche mit Investitionen in den Bereichen Landwirtschaft und Lebensmittelrohstoffhandel sowohl in Saudi-Arabien als auch weltweit tätig ist. SALIC ist eine Tochtergesellschaft des saudi-arabischen Staatsfonds Public Investment Fund of Saudi Arabia (PIF).¹
- Olam Agri mit Sitz in Singapur (Singapur) ist weltweit im Handel und der Verarbeitung landwirtschaftlicher Güter tätig und deckt in diesem Bereich die gesamte Wertschöpfungskette – einschliesslich Anbau, Originierung, Verarbeitung, Grosshandel, Transport und Vertrieb – ab.²

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 Vgl. RPW 2022/4, 901 Rz 2, *Olam/SALIC/Olam Agri*.

² Vgl. RPW 2022/4, 901 Rz 4, *Olam/SALIC/Olam Agri*.

B 2.3

3. Osterwalder St. Gallen/AHAG/Avia Graubünden

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Juni 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Juni 2025

Am 5. Juni 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen Avia Graubünden AG (nachfolgend: Avia Graubünden) durch die Osterwalder St. Gallen Holding AG (nachfolgend: OSHAG) und die A.H. Meyer & Cie AG (nachfolgend: AHAG).

Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Die AHAG mit Sitz in Zürich ist ein Tochterunternehmen der A.H. Meyer Holding AG. Sie ist im Mineralöl- und im Tankstellensektor tätig. Im Zentrum der Geschäftstätigkeit der AHAG stehen der Detail- und Grosshandel mit fossilen Treibstoffen, Heizöl sowie Schmierstoffen. Die AHAG betreibt 69 Tankstellen, vornehmlich der Region Zürich und im Tessin, davon 7 Tankstellen mit Tankstellenshops. Daneben ist die AHAG auch im Holzkohlegeschäft tätig.

- Die OSHAG mit Sitz in St. Gallen ist eine Holding-Gesellschaft und ist mit ihren Tochtergesellschaften der Osterwalder St. Gallen AG und der AVIA Graubünden unter der Marke AVIA primär im Mineralöl- und Tankstellensektor tätig. Im Zentrum der Geschäftstätigkeit stehen der Detail- und Grosshandel mit fossilen Treibstoffen, Heizöl sowie Schmierstoffen. Die OSHAG betreibt 107 Tankstellen, vornehmlich in der Region St. Gallen und in der Ostschweiz, davon 20 Tankstellen mit Tankstellenshops. Daneben ist sie in den Bereichen Autowäsche, erneuerbare Energien, Immobilien und Kanalsanierung tätig. Über eine Beteiligung kontrolliert OSHAG derzeit allein das zukünftige Gemeinschaftsunternehmen Avia Graubünden.

- Die Avia Graubünden mit Sitz in Chur ist unter der Marke AVIA im Mineralöl- und Tankstellensektor in der Region Graubünden tätig. Mit dem zukünftigen Gemeinschaftsunternehmen Avia Graubünden sollen in der Region Graubünden Endkundinnen und Endkunden mit Heizöl sowie über Tankstellen mit Brenn- und Treibstoffen versorgt werden. Auf der Grosshandelsebene sollen sowohl Brenn- und Treibstoffe als auch Heizöl und Schmierstoffe vertrieben werden.

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. ADNOC/Covestro

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. Mai 2025

1. Am 24. April 2025 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb alleiniger Kontrolle über die derzeit nicht unter der Kontrolle einer oder mehrerer Personen stehenden **Covestro AG** (nachfolgend: Covestro) durch die **Abu Dhabi National Oil Company P.J.S.C.** (nachfolgend: ADNOC P.J.S.C.; ADNOC P.J.S.C. zusammen mit den anderen Konzerngesellschaften: ADNOC; Covestro und ADNOC: die Parteien) mittels der indirekt durch diese kontrollierten ADNOC International Germany Holding AG (nachfolgend: ADNOC International Germany).¹

2. **ADNOC** mit Sitz der Konzernmuttergesellschaft in Abu Dhabi, Vereinigte Arabische Emirate, ist ein Energie- und Petrochemie-Unternehmen unter der Kontrolle der Regierung des Emirats Abu Dhabi.² ADNOC ist hauptsächlich in den Bereichen Suche, Förderung, Lagerung, Raffinierung und Vertrieb von Öl und Gas sowie in der Entwicklung von petrochemischen Produkten tätig.³ ADNOC deckt über ein Netz vollständig integrierter Unternehmen die gesamte Kohlenwasserstoff-Wertschöpfungskette ab.⁴

3. **Covestro** mit Sitz der Konzernmuttergesellschaft in Leverkusen, Deutschland, ist ein Chemieunternehmen, das in erster Linie hochwertige Polymermaterialien und -lösungen anbietet. Covestro ist in zwei Segmenten tätig: (i) *Performance Materials*, welche Standard-Polycarbonate, Standard-Urethan-Komponenten und Basischemikalien umfassen, und (ii) *Solutions & Specialties*, welche technische Kunststoffe, Rohstoffe für Beschichtungen und Klebstoffe, massgeschneiderte Urethane, thermoplastische Polyurethane, Spezialfolien und Elastomere umfassen.⁵

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke ADNOC eine vertikale Diversifizierung des eigenen Portfolios sowie die Möglichkeit, weitere Einnahmequellen zu erschliessen. Covestro ermögliche ADNOC eine Diversifizierung der Produktpalette in Richtung der wachstumsstarken Chemiemärkte, die den derzeitigen Aktivitäten, welche ADNOC gegenwärtig durch Beteiligungen an der Borealis AG (nachfolgend: Borealis) und Borouge PLC (nachfolgend: Borouge) in den Bereichen Polyethylen und Polypropylen ausübe, nachgelagert seien.⁶ Covestro passe aufgrund ihrer Strategie für Kreislaufwirtschaftslösungen, ihres erfahrenen Managementteams sowie ihrer

engagierten Belegschaft zu den strategischen Zielen von ADNOC für das Jahr 2030.⁷ Covestro biete das Zusammenschlussvorhaben die Möglichkeit, dank geplanter Investitionen von ADNOC ihre Unternehmensstrategie und Wachstumspläne zu beschleunigen, wobei sich ADNOC über eine Tochtergesellschaft verpflichtet habe, die bestehenden Geschäftstätigkeiten, die Unternehmensführung und die organisatorische Geschäftsstruktur von Covestro beizubehalten.⁸ ADNOC beabsichtige, dass Covestro als strategisch und operativ unabhängiges Unternehmen geführt werde und Geschäfte mit ADNOC zu marktüblichen Bedingungen (*at arm's length*) abschliessen werde.⁹

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 31. März 2025 bei der Europäischen Kommission angemeldet.¹⁰

6. ADNOC beabsichtigt den Erwerb von bis zu 100 % des Aktienkapitals von Covestro im Rahmen eines freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots an alle Aktionäre von Covestro.¹¹ Bieterin ist ADNOC International Germany, eine mittelbare Tochtergesellschaft der XRG Public Joint Stock Company (nachfolgend: XRG), die wiederum eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von ADNOC P.J.S.C. ist.¹² Am 1. Oktober 2024 schlossen ADNOC P.J.S.C., ADNOC International Germany, XRG und Covestro eine Investitionsvereinbarung, die den Abschluss (*closing*) des Zusammenschlussvorhabens für die zweite Hälfte des Jahres 2025 vorsieht, vorbehaltlich behördlicher Genehmigungen und der Erfüllung gewisser Bedingungen.¹³ Per 16. Dezember 2024 hätten 91,32 % der Aktionäre von Covestro das Angebot von ADNOC angenommen.¹⁴ Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass der geplante Erwerb alleiniger Kontrolle über Covestro durch ADNOC einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU darstellt.

¹ Meldung des Erwerbs alleiniger Kontrolle über Covestro AG durch ADNOC P.J.S.C. vom 24. April 2025 (nachfolgend: Meldung), Rz 1 f., 9.

² Meldung, Rz 2, 4.

³ Meldung, Rz 4. Vgl. Webseite von ADNOC, <www.adnoc.ae/en/our-story> (2.5.2025).

⁴ Meldung, Rz 4, Beilage 5 Rz 26.

⁵ Meldung, Rz 11. Vgl. Webseite von Covestro, <www.covestro.com/de/company> (2.5.2025).

⁶ Meldung, Rz 27 f.

⁷ Meldung, Rz 27.

⁸ Meldung, Rz 29, 31.

⁹ Meldung, Rz 32 f.

¹⁰ EU-KOMM, COMP/M.11771, *ADNOC / COVESTRO*; Meldung, Beilage 5.

¹¹ Meldung, Rz 19.

¹² Meldung, Rz 1, 19.

¹³ Meldung, Rz 21, 26, Beilage 4.

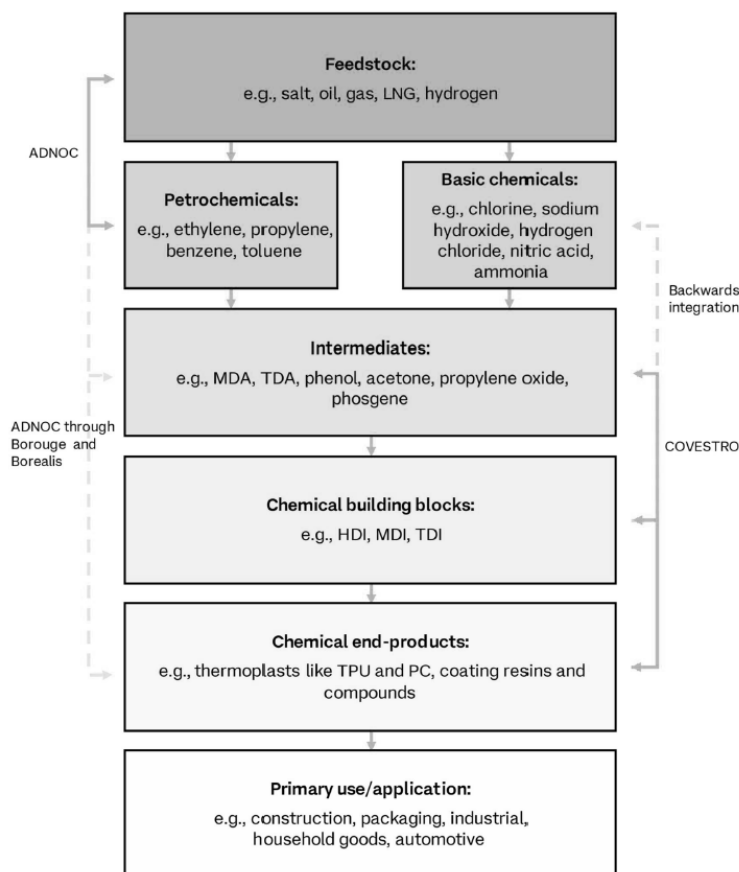
¹⁴ Meldung, Rz 23.

7. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2023 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken und schweizweit jeweils einen solchen von über 100 Mio. Franken, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.¹⁵

8. Die Parteien machen geltend, weitgehend auf unterschiedlichen Ebenen der chemischen Wertschöpfungskette tätig zu sein:¹⁶

- ADNOC sei hauptsächlich auf den Ebenen der Rohstoffe (*feedstock*), Petrochemikalien (*petrochemicals*) und chemischen Grundstoffe (*basic chemicals*) tätig.¹⁷
- Covestro sei hauptsächlich auf den Ebenen der Zwischenprodukte (*intermediates*), der chemischen Bausteine (*chemical building blocks*) und der chemischen Endprodukte (*chemical end products*) tätig.¹⁸

Die Parteien haben folgende Darstellung ihrer Tätigkeiten eingereicht:¹⁹



9. Der Zusammenschluss führt gemäss den Parteien unter Berücksichtigung der denkbaren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen zu keinen Marktanteilsadditionen.²⁰ Zwischen den Tätigkeiten der Parteien würden jedoch (potenzielle) vertikale Beziehungen bestehen. Gemäss den Parteien führt das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf solche Märkte ohne Marktanteilsaddition zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU. Diese betreffen die Aktivitäten von Covestro in den (den Aktivitäten von ADNOC) nachgelagerten Märkten betreffend Toluol-Diisocyanat (nachfolgend: TDI) und Polycarbonat (nachfolgend: PC), die im Sinne einer Arbeitshypothese als den Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR) und die Schweiz umfassend abzugrenzen seien.²¹

¹⁵ Meldung, Rz 39 f., Beilage 6.

¹⁶ Meldung, Rz 75, Beilage 5 Rz 12.

¹⁷ Meldung, Rz 77.

¹⁸ Meldung, Rz 77.

¹⁹ Meldung, Rz 76, Beilage 5 Rz 140.

²⁰ Meldung, Rz 78, 203 ff.

²¹ Meldung, Rz 78, 227–229. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem Markt für TDI ausgegangen, der den EWR und die Schweiz umfasst, liess die räumliche Marktabgrenzung jedoch offen (vgl. RPW 2012/1, 124 Rz 6, *PTT Global Chemical Company Ltd / Perstorp Holding AB / Perstorp Holding France SAS*). Die EU-Kommission hat in Bezug auf den Markt für TDI eine EWR-weite oder weltweite räumliche Abgrenzung erwogen (vgl. EU-KOMM, COMP/M.10006 vom 5.2.2021, Rz 41, 45, *COVESTRO / KONINKLIJKE DSM*). Hinsichtlich PC besteht keine Praxis der WEKO oder der EU-Kommission. Die Parteien gehen unter Heranziehung der Praxis der WEKO zu anderen Polymeren (vgl. RPW 2011/4, 652 Rz 5 f., *PTT Chemical Public Company Limited / Cargill, Incorporated / NatureWorks LLC*) und der EU-Kommission zu PC-Verbindungen (vgl. EU-KOMM, COMP/M.4737 vom 2.8.2007, Rz 11, 22, *SABIC / GE PLASTICS*) von einem mindestens den EWR und die Schweiz umfassenden Markt für PC aus (Meldung, Rz 161).

10. Gemäss den Parteien besteht auf den beiden betroffenen nachgelagerten Märkten kein Risiko einer Abschottung von Vorleistungen (*input foreclosure*). ADNOC verfüge bei der Lieferung vorgelagerter Produkte auf keinem der Märkte, die mit den möglichen betroffenen Märkten verbunden sind, über Marktmacht. Der Marktanteil von ADNOC liege bei einer den EWR und die Schweiz umfassenden Marktabgrenzung jeweils unter [0–10] %. Sodann bestehe auf allen Märkten eine grosse Auswahl an konkurrierenden Lieferanten und ADNOC habe einen starken Anreiz, auch die übrigen Kunden weiterhin zu beliefern, da ihr Geschäftsbereich wesentlich breiter sei als nur der Verkauf der betreffenden vorgelagerten Produkte.²² Es bestehe zudem kein Risiko einer Abschottung von Kundinnen (*customer foreclosure*). Der Anteil von Covestro an der Nachfrage liege bei einer den EWR und die Schweiz umfassenden Marktabgrenzung für jedes der vorgelagerten Produkte nicht über [10–20] %. Zudem wolle ADNOC Covestro auch in Bezug auf die Beschaffung effizient und wirtschaftlich führen. Schliesslich seien die vorgelagerten Produkte einer Vielzahl von Anwendungen zuführbar und könnten insbesondere auch an Kundinnen in Branchen geliefert werden, in denen Covestro nicht tätig sei.²³

11. 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.

²² Meldung, Rz 234 (vgl. in Bezug auf TDI Rz 239–242 [wasserfreies Ammoniak], 244–250 [Wasserstoff] und 253–255 [Toluol] sowie in Bezug auf PC Rz 257 f. [Aceton und Phenol]).

²³ Meldung, Rz 236 (vgl. in Bezug auf TDI Rz 243 [wasserfreies Ammoniak], 251 f. [Wasserstoff] und 256 [Toluol] sowie in Bezug auf PC Rz 259–263 [Aceton und Phenol]).

B 2.3

5. Galenica/Diagnostics Group

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. August 2025

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. August 2025

1. Am 4. August 2025 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Galenica AG, nachfolgend Galenica, beabsichtigt, 100% der Stammanteile der Diagnostics Group GmbH, nachfolgend Diagnostics Group, von den bisherigen Eigentümern zu erwerben.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Galenica ist eine Gesundheitsdienstleisterin in der Schweiz. Galenica betreibt ein Apothekennetz mit den Amavita- und Sunstore-Apotheken. Daneben hält Galenica eine Minderheitsbeteiligung an den Coop Vitality-Apotheken. Weiter entwickelt und führt Galenica eigene Marken und Produkte sowie Marken und Produkte für Geschäftspartner. Galenica bietet zudem Prewholesale- und Wholesale-Distributionsdienstleistungen sowie Datenbankservices für den Schweizer Gesundheitsmarkt an.
- Unter der Firma Diagnostics Group GmbH besteht eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht mit Sitz im Kanton St. Gallen. Die Diagnostics Group umfasst als operative Gruppengesellschaften die labor team w AG, Modern-Path SA und Haemoclot AG. Sie bietet hauptsächlich humanmedizinische Laboranalysen in externen Labors für Leistungserbringer wie Ärzte und teilweise auch Spitäler 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.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Gutachten der WEKO vom 16. Dezember 2024 gestützt auf das Binnenmarktgesetzes zur Frage der Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums im Kanton St. Gallen (Vger SG B 2024/198)

Die Wettbewerbskommission (WEKO) bezieht sich auf die Verfügung des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen, Abteilung II, vom 23. Oktober 2024, mit welcher das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen die WEKO um Erstattung eines Gutachtens zur Rechtsfrage ersucht, inwiefern eine nur teilweise Anrechnung eines Anwaltspraktikums im Kanton St. Gallen an einem Zweitstandort einer Anwaltskanzlei mit dem Binnenmarktgesetz (Binnenmarktgesetz, BGBM)¹ vereinbar ist.

Die WEKO bedankt sich für dieses Ersuchen und reicht hiermit ihr

Gutachten vom 16. Dezember 2024

im Beschwerdeverfahren B 2024/198 ein.

A Grundlagen des Gutachtens

1. Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbsbehörde kann eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung dieses Gesetzes erstatten (Art. 10

Abs. 1 BGBM). Solche Gutachten der WEKO äussern sich insbesondere zu konkreten Rechtsfragen in schwierigen Fällen.² Die Beantwortung der Frage, ob ein Gutachten nach Art. 10 Abs. 1 BGBM zu erstellen ist, obliegt der Wettbewerbsbehörde.³

2. Das Verwaltungsgericht ersucht mit Ziffer 3 der Verfügung 23. Oktober 2024 um Erstattung eines Gutachtens zur Rechtsfrage, ob eine kantonale Bestimmung, die im Zusammenhang mit der Festlegung der Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents vorsieht (bzw. so ausgelegt wird), dass ein Anwaltspraktikum, das bei einem ausserkantonal eingetragenen Rechtsanwalt mit zweitem Kanzleistandort im eigenen Kanton an diesem Zweitstandort absolviert wird, für die Zulassung zur Anwaltsprüfung im eigenen Kanton nicht beziehungsweise nur teilweise angerechnet wird, mit dem Binnenmarktrecht (insbesondere Art. 3 Abs. 1 und 3 BGBM) zu vereinbaren ist.

3. Die WEKO erachtet die Voraussetzungen für die Erstellung eines Gutachtens in diesem Fall als erfüllt, da es sich um eine Anfrage eines Kantonsgerichts als Rechtsprechungsorgan zu einer Rechtsfrage in einer binnenmarktrechtlich nicht offensichtlichen Konstellation handelt. Derartige Gutachten der WEKO beschränken

sich grundsätzlich darauf, die durch die anfragende Behörde gestellten Fragen zu beantworten.⁴

4. In solchen Gutachten nimmt die WEKO ausschliesslich zu binnenmarktrechtlich relevanten Aspekten Stellung. Vorliegendes Gutachten der WEKO basiert auf den vom Verwaltungsgericht St. Gallen zugestellten Akten. Die Gutachten der WEKO haben für die rechtsanwenden Behörden keinen zwingenden Charakter, auch wenn die Literatur den Gutachten der WEKO als Aufsichtsbehörde über das BGBM ein hohes Gewicht beimisst.⁵ Die effektive Rechtsanwendung, auch des Binnenmarktgesetzes, erfolgt dann durch das zuständige Gericht.

B Wesentliche Sachverhalts- und Verfahrenselemente

5. In der zu begutachtenden Sache geht es um die Frage, ob ein Zürcher Rechtsanwalt mit einem Bürostandort in St. Gallen einen Praktikanten unter Anrechnung als Praktikum in st. gallischen Rechtspflege beschäftigen kann. Konkret handelt es sich um RA Prof. Dr. iur A. __, der in seinem Büro Hauptsitz in Zürich als Rechtsanwalt tätig ist sowie in St. Gallen über ein Zweitbüro verfügt und in diesem Zweitbüro auch einen Rechtspraktikanten einstellen möchte. Erste Auskünfte und ein Austausch mit der angefragten Anwaltskammer des Kantons St. Gallen haben eine Anrechenbarkeit als Praktikum in einem Zweitbüro als Tätigkeit als «st. gallischer Rechtsanwalt» verneint, insbesondere da kein Eintrag im st. gallischen Anwaltsregister von Prof. A. __ besteht.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

² Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23.11.1994, BBl 1995 I 1213, 1276.

³ RPW 2012/3, 708 Rz 11.

⁴ VINCENT MARTENET, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, art. 10 LMI N 13.

⁵ Vgl. MARTENET (Fn 4), art. 10 LMI N 12.

⁶ Botschaft vom 23.11.1994 zum BGBM, BBl 1995 I 1213, 1249f.

6. Am 5. September 2024 stellte der anwaltlich vertretene Prof. A. ___ deshalb ein Gesuch um eine anfechtbare Verfügung an die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen. Inhaltlich richtete sich das Gesuch auf Anerkennung eines Anwaltspraktikums in der st. gallischen Rechtspflege im Zweitbüro. In formeller Hinsicht handelte es sich um Feststellungsbegehren mit gleichzeitigem Antrag um vorsorgliche Massnahmen. Materiell begründet war das Gesuch mit einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, einer willkürlichen Anwendung des st. gallischen Anwaltsrechts sowie mit binnenmarktrechtlichen Hinweisen.

7. Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen wies die Feststellungsbegehren und damit auch die beantragten vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 3. Oktober 2024 ab. Zur Begründung führte die Anwaltskammer inhaltlich insbesondere Folgendes an: Das st. gallische Prüfungsreglement für Anwälte erfordere in jedem Fall das Absolvieren einer wenigstens halbjährigen Tätigkeit an einem st. gallischen Gericht oder bei einem st. gallischen Rechtsanwalt. Diese Vorgabe bezwecke die Gewährleistung eines Mindestmasses an juristischer Praktikumserfahrung in der st. gallischen Rechtspflege sowie einer Vertrautheit mit den örtlichen Gegebenheiten. Das bedinge, dass der Rechtsanwalt, welcher den juristischen Praktikanten anleitet, selbst überwiegend in der st. gallischen Rechtspflege tätig sei und nicht «nur» ein Nebenbüro im Kanton St. Gallen betreibe. Als Konsequenz müsse der praktikumsleitende Anwalt daher auch im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragen sein. Die Anforderung des Eintrags im st. gallischen Anwaltsregister gewährleiste damit auch, dass der Praktikant an seinem st. gallischen Arbeitsort die nötige Anleitung erhalte.

8. Gegen diese Verfügung der Anwaltskammer erhob Prof. A. ___ am 9. Oktober 2024 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen. Die sich auf die Verfügung vom 3. Oktober 2024 beziehenden Rechtsbegehren, einschliesslich beantragter vorsorglicher Massnahmen, und die Begründung waren ähnlich wie im ursprünglichen Gesuch vom 5. September 2024. Die Begründung der Beschwerde war einlässlicher, schloss unter anderem auf eine Verletzung des Binnenmarktgesetzes und in der Beschwerde wurde beantragt, zur Frage der Verletzung des BGBM bei der WEKO ein Gutachten einzuholen.

9. Der Abteilungspräsident des Verwaltungsgerichts St. Gallen wies mit Verfügung vom 23. Oktober 2024 die beantragten vorsorglichen Massnahmen ab, insbesondere weil sich im Rahmen der Prüfung eines vorsorglichen Rechtsschutzes ergab, dass das Risiko einer Vorwegnahme des Entscheids in der Hauptsache bestand. Mit Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs wurde sodann die WEKO um Erstattung eines binnenmarktrechtlichen Gutachtens ersucht.

C Binnenmarktrechtliche Begutachtung

C.1 Geltungsbereich und Anwendung des Binnenmarktgesetzes

10. Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Ge-

biet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Dabei sollen auch die berufliche Mobilität und der Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtert so-wie die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützt werden (Art. 1 Abs. 2 Bst. a und b BGBM). Einer der zentralen Leitgedanken des BGBM ist die Schaffung eines einheitlichen Schweizer Wirtschaftsraumes.⁶ Als Erwerbstätigkeit im Sinne des Binnenmarktgesetzes gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM).

11. Art. 1 Abs. 3 BGBM nimmt vom Geltungsbereich des BGBM sogenannte hoheitliche Tätigkeiten aus. Charakteristisch für eine Qualifikation als solche hoheitliche Tätigkeit ist die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe unter Ausübung öffentlicher Gewalt (Subordinationsverhältnis).⁷ Die Anwaltstätigkeit ist eine gewerbliche Tätigkeit, welche nicht als hoheitlich und vom Binnenmarktgesetz ausgenommen zu qualifizieren ist, weshalb das Bundesgericht ohne weitere Diskussionen einer allfälligen hoheitlichen Tätigkeit das BGBM auf Anwaltstätigkeiten anwendet.⁸

12. Als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM gilt jede auf einen Gewinn oder ein Einkommen gerichtete Tätigkeit.⁹ Eine anwaltliche Tätigkeit in einer Kanzlei (angestellt oder als Inhaber) ist als Erwerbstätigkeit im Sinne des Binnenmarktgesetzes zu qualifizieren, wobei nach der bundegerichtlichen Rechtsprechung die anwaltliche Arbeitsorganisation insbesondere auch die Möglichkeit umfasst, Praktikantinnen und Praktikanten einzustellen.¹⁰ Die WEKO kann auch im Falle kantonaler Divergenzen in Bezug auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Anwältinnen und Anwälte eingreifen.¹¹ Die Voraussetzung des Vorliegens einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM sind damit in diesem Fall gegeben. Daraus ergibt sich, dass der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes eröffnet ist und dieses zur Anwendung gelangt.

C.2 Verhältnis des BGBM zu anwaltsrechtlichen Bestimmungen

C.2.a Bundesrechtliches Anwaltsgesetz im Verhältnis zum BGBM

13. Auf Bundesebene gewährleistet das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)¹² die anwaltliche Freizügigkeit und legt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest (Art. 1 BGFA). Bezüglich der Zielsetzung der Freizügigkeit besteht damit eine Kongruenz mit dem Binnenmarktgesetz.

⁷ NICOLAS F. DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl. 2020, 488, Rz 17; MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 1 BGBM N 13.

⁸ BGE 141 II 280, BGE 134 II 329, BGE 125 II 56.

⁹ MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand (Fn 4), art. 1 LMI N 114.

¹⁰ Urteil BGer 2C_85/2008 und 2C_94/2008 vom 24.09.2008, E. 2.2, 5.3 und 6.1.

¹¹ BGE 144 II 147 E. 4.4.

¹² Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.6.2000 (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

14. Jeder Kanton führt ein kantonales Register der Anwältinnen und Anwälte, die über eine Geschäftsadresse auf dem Kantonsgebiet verfügen und die Voraussetzungen nach Art. 7 BGFA (fachliche Voraussetzungen) und Art. 8 BGFA (persönliche Voraussetzungen) erfüllen. Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, lassen sich ins Register des Kantons eintragen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben (Art. 6 Abs. 1 BGFA). Art. 6 BGFA sieht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen *einzigsten* Eintrag in einem kantonalen Anwaltsregister vor, der beim Vorhandensein von mehreren Kanzleien zwingend in jenem Kanton vorzunehmen ist, in welchem der betroffene Rechtsanwalt hauptsächlich tätig ist.¹³ Bei mehreren Anwaltsbüros oder Zweigniederlassungen erfolgt der Eintrag im Kanton des Hauptbüros unter Angabe der Geschäftsadressen in den anderen Kantonen,¹⁴ was sich auch aus Art. 5 Abs. 2 Bst. d BGFA ergibt, der vorsieht, dass das kantonale Register die Geschäftsadressen enthält.

15. Unter dem Titel der fachlichen Voraussetzungen für Anwältinnen und Anwälte sieht Art. 7 Abs. 3 BGFA vor, dass für die Zulassung zum Praktikum der Abschluss eines juristischen Studiums mit dem Bachelor genügt. Den Kantonen steht es frei, für diese juristischen Praktika detailliertere Bestimmungen aufzustellen.¹⁵ Dies ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1 BGFA, wonach das Recht der Kantone gewahrt bleibt, Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatentes festzulegen. Das Anwaltspraktikum ist an einer oder an mehreren Stellen und je nach kantonaler Vorschrift nur innerhalb oder auch ausserhalb des Prüfungskantons zu absolvieren.¹⁶ Nachfolgend ist darauf einzugehen, in welchem Verhältnis das BGFA, und ins-besondere dessen Vorgaben in Bezug auf das Anwaltspraktikum, zum Binnenmarktgesetz stehen.

16. Das Binnenmarktgesetz ist als Rahmenerlass konzipiert und regelt die materiellen Zulassungsvoraussetzungen nicht selbst, sondern beabsichtigt die Herstellung eines schweizerischen Binnenmarkts auf der Grundlage des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM).¹⁷ Es ist hier insbesondere zu ermitteln, ob das BGFA und dessen Bestimmungen zu Anwaltspraktika spezialgesetzlich vorgehende Marktzugangsregeln enthalten, welche das BGBM und dessen allgemein geltenden Marktzugangsvorschriften ausschliessen würden.¹⁸ Art. 7 Abs. 3 BGFA enthält allerdings gar keine eigentlichen Marktzugangsregeln, sondern beschränkt sich auf die Festlegung, dass für die Zulassung zum Anwaltspraktikum ein Bachelor-Titel vorausgesetzt ist. Spezialgesetzlich vorgehende Bestimmungen im BGFA, welche die Anwendung der Marktzugangsregeln des BGBM in Bezug auf die Praktikumszulassung ausschliessen würden, sind im BGFA nicht enthalten.

17. Zu diesen Schlüssen kam auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung: In Bezug auf die Vorgabe des Kantons Waadt, wonach der Praktikanten einstellende Anwalt über mindestens 5 Jahre Berufserfahrung im Kanton Waadt verfügen müsse, hielt das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 3 Abs. 1 BGFA fest, dass diese Frage durch das BGFA nicht abschliessend geregelt ist und deshalb in den Anwendungsbereich des Binnenmarkt-

gesetzes fällt.¹⁹ Präzisierend wies das Bundesgericht in einem späteren Leitentscheid darauf hin, dass, wenn ein Bundesgesetz eine föderalistische Bestimmung enthält, diese von den Kantonen nicht extensiv umgesetzt werden darf. Das Binnenmarktgesetz gilt gemäss konsequenter und aktueller Rechtsprechung weiterhin, wenn die erlassene kantonale Regelung über den vom Bundesgesetz (hier: dem BGFA) vorgegebenen Rahmen hinausgeht.²⁰

18. Daraus ergibt sich, dass das BGFA keine Vorschriften zur Anstellung und Ausbildung von Anwaltspraktikantinnen oder -praktikanten enthält, welche dem Binnenmarktgesetz spezialgesetzlich vorgehen würden. Vielmehr belässt das Anwaltsgesetz in Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 3 BGFA eine nähere Regelung den Kantonen, die aufgrund der Geltung und Anwendung des Binnenmarktgesetzes dessen bundesrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen haben.

C.2.b Kantonales Anwaltsrecht im Verhältnis zum BGBM

19. Auf kantonaler Ebene sind im Kanton St. Gallen die Bestimmungen über den Rechtsanwaltsberuf im Anwaltsgesetz (AnwG)²¹ und die Vorgaben für die Anwaltsprüfungszulassung im Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (PBR)²² enthalten.

20. Zur Anwaltsprüfung zugelassen wird, wer sich unter anderem über praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege ausweist (Art. 14. Abs. 1 Bst. c AnwG). Der Praktikant steht unter Leitung und Verantwortung eines in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalts, der im Kanton St. Gallen oder in einem Nachbarkanton einen Geschäftssitz hat (Art. 18 Abs. 2 AnwG). Als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege gilt eine juristische Tätigkeit von wenigstens einem Jahr im Kanton St. Gallen nach Abschluss des Rechtsstudiums (Art. 6 Abs. 1 PBR). Die Anwaltskammer kann eine praktische Tätigkeit in einem anderen Kanton im Umfang von drei Monaten anerkennen (Art. 4 Abs. 5 PBR). Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltsprüfung ist allerdings eine praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege von mindestens sechs Monaten, wozu Art. 4 Abs. 6 PBR Folgendes vorsieht:

¹³ BGE 131 II 639 E.3.5.

¹⁴ Botschaft vom 28.4.1999 zum BGFA, BBl 1999 6013, 6046.

¹⁵ ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 7 BGFA N 15.

¹⁶ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N 545.

¹⁷ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 20.11.2004 (Botschaft revBGBM), BBl 2005 465, 470.

¹⁸ Zum Verhältnis bundesrechtlicher Vorgaben zum BGBM: Empfehlung der WEKO vom 27.5.2019 betreffend binnenmarktrechtskonformer Vollzug des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe, RPW 2019/4, 1224 Rz 33 ff., abrufbar unter: <www.weko.admin.ch>.

¹⁹ BGE 134 II 329 E. 5.4.

²⁰ BGE 141 II 280 E. 5.2.1 sowie Urteil BGer 2C 887/2020 vom 18.8.2021, E 6.2; Urteil BGer 2C_651/2023 vom 29.5.2024, E. 5.3.4.

²¹ Anwaltsgesetz vom 11.11.1993 (AnwG, sGS 963.70).

²² Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22.4.1994 (PBR; sGS 963.73).

«In jedem Fall wird eine wenigstens halbjährige Tätigkeit an einem st. gallischen Gericht oder bei einem *st. gallischen Rechtsanwalt* verlangt.»

21. Anzumerken zu Art. 4 Abs. 6 PBR ist, dass keine näheren Vorgaben bestehen, nach welchen Voraussetzungen die Qualifikation als «st. gallischer Rechtsanwalt» vorzunehmen ist. Ebenfalls wird auf Erlassstufe nicht weiter bestimmt, dass dafür eine Eintragung im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen bestehen müsste.

22. Die materiellrechtliche Einschätzung der Anwendung von Art. 4 Abs. 6 PBR unter dem Blickwinkel von Art. 2 und 3 BGBM erfolgt in den nachfolgenden Kapiteln. Allgemein und erlasshierarchisch betrachtet regelt sich das Verhältnis des kantonalen Anwaltsrechts (AnwG und PPR) zum Binnenmarktgesetz nach Massgabe der bundesverfassungsrechtlichen Vorgabe. Nach Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV)²³ geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor. Liegt ein interkantonaler Sachverhalt im Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes vor, führt dies dazu, dass dem BGBM widersprechende kantonale Bestimmungen oder Praxis zurückzutreten haben und nicht anzuwenden sind, da das Binnenmarktgesetz als Bundesrecht gegenüber dem kantonalen (Anwalts-)Recht Vorrang hat. Spezifisch betreffend Anwaltspraktika führte das Bundesgericht aus, dass dort, wo das BGFA den Kantonen Kompetenzen überlassen hat, die Kantone keine Behinderungen errichten dürfen, die dem BGBM widersprechen.²⁴

C.3 Freier Marktzugang gestützt auf das BGBM

23. Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM). Das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen richtet sich nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM). Weiter konkretisiert Art. 2 Abs. 4 BGBM die binnenmarktrechtliche Niederlassungsfreiheit, indem jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht hat, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM nach den Vorschriften des Ortes der Erstiniederlassung auszuüben. Art. 2 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 BGBM verleihen den vom Geltungsbereich erfassten Personen einen individualrechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang für das Anbieten von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen nach Massgabe der an ihrem Sitz oder an ihrer Niederlassung geltenden Vorschriften (sog. Herkunftsprinzip²⁵).²⁶ Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt sind in Form einer Verfügung zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM).

24. Das BGBM gewährleistet damit einen grundsätzlichen Anspruch auf Zulassung zur Erwerbstätigkeit.²⁷ Wirtschaftsbeteiligte können sich auf einen freien und diskriminierungsfreien Marktzugang berufen, um ihre Tätigkeit auszuüben, wenn sie am Herkunftsort zu deren Ausübung berechtigt sind.²⁸ Eine Beschränkung des Marktzugangs im Sinne des BGBM kann sich auch in

einer Schwierigkeit oder einer Unannehmlichkeit bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit äussern, wobei diese Unannehmlichkeit das Ergebnis einer Anpassung an die Anforderungen der Vorschriften des Bestimmungsortes sein und sich in zusätzlichen Kosten oder anderen Hindernissen äussern kann.²⁹

25. Es ist davon auszugehen, dass RA A. in seinem binnenmarktrechtlichen Herkunftskanton Zürich gemäss dem dortigen zürcherischen Anwaltsgesetz³⁰ zur Ausbildung von Praktikantinnen und Praktikanten berechtigt ist. Das auf Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM gestützte Recht auf Marktzugang kann RA A. insofern nicht uneingeschränkt ausüben, als er im Kanton St. Gallen keine Praktikantinnen und Praktikanten unter Praktikumsanrechnung in der st. gallischen Rechtspflege einstellen kann, was sich als Hindernis und Einschränkung des freien Marktzugangs auswirkt. Das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip beinhaltet nicht nur Vorschriften für den Marktzugang im eigentlichen Sinn, sondern auch Vorgaben über die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten.³¹ Zur Freiheit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit gehört auch die anderen Anwaltskanzleien offenstehende Möglichkeit, Praktikantinnen und Praktikanten anzustellen und auszubilden, denen dies als Anwaltspraktikum angerechnet wird. Die Verweigerung dieser Möglichkeit stellt einen Wettbewerbsnachteil dar.

26. Art. 2 Abs. 4 BGBM gewährt natürlichen und juristischen Personen das Recht, sich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen, um eine gewerbliche Tätigkeiten nach Massgabe der Vorschriften des Herkunftsorts auszuüben. Die Regelung in Art. 18 Abs. 2 AnwG und Art. 4 Abs. 6 PBR hat zur Folge, dass es ausserkantonalen Anwältinnen und Anwälten mit Zweitniederlassung im Kanton St. Gallen faktisch verunmöglicht wird, im Kanton St. Gallen Anwaltspraktikantinnen und -praktikanten zu beschäftigen und auszubilden unter Anrechnung des Praktikums in der st. gallischen Rechtspflege. Diese st. gallischen Regelungen haben zur Folge, dass die Freiheit der Niederlassung für eine Erwerbstätigkeit nach den Regeln des Herkunftsorts eingeschränkt wird. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 4 BGBM ist nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von Art. 3 BGBM erfüllt.

²³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

²⁴ BGE 134 II 329 E. 5.3.

²⁵ BGE 135 II 12 E. 2.1.

²⁶ OESCH/RENNER (Fn 7), Art. 2 BGBM N 1.

²⁷ BGE 2C_57/2011 vom 3.5.2011, E. 3.

²⁸ BGE 141 II 280 E. 5.3.

²⁹ BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand (Fn 4), art. 2 I-VI LMI N 21.

³⁰ Vgl. § 3 und § 5 des Anwaltsgesetzes vom 17.11.2003 des Kantons Zürich (LS 215.1).

³¹ Vgl. u.a. BGE 134 II 329 E. 5.2.

27. Das gestützt auf das BGBM bestehende Recht auf Marktzugang nach dem Herkunftsprinzip gilt allerdings nicht absolut. Die zuständigen Behörden des Leistungs-ortes können den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen mittels Auflagen oder Bedingungen unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM einschränken, sofern die sogenannte Gleichwertigkeitsvermutung der verschiedenen kantonalen Marktzugangsordnungen umgestossen wird.³² Art. 2 Abs. 5 BGBM sieht als Vermutung vor, dass die kantonalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. In der hier zu begutachtenden Konstellation könnte die Vermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM wohl umgestossen werden, da gemäss § 5 Abs. 2 Bst. a des Zürcher Anwaltsgesetzes nebst weiteren Voraussetzungen nur der Eintrag in einem kantonalen Anwaltsregister – und damit nicht in demjenigen des Kantons Zürich – vorausgesetzt wird.³³ Damit setzt der Kanton Zürich für die Anrechenbarkeit eines Praktikums in der zürcherischen Rechtspflege keinen Eintrag im Anwaltsregister des Kantons Zürich voraus. Die Möglichkeit einer binnenmarktrechtlichen Rechtfertigung steht damit offen. Im Folgenden wird eine mögliche Rechtfertigung der Marktzugangsbeschränkung unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM geprüft.

C.4 Zulässigkeit einer Beschränkung des Marktzugangs?

28. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen stellt für das vorliegende Gutachten die Frage, inwiefern es mit dem Binnenmarktrecht und insbesondere Art. 3 Abs. 1 und 3 BGBM zu vereinbaren ist, dass ein Anwaltspraktikum, welches bei einem ausserkantonal eingetragenen Rechtsanwalt mit zweitem Kanzleistanort in St. Gallen absolviert wird, dort für die Zulassung zur Anwaltsprüfung (nicht beziehungsweise nur teilweise angerechnet) wird. Wie vorne unter Rz 14 ausgeführt, kann gestützt auf das BGFA nur ein einziger Eintrag in einem kantonalen Anwaltsregister erfolgen und bei mehreren Anwaltsbüros nur am Ort der hauptsächlichen Tätigkeit, was sich aus Anwaltssicht mit Haupttätigkeit ausserhalb von St. Gallen als Marktzugangs- und Freizügigkeitsbeschränkung auswirkt, da die st. gallische Anwaltskammer in ihrem Entscheid vom 3. Oktober 2023 an einem Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen festhält. Zur Beantwortung der verwaltungsgerichtlichen Frage wird vor diesem Hintergrund insbesondere auf die binnenmarktrechtlich kritische Frage des erforderlichen *Registereintrags* im Kanton St. Gallen für einen ausserkantonalen Anwalt eingegangen.

29. Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie kumulativ³⁴: (a.) gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, (b.) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und (c.) verhältnismässig sind. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 BGBM konkretisieren Beschränkungen, die als solche (per se) unverhältnismässig und damit binnenmarktrechtlich unzulässig sind. Weiter ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Beweislast für die Zulässigkeit einer Beschränkung bei der den Marktzugang beschränkenden Behörde liegt.³⁵

30. Art. 3 BGBM enthält im Ergebnis ein Verbot formeller Diskriminierungen; jede staatliche Handlung, die eine Ungleichbehandlung zwischen den lokalen und ortsfremden Anbieterinnen schafft, ist unzulässig.³⁶ Das Diskriminierungsverbot ist bei der Rechtsanwendung von Art. 3 BGBM zur berücksichtigen.³⁷ Das in Art. 3 Abs. 1 BGBM enthaltene Diskriminierungsverbot ist zur Durchsetzung der Binnenmarktfreiheit sowie für die interkantonale Personen- und Dienstleistungsfreizügigkeit bedeutsam.³⁸ Meldepflichten und Pflichten zur Eintragung in kantonale Register wirken sich als formale Marktzugangsbeschränkungen aus, die gegenüber ortsfremden Anbieterinnen nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM durchgesetzt werden können.³⁹

C.4.a Frage der Zulässigkeit gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b BGBM

31. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM setzt für eine Rechtfertigung einer Marktzugangsbeschränkung voraus, dass die Beschränkung gleichermassen auch für ortsansässige Personen gilt. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM verbietet eine Diskriminierung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Anbieterinnen.⁴⁰ Eine Ungleichbehandlung zwischen lokalen und anderen Anbietern ist gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM immer rechtswidrig.⁴¹ Wie unter dem Blickwinkel einer Diskriminierung vorstehend ausgeführt, knüpft die Anrechenbarkeit als Praktikum in der st. gallischen Rechtspflege an den Anwaltsregistereintrag im St. Gallen an, was zu einer Ungleichbehandlung mit ausserkantonalen Anwältinnen und Anwälte führt. Eine Rechtfertigung der Marktzugangsbeschränkung erscheint damit schon unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM nicht möglich.

32. Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM setzt sodann voraus, dass die Beschränkung des Marktzugangs zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Unter dem ursprünglichen Binnenmarktgesetz war die Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten explizit als solches öffentliches Interesse vorgesehen.⁴² Die Aufhebung der damaligen binnenmarktgesetzlichen Aufzählung von öffentlichen Interessen erfolgte, da sich

³² BGE 135 II 12 E. 2.4.

³³ Vgl. auch § 7 Abs. 1 der Verordnung vom 21.6.2006 des Obergerichts des Kantons Zürich über die Fähigkeitsprüfung für den Anwaltsberuf (LS 215.11), welcher auf eine Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols abstellt und eine *Geschäftsadresse* im kantonalen Anwaltsregister voraussetzt. Aus § 5 Abs. 2 Bst. a des Zürcher Anwaltsgesetzes ergibt sich, dass dies auch ein ausserkantonales Register sein kann.

³⁴ BGE 125 I 474 E. 2.c.

³⁵ BGE 125 I 474 E. 3, Urteil BGer 2C 57/2011 vom 3.5.2011, E. 3.5.

³⁶ BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand (Fn 4), Art. 3 LMI N 7.

³⁷ BGE 132 I 97 E. 2.2.

³⁸ NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, 2016, 49 Rz 148.

³⁹ NICOLAS DIEBOLD, Die Regulierung der anwaltlichen Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols», AJP 2023 1247, 1278 Rz 150.

⁴⁰ NICOLAS DIEBOLD/ BERNHARD RÜTSCH, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1, 2023, 240, Rz 284.

⁴¹ BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand (Fn 4), art. 3 LMI N 7.

⁴² Art. 3 Abs. 2 Bst. e altBGBM in der Version vom 6.10.1995, BBl 1995, 548.

33. Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM setzt weiter voraus, dass die Marktzugangsbeschränkung zur Interessenswahrung «unerlässlich» ist. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Kriterium der Unerlässlichkeit separat geprüft.⁴⁵ Bei der Rechtsanwendung kann eine Vermischung des Kriteriums der Unerlässlichkeit mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM entstehen.⁴⁶ Im Rahmen dieses Gutachtens erfolgt in den nachstehenden Randziffern die Begründung, warum ein Registereintrag als Voraussetzung zur Anstellung von Anwaltspraktikantinnen und Praktikanten nicht verhältnismässig - und insbesondere nicht erforderlich - ist für eine Wahrung anwaltspraktikantlicher Ausbildungsinteressen, womit dann auch die Voraussetzung der Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM nicht erfüllt sein dürfte.

C.4.b Verhältnismässigkeit nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM

34. Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM legt fest, dass eine Marktzugangsbeschränkung nur zulässig ist, wenn sie verhältnismässig ausgestaltet ist. Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit einer Marktzugangsbeschränkung setzt voraus, dass diese geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss, um das angestrebte Ziel zu erreichen.⁴⁷ Unter der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM ist dem interkantonalen Wirtschaftsverkehr, dem einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz und dem individuellen Mobilitätsanspruch der Anbieterinnen als Hauptanliegen des Binnenmarktes wesentlich mehr Gewicht beizumessen als bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit.⁴⁸

35. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist im Rahmen dieses Gutachtens näher darauf einzugehen, inwiefern der Eintrag in das Anwaltsregister des Kantons St. Gallen geeignet und erforderlich ist, um das von der Anwaltskammer geforderte Mindestmass an juristischer Praktikumserfahrung in der st. gallischen Rechtspflege zu gewährleisten. Art 6 Abs. 1 BGFA sieht vor, dass Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten *wollen*, sich ins Register des Kantons eintragen lassen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben. Weder in dieser Grundnorm noch in den fachlichen (Art. 7 BGFA) noch in den persönlichen Voraussetzungen (Art. 8 BGFA) ist ein minimales Tätigwerden in der kantonalen Rechtspflege vorgesehen. Auch das Anwaltsrecht des Kantons St. Gallen setzt nicht voraus oder sieht für den Registereintrag eine Prüfung einer Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege vor. Falls dies vorgesehen wäre, würde sich im Übrigen die Frage stellen, ob derartige Voraussetzungen vor dem Hintergrund des BGFA rechtlich zulässig wären.

36. Der Registereintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen gibt damit nicht Aufschluss darüber, ob und in welchem Umfang eine Anwältin oder ein Anwalt in der st. gallischen Rechtspflege tätig ist. Beispielsweise kann sich ein Rechtsanwalt eintragen lassen und beruflich hauptsächlich beratend, als Verwaltungsrat oder auch in anderen Kantonen tätig sein, ohne prozessual vor st. gallischen Gerichtsbehörden aufzutreten. Das Bundesgericht erachtete es unter anderem als unverhältnismäs-

sig, dass für die Anstellung eines Anwaltskandidaten eine Ausübung der Anwaltstätigkeit während fünf Jahren im Kanton Waadt verlangt wurde.⁴⁹

37. Da mit dem Registereintrag nicht geprüft wird und nicht sichergestellt ist, ob und wieviel Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege besteht, erweist sich der von der Anwaltskammer geforderte Registereintrag als nur begrenzt geeignet und vor allem als nicht erforderlich, um dem Kriterium einer verhältnismässigen Beschränkung des Marktzugangs im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM zu genügen. Im Kanton Zürich wird beispielsweise nicht der Eintrag in das Zürcher Anwaltsregister vorausgesetzt, sondern das Vorliegen einer Geschäftsadresse im Kanton Zürich (vgl. vorne Rz. 27). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass gemäss Entscheidung der Anwaltskammer vom 3. Oktober 2025 dem betroffenen Rechtsanwalt eine alternativer Nachweis zur Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege scheinbar nicht offenstand.

38. Es erscheint in Zusammenhang mit der im BGFA vorgesehenen Freizügigkeit auch erstaunlich, dass es einem ausserkantonalen Rechtsanwalt nicht möglich sein soll, Praktikantinnen und Praktikanten im Kanton St. Gallen auszubilden. Art. 4 Abs. 1 BGFA sieht vor, dass Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor den Gerichtsbehörden vertreten können. Damit wird die fachliche Qualifikation von ausserkantonalen Anwältinnen und Anwälte (mit einem ausserkantonalen Registereintrag) zur Vertretung auch vor st. gallischen Gerichtsbehörden bundesrechtlich angenommen. Es erscheint auch vor diesem Hintergrund nur begrenzt nachvollziehbar, inwiefern zusätzlich ein Eintrag im st. gallischen Anwaltsregister vorzusehen wäre.

39. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist, wie in Rz 34 ausgeführt, gemäss Rechtsprechung und Lehre zudem einer binnenmarktrechtlichen Perspektive Rechnung zu tragen. Der geforderte Registereintrag ist auch für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr abträglich und trägt zudem nicht zu einem einheitlichen Schweizer Wirtschaftsraum bei. Zudem führt die in Frage stehende Zulassungspraxis des Kantons St. Gallen zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, was den Zielsetzungen des BGBM und des BGFA entgegensteht (vorne Rz. 26).

40. Aufgrund der fehlenden Erforderlichkeit, dürfte wie vorstehend unter Rz 33 angekündigt, auch das Kriterium der Unerlässlichkeit zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM nicht erfüllt sein.

⁴³ Botschaft revBGBM (Fn 17), 486.

⁴⁴ BGE 104 Ia 196 E. 2.

⁴⁵ BGE 135 II 12 E. 2.5, Urteil BGer 2C_940/2010, E. 5.3.3.

⁴⁶ OESCH/RENFER (Fn 7), Art. 3 BGBM N 3.

⁴⁷ U.a.: OESCH/RENFER (Fn 7), Art. 3 BGBM N 4.

⁴⁸ BGE 128 I 295 E. 4.cc; NICOLAS DIEBOLD/ BERNHARD RÜTSCHKE (Fn 40), 241, Rz 286.

⁴⁹ 134 II 329 E. 6.

41. Weitere Begründungen für eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM sind weder ersichtlich noch im Entscheid der st. gallischen Anwaltskammer vom 3. Oktober 2024 enthalten, wobei die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM bei der Behörde liegt, welche die Zugangsbeschränkung auferlegt (vgl. Rz 29).

42. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass es sich beim Registereintrag damit nach Einschätzung der WEKO um eine Marktzugangsbeschränkung handelt, welche unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM nicht rechtfertigbar ist.

C.4.c Per se Unzulässigkeiten nach Art. 3 Abs. 2 und 3 BGBM

43. Einzugehen ist an dieser Stelle zudem auf die binnenmarktrechtlich verpönten Sitzanfordernisse. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen insbesondere nicht verhältnismässig, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird. Diese Bestimmung enthält eine absolute Regel, wonach jede Entscheidung, welche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit von Überlegungen zur Herkunft des Anbieters abhängig macht, an sich unverhältnismässig ist. Art. 18 Abs. 2 des st. gallischen AnwG hält fest, dass der Praktikant unter Leitung und Verantwortung eines in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalts steht, der im Kanton St. Gallen oder in einem Nachbarkanton einen Geschäftssitz hat. Diese Bestimmung wurde von der st. gallischen Anwaltskammer in ihrem Entscheid vom 3. Oktober 2024 nicht erwähnt. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM ist das in Art. 18 Abs. 2 AnwG erwähnte Sitzanfordernis per se nicht verhältnismässig und damit binnenmarktrechtlich unzulässig. Dies dürfte auch für Art. 4 Abs. 6 PBR und die entsprechende Praxis gelten, welche auf herkunftsabhängigen Kriterien beruht. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass in sachlicher Hinsicht nur begrenzt Bezüge zur st. gallischen Rechtspflege bestehen, wenn ein Eintrag im Anwaltsregister in einem Nachbarkanton bestehen muss, womit gleichzeitig pauschal Einträge in allen anderen Kantonen ausgeschlossen werden.

44. Das Verwaltungsgericht St. Gallen hat insbesondere auch angefragt, ob die fehlende (respektive teilweise) Anrechnung von Anwaltspraktika an einem Zweitstandort in St. Gallen bei einem ausserkantonalen Registereintrag auch mit 3 Abs. 3 BGBM zu vereinbaren ist. Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM dürfen Beschränkungen, die nach Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig sind, in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten dürfen. In diesem Fall ist die Beschränkung bereits nach Art. 3 Abs. 1 BGBM nicht zulässig, weshalb Art. 3 Abs. 3 BGBM gar nicht mehr zur Anwendung gelangt. Es dürfte im Übrigen öfters der Fall sein, dass für in Art. 3 Abs. 3 BGBM in Frage kommende Beschränkungen bereits an den Voraussetzungen zu Art. 3 Abs. 1 BGBM scheitern.

45. Es wird an dieser Stelle, obwohl Art. 3 Abs. 3 BGBM mangels Rechtfertigung gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM nicht anzuwenden ist, trotzdem kurz auf den Gehalt von Art. 3 Abs. 3 BGBM eingegangen. Art. 3 Abs. 3 BGBM verbietet versteckte Marktzutrittsschranken, mit denen

lokale Wirtschaftsinteressen gefördert werden sollen.⁵⁰ Art. 3 Abs. 3 BGBM zielt darauf ab, lokalen Protektionismus zu verbieten.⁵¹ Die Absichten für das Voraussetzen eines Registereintrags im Kanton St. Gallen dürften kaum protektionistisch motiviert sein, sondern sollten wohl der Ausbildungsqualität des Praktikums dienen. Wie das Bundesgericht dies getan hat, könnte allerdings auch in diesem Fall gefragt werden, ob die Voraussetzung eines Registereintrags, um Praktikantinnen und Praktikanten auszubilden, nicht auch kantonale Wirtschaftsinteressen dienen könnte.⁵² Die Frage der Zulässigkeit unter dem Blickwinkel von Art. 3

Abs. 3 BGBM kann im Rahmen dieses Gutachtens offenbleiben, da wie ausgeführt die Marktzugangsbeschränkung bereits den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM nicht genügt.

46. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass Kantone – was auch üblich ist – im Rahmen des bundesrechtlich Zulässigen für die Qualität der Anwaltsausbildung Anforderungen mit Bezügen zur kantonalen Rechtspflege einrichten können. Die konkrete Umsetzung muss jedoch binnenmarktrechtskonform erfolgen und sollte auf sachlichen Kriterien beruhen, zum Beispiel einer minimalen Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege und nicht auf formellen, möglicherweise nur begrenzt geeigneten Kriterien wie einen Registereintrag abstellen. Mit diesen Ausführungen wird auch nicht in Frage gestellt, dass es den st. gallischen Behörden, auch im Einklang mit dem BGBM, möglich ist, bei einer fehlenden oder unzureichenden Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege ein Praktikum als nicht anrechenbar im Sinne von Art. 4 Abs. 6 PBR einzustufen. Eine derartige Einstufung sollte allerdings typischerweise bezogen auf die Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen und alternative Nachweise als nur das Abstellen auf einen Anwaltsregistereintrag offenlassen.

D Schlussfolgerungen und Fragebeantwortung

47. Es handelt sich aus Sicht des Praktikanten ausbildenden Rechtsanwalts um einen Sachverhalt im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, welches auf diesen interkantonalen Sachverhalt anzuwenden ist. Das BGFA enthält bezüglich der juristischen Praktika keine spezialgesetzlichen Bestimmungen, welche die Anwendung des BGBM ausschliessen. In Bezug auf das Anwaltsrecht des Kantons St. Gallen geht das BGBM als Bundesgesetz dem kantonalen Recht und dessen Anwendung vor.

⁵⁰ BGE 124 I 107 E. 2.f.

⁵¹ BIANCHI DELLA PORTA, Commentaire Romand (Fn 4), art. 3 LMI N 55.

⁵² BGE 134 II 329 E. 6.3.

48. Für einen ausserhalb des Kantons St. Gallen im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt führt die Eintragungspflicht in St. Gallen für die Anrechenbarkeit als Praktika in der st. gallischen Rechtspflege zu einem Verstoss gegen die Rechte auf einen freien Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 BGBM sowie zu einer diskriminierenden Beschränkung des Marktzugangs nach Art. 3 Abs. 1 BGBM (erster Satz), wobei zu berücksichtigen ist, dass nur ein Eintrag in einem der kantonalen Anwaltsregister möglich ist, und zwar dort, wo die hauptsächlichen Aktivitäten bestehen. Dies stellt auch ein Freizügigkeitshindernis dar.

49. Diese Beschränkung des Marktzugangs ist nicht zulässig, da die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen in Art. 3 Abs. 1 Bst. a, Bst. b und Bst. c für eine Rechtfertigung allesamt nicht erfüllt sind, insbesondere auch da ein zwischen ortsansässigen und ortsfremden Anwaltskanzleien diskriminierender Registereintrag kein geeignetes und insbesondere erforderliches Kriterium für eine Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege im Hin-

blick auf die Ausbildung von Rechtspraktikantinnen und -praktikanten darstellt. Die Praxis der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen, wonach bei einem ausserkantonaleingetragenen Rechtsanwalt mit zweitem Kanzleistanort in St. Gallen eine Beschäftigung von Praktikantinnen und Praktikanten für die Zulassung zur Anwaltsprüfung nicht beziehungsweise nur teilweise angerechnet wird, sind damit nicht vereinbar mit dem Binnenmarktgesetz und insbesondere Art. 3 Abs. 1 BGBM.

50. Weiter erscheinen Art. 18 Abs. 2 AnwG und Art. 4 Abs. 6 PBR auch unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 2 BGBM problematisch, da die st. gallische Praxis im Ergebnis zu einer Art Sitzfordernis führt.

51. Da die Beschränkung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM unzulässig ist, erübrigt sich eine weitere Analyse der Zulässigkeit unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 3 BGBM als verdeckte Marktzutrittsschranke, wobei ein summarischer Hinweis auf die entsprechende Praxis erfolgt ist (Rz 45).

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 14. April 2025 in Sachen Sanktionsverfügung; Hors-Liste Medikamente – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, vom 13. Juni 2023

Urteil 2C_442/2023 vom 14. April 2025 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Verfahrensbeteiligte: A. _____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Sanktionsverfügung; Hors-Liste Medikamente, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. Juni 2023 (B-1781/2021).

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG, die B. _____ SA und die C. _____ AG vertreiben Medikamente gegen erektile Dysfunktion (Viagra [A. _____], Cialis [B. _____] und Levitra [C. _____]). Diese Arzneimittel waren bis 2020 verschreibungspflichtig. Sie sind nicht kassenpflichtig, da sie nicht auf der krankensicherungsrechtlichen Spezialitätenliste aufgeführt sind (sogenannte Hors-Liste-Medikamente).

Am 10. Mai 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung, da die A. _____ AG, die B. _____ SA und die C. _____ AG zu Viagra, Cialis und Levitra unverbindliche Publikumspreisempfehlungen (PPE) an Grossisten und Verkaufsstellen abgaben beziehungsweise über eine Datenbankbetreiberin an diese weiterleiten liessen. Am 26. Juni 2006 leitete das Sekretariat eine entsprechende Untersuchung ein.

B.

Gestützt auf eine Analyse der folgenden Wettbewerbsverhältnisse verfügte die Wettbewerbskommission (WEKO) am 2. November 2009 eine Sanktion mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichen und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

2. Den Herstellern A. _____, B. _____ und C. _____ wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

3. Die Grossisten D. _____, E. _____, F. _____ und G. _____ und H. _____ dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.

4. Die Hersteller A. _____, C. _____ und B. _____ werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet: [A. _____: Fr. 2'860'174.--].

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. [Verfahrenskosten].

8. [Rechtsmittelbelehrung].

9. [Eröffnung].

10. [Eröffnung durch amtliche Publikation]."

B.a. Die dagegen von der A. _____ AG am 18. Januar 2010 erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-364/2010 vom 3. Dezember 2013 gut und hob die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 7 der Verfügung vom 2. November 2009 auf. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sei nicht anwendbar, da vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG auf dem relevanten Arzneimittelmarkt Wettbewerb nicht zulassen.

Die durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen das Urteil B-364/2010 vom 3. Dezember 2013 erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht mit teilweise amtlich publiziertem Urteil 2C_75/2014 vom 28. Januar 2015 (BGE 141 II 66) gut und hob das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil B-364/2010 auf. Es wies die Angelegenheit zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurück, da im zu beurteilenden Fall Art. 3 Abs. 1 KG nicht anwendbar sei. Als "vorbehaltene Vorschriften" gälten nur wettbewerbsmodifizierende ("wirtschaftspolitische") Normen, nicht aber wirtschaftspolizeiliche Gesundheitsnormen, die in ihrer Regulierungsdichte wirksamen Wettbewerb faktisch unmöglich machen können. Mit dem Verbot der Publikumswerbung gehe kein Wettbewerbsausschluss einher. Der Wettbewerb sei lediglich weniger breit.

B.b. Am 19. Dezember 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der A. _____ AG vom 18. Januar 2010 mit Urteil B-846/2015 erneut gut und hob die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 7 der Verfügung vom 2. November 2009 auf. Zur Begründung führte es aus, es sei nicht erstellt, dass im sanktionierten Zeitraum eine Empfehlung über die Einhaltung von Mindest- oder

Festpreisen beziehungsweise ein abgestimmtes Verhalten mit wettbewerbsschädigenden Wirkungen vorgelegen habe. Die Preisempfehlung habe sich lediglich wettbewerbsneutral als Preisobergrenze ausgewirkt.

Mit teilweise amtlich publiziertem Urteil 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 (BGE 147 II 72) hiess das Bundesgericht die vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen das Urteil B-846/2015 vom 19. Dezember 2017 erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erneut gut, hob das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil B-846/2015 auf und wies die Angelegenheit zum beförderlichen Entscheid über die Sanktionsbemessung an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Das Bundesgericht bejahte das Vorhandensein eines unzulässigen abgestimmten Verhaltens im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 4 KG, da sich die Preisempfehlung für Viagra als Festpreisabrede ausgewirkt habe und weder Gesichtspunkte der wirtschaftlichen Effizienz noch die Vorschriften zur Preisbekanntgabe diese zu rechtfertigen vermöchten.

B.c. Mit Zwischenverfügung vom 26. April 2021 forderte das Bundesverwaltungsgericht die A. _____ AG und die WEKO auf, sich angesichts von BGE 147 II 72 zum bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-1781/2021 (3. Rechtsgang) und insbesondere zur Sanktionsbemessung zu äussern. Am 3. Juni 2021 liess sich die WEKO vernehmen und beantragte im Wesentlichen, es sei der verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.-- zu bestätigen. Am 23. Juli 2021 reichte die A. _____ AG ihre Stellungnahme ein und beantragte, der Basisbetrag sei auf 1 % und die Sanktion unter Berücksichtigung des Basisbetrags und der mildernden Umstände auf CHF 1.- festzusetzen. Im darauffolgenden Schriftenwechsel hielten die Verfahrensbeteiligten an den gestellten Anträgen im Wesentlichen fest.

Mit Urteil B-1781/2021 vom 13. Juni 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 18. Januar 2010 ab. Es bestätigte den durch die WEKO verfügten Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.--.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 22. August 2023 gelangt die A. _____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils B-1781/2021 vom 13. Juni 2023. Die Sanktion sei maximal auf Fr. 153'224.-- festzusetzen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Sanktionsbemessung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt die WEKO die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts, womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (Art. 83 BGG). Sie richtet sich gegen ein verfahrensabschliessendes (Art. 90 BGG) Urteil des Bundesverwaltungsge-

richts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da die Vorinstanz den ihr von der WEKO auferlegten Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.-- bestätigt hat. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und lit. b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1; 143 I 1 E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

Das Bundesgericht hielt in BGE 147 II 72 fest, dass die Beschwerdeführerin im untersuchungsrelevanten Zeitraum mit der Abgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen zu Viagra unzulässige und daher zu sanktionierende vertikale Festpreisabreden traf (vgl. BGE 147 II 72 E. 6 f.). Es bejahte sowohl das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.1) als auch die subjektive Vorwerfbarkeit des sanktionierten Verhaltens (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.2 f.). Es wies die Angelegenheit allerdings zur Sanktionsbemessung an die Vorinstanz zurück (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2 i.f.). Das teilweise amtlich publizierte Urteil 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 (BGE 147 II 72), mit dem das Bundesgericht die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückwies, ist nach den allgemeinen Grundsätzen nicht nur für die Vorinstanz verbindlich, sondern es kann auch vom Bundesgericht nicht mehr infrage gestellt werden (vgl. BGE 150 II 346 E. 2.3.2 i.f.; 143 III 290 E. 1.5; 135 III 334 E. 2). Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit einzig die konkrete Sanktionsbemessung (vgl. auch Urteil 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 E. 10, nicht publ. in: BGE 147 II 72).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2-6 der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wett-

bewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) sowie einen Verstoss gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gemäss Art. 5 Abs. 2 BV und gegen das Willkürverbot nach Art. 9 BV.

4.1. Die Beschwerdeführerin hält die ausgesprochene Sanktion in der Höhe von Fr. 2'860'174.-- für unrechtmässig. Die Vorinstanz habe die Sanktionsbemessung in Verletzung und willkürlicher Missachtung der Berechnungsgrundsätze vorgenommen. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Basisbetrag reduziert werden müsse, da der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt worden sei und ein sehr geringes abstraktes Gefährdungspotenzial bestanden habe. Das Verschulden wiege nicht schwer und der Tatbeitrag sei sehr gering gewesen. Die Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin weiter, gehe von einer zu langen Dauer des Kartellrechtsverstosses aus. Überdies seien mildernde Umstände zu berücksichtigen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat sie sich nur passiv verhalten und ein kartellrechtliches Compliance-Programm betrieben. Es liege im Übrigen eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor. Insgesamt erscheine der Sanktionsbetrag als unverhältnismässig.

4.2. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten konkret bestimmt (vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 3 f. KG; BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; 143 II 297 E. 9.7.1; vgl. auch Urteile 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.2; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2023 E. 11.1; 2C_39/2020 vom 3. August 2022 E. 9.1, nicht publ. in: BGE 148 II 521):

- Ermittlung des Basisbetrags (vgl. Art. 3 SVKG; vgl. auch E. 4.3 hiernach);
- Anpassung an die Dauer des Verstosses (vgl. Art. 4 SVKG; vgl. auch E. 4.4 hiernach);
- Erhöhung oder Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (vgl. Art. 5 f. SVKG; vgl. auch E. 4.5 f. hiernach).

Die Sanktion ist begrenzt: Sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (vgl. Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Die Sanktionsbemessung ist zwar eine Ermessenssache (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3 i.f.). Jegliches Ermessen ist indes pflichtgemäss auszuüben (vgl. BGE 149 I 146 E. 3.4.1; 142 II 268 E. 4.2.3; 137 V 71 E. 5.1; Urteil 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 6.4.2).

4.3. Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst die Ermittlung des Basisbetrags. Während die Vorinstanz von einem mittelschweren Kartellrechtsverstoss ausgeht und den von der WEKO festgelegten Prozentsatz von 5 % bestätigt, verlangt die Beschwerdeführerin eine Reduktion des Satzes auf 1 %, eventualiter auf unter 3 %.

4.3.1. Gemäss Art. 3 SVKG bildet der Basisbetrag der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag wird in drei Schritten ermittelt:

- Feststellung der relevanten Märkte;
- Umsatz auf den relevanten Märkten;
- Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses.

Die ersten beiden Schritte sind tatsächlicher Art, während der dritte wertend ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1; 144 II 194 E. 6.2; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.1). Unter der Schwere ist rechtsprechungsgemäss die objektive - d. h. die verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotenzial. Zu berücksichtigen ist unter anderem auch der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2; 144 II 194 E. 6.4; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.4.4).

4.3.2. Unter den Verfahrensbeteiligten ist die Festlegung des relevanten Marktes und des darauf erzielten massgeblichen Umsatzes von Fr. xxx nicht umstritten (vgl. E. 3.3 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin beanstandet allerdings den gestützt auf diesen Umsatz unter Anwendung eines Prozentsatzes von 5 % ermittelten Basisbetrag von Fr. yyy. Sie macht geltend, es liege kein mittelschweres Verschulden vor, da der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt worden sei und nur ein sehr geringes abstraktes Gefährdungspotenzial bestanden habe. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen.

4.3.2.1. Das Bundesgericht hielt bereits fest, dass die Beschwerdeführerin den Verkaufsstellen Preisempfehlungen über das elektronische System wissentlich und willentlich zukommen liess. Die Abstimmung mittels elektronischer Übermittlung der Daten erfolgte täglich über Monate und Jahre. Es fand zwischen der Beschwerdeführerin und den Verkaufsstellen eine intensive Kommunikation statt, aufgrund welcher die Unsicherheiten über die Reaktionen anderer Marktteilnehmenden auf das eigene Verhalten vermindert oder gar beseitigt wurden (vgl. BGE 147 II 72 E. 5.2). Im Ergebnis erwog das Bundesgericht, dass eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorlag, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte (vgl. BGE 147 II 72 E. 5.7). Dabei wurde der Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass sich dies rechtfertigen liess (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 und E. 7.6).

4.3.2.2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund von einem mittelschweren Verstoss ausging und den Basisbetrag mit einem Prozentsatz von 5 % festlegte. Die Beschwerdeführerin

lässt ausser Acht, dass bei einer Beseitigung des Wettbewerbs regelmässig von einem schweren Kartellrechtsverstoss auszugehen sein dürfte, sodass sich - anders als vorliegend - ein Prozentsatz über 5 % aufdrängen würde. Insofern stösst das Vorbringen ins Leere, wonach das Bundesgericht im Gegensatz zur WEKO lediglich von einer erheblichen Beeinträchtigung und nicht von einer Beseitigung des Wettbewerbs ausgegangen sei. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, die Wirkung von vertikalen Abreden auf den Wettbewerb sei generell umstritten, bleibt im Übrigen pauschal und vermag ihr mittelschweres Verschulden nicht zu relativieren.

4.3.3. Keinen Einfluss auf die verschuldensunabhängige Schwere des Verstosses hat der Standpunkt der Beschwerdeführerin, sie habe vor der Publikation der revidierten Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 am 30. Oktober 2007 (vgl. BBl 2007 7597) nicht davon ausgehen müssen, dass Herstellerpreisempfehlungen unter Umständen kartellrechtlich problematisch seien. Soweit die Beschwerdeführerin damit nicht ohnehin einen verschuldensabhängigen Aspekt aufgreift, hat das Bundesgericht dieses Argument bereits entkräftet (vgl. BGE 147 II 72 E. 4.4.3 und E. 8.4.4.2; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 5.3.3). Im Übrigen ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu erkennen, dass ihr Tatbeitrag sehr gering gewesen sei. Zwar veröffentlichte die Beschwerdeführerin unverbindliche Preisempfehlungen, ohne einen Einfluss auf das Verhalten der Verkaufsstellen auszuüben. Die Beschwerdeführerin lässt allerdings ausser Acht, dass es sich bei der Abgabe der Preisempfehlung an sich um das zentrale Element der unzulässigen abgestimmten Verhaltensweise handelte. Entsprechend kann auch nicht von einem geringen Tatbeitrag gesprochen werden.

4.3.4. Der von der WEKO festgesetzte und von der Vorinstanz bestätigte Prozentsatz von 5 % zur Ermittlung des Basisbetrags ist angesichts des mittelschweren Verschuldens der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden.

4.4. Die Beschwerdeführerin kritisiert sodann die Festlegung der Dauer des Verstosses. Die Vorinstanz gehe von einer Dauer des kartellrechtswidrigen Verhaltens von 57 Monaten aus. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin sei für die Sanktionsberechnung lediglich der Zeitraum vom 20. Juli 2004 bis Ende 2006 massgebend.

4.4.1. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). Die Ermittlung der Dauer des Verstosses betrifft im Wesentlichen den Sachverhalt. Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Der festgestellte Sachverhalt kann nur erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art.

105 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 149 II 337 E. 2.3; 142 I 135 E. 1.6). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 148 V 366 E. 3.3; 147 I 73 E. 2.2).

4.4.2. Die Vorinstanz stellte fest, aus der Beilage 1 der Vernehmlassung vom 31. Januar 2007 an die WEKO gehe hervor, dass im Juni 2004 eine bisher bestehende unverbindliche Preisempfehlung durch eine nach dem "LOA-Modell" berechnete, *neue* unverbindliche Preisempfehlung ersetzt werden sollte. Daraus lasse sich aber nicht ableiten, wie die Beschwerdeführerin meine, dass der Verstoss erst am 22. Juni 2004 begonnen und nicht bereits am 1. April 2004 vorgelegen habe (vgl. E. 3.5 des angefochtenen Urteils). Das blosses Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei nicht um den Ersatz einer bereits bestehenden Preisempfehlung gegangen, vermag die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht als unhaltbar erscheinen lassen. Gleiches gilt für den Einwand, die Beschwerdeführerin habe erst mit Schreiben vom 20. Juli 2004 den Verkaufsstellen ihre finale unverbindliche Preisempfehlung zur Verfügung gestellt. Auch damit kann die Beschwerdeführerin nicht hinreichend aufzeigen, dass die vorinstanzliche Feststellung, es habe bereits zuvor eine Preisempfehlung bestanden, offensichtlich unrichtig ist. Es ist daher nicht als unhaltbar zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beginn des Kartellrechtsverstosses angesichts einer vorbestehenden Preisempfehlung auf den 1. April 2004 festlegte.

4.4.3. Ebenso ist die Kritik der Beschwerdeführerin an der vorinstanzlichen Feststellung zum Ende des Kartellrechtsverstosses nicht zu hören. Die Beschwerdeführerin bringt lediglich pauschal vor, es sei ihr kein Wettbewerbsverstoss für die Jahre 2007 und 2008 nachgewiesen worden. Die Vorinstanz stellte demgegenüber in haltbarer Weise fest, in den Jahren 2007 und 2008 seien keine Ereignisse eingetreten, die die Stabilität des Kartellrechtsverstosses infrage stellen würden. Deshalb habe die WEKO angesichts der nach 2006 (bis mindestens 2009) fortgesetzten Kommunikation der unverbindlichen Preisempfehlung davon ausgehen dürfen, dass sich das vorwerfbare Verhalten unverändert fortgesetzt habe. Die Beschwerdeführerin mache auch nicht geltend, dass sie selbst als Herstellerin etwas gegen einen Verbleib ihrer Preisempfehlung in den elektronischen Systemen unternommen hätte. Vielmehr räume sie in ihrer Duplik selbst ein, dass sie "spätestens seit Erlass der angefochtenen Verfügung im November 2009 keine PPE für Viagra an die Verkaufsstellen" mehr abgebe (vgl. E. 3.5 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin trägt vor Bundesgericht keine hinreichend begründeten Anhaltspunkte vor, weshalb die vorinstanzliche Schlussfolgerung offensichtlich unrichtig sein sollte. Die Vorinstanz gelangte vor diesem Hintergrund willkürfrei zum Schluss, dass der Kartellrechtsverstoss am 31. Dezember 2008 endete.

4.4.4. Nach dem Dargelegten ist bei der Ermittlung der Dauer des Kartellrechtsverstosses (1. April 2004 bis 31. Dezember 2008) sowie in der entsprechenden Erhöhung des Basisbetrags um 40 % keine Rechtsverletzung zu erkennen.

4.5. Die Beschwerdeführerin stellt sich im Weiteren auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe diverse mildernde Umstände nicht beachtet.

4.5.1. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet, wird der Betrag vermindert (vgl. Art. 6 Abs. 1 KG). Nach Art. 6 Abs. 2 KG wird bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG der Betrag vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (lit. a) oder Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (lit. b).

4.5.2. Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin, soweit sie sich auf ein "passives Verhalten" als mildernden Umstand beruft. Ein Verhalten, so die Beschwerdeführerin, sei passiv, wenn die betroffene Person Preisempfehlungen auf Geheiss von anderen Unternehmen herausgebe, auf diese aber weder Druck ausübe noch Anreize setze, damit die Empfehlungen eingehalten würden. Sie habe die Preisempfehlungen nur veröffentlicht, ohne aber auf das Preisverhalten der Verkaufsstellen Einfluss zu nehmen. Dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum nie aktiv auf das Preisverhalten der Verkaufsstellen Einfluss nahm, ist zwar unbestritten (vgl. E. 3.6.3 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin lässt indes ausser Acht, dass im vorliegenden Kontext bereits die Kundgabe der unverbindlichen Preisempfehlung sowie das unabhängige Befolgen durch eine genügende Anzahl von Verkaufsstellen für eine Abstimmung genügt. Die Ausübung von Druck oder das Setzen von Anreizen seitens der Beschwerdeführerin ist nicht nötig (vgl. BGE 147 II 72 E. 4.5.1). Ausserdem handelt es sich bei der Abgabe der Preisempfehlung an sich um das zentrale Element der unzulässigen abgestimmten Verhaltensweise. Es liegt somit kein "passives Verhalten" vor, dass eine Reduktion der Sanktion zu rechtfertigen vermag.

4.5.3. Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, mangels Vorwerfbarkeit sei die Sanktion zu reduzieren. Ihr ist nicht zu folgen: Das Bundesgericht hat bereits verbindlich festgehalten, dass die Beschwerdeführerin für ihr gewichtiges Verhalten verantwortlich bleibt und dieses ihr vorwerfbar ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.3 i.f.). Auch der erneuerte Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe die Unzulässigkeit der Preisempfehlung nicht vorhersehen können, was als mildernder Umstand zu werten sei, ist nicht zu hören. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin wissentlich und willentlich gegen das Kartellgesetz versties und ihr die Unzulässigkeit ihres Verhaltens bewusst war beziehungsweise hätte sein müssen (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.3). Ein mildernder Umstand kann deshalb nicht vorliegen.

4.5.4. Um eine Sanktionsreduktion zu begründen, beruft sich die Beschwerdeführerin wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren auch vor Bundesgericht auf ihr langjähriges Antitrust Compliance-Programm und erklärt, sie habe sich seit jeher aktiv und ernsthaft darum bemüht, sämtliche wettbewerbsrechtlichen Regeln einzuhalten und zu diesem Zweck für ihre Mitarbeitenden regelmä-

sige Kartellrechts-Schulungen durchgeführt. Die vorinstanzliche Beurteilung der Eignung und Wirksamkeit des Compliance-Programms sei rechtswidrig.

4.5.4.1. Die Vorinstanz stellte fest, in den von der Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 23. Juli 2021 eingereichten undatierten Folien zur internen Kartellrecht-Compliance-Schulung werde zwar auf "Preisempfehlungen" und "unverbindliche Publikumspreisempfehlungen" hingewiesen und festgehalten, dass - ohne vorgängige Rücksprache mit dem "Legaldepartement" - mit Konkurrenten nicht darüber zu sprechen respektive auch beim Umgang mit dem Handel bei diesem Thema mit dem "Legaldepartement" vorgängig Rücksprache zu nehmen sei. Die Vorinstanz bemängelt indes, dass die Beschwerdeführerin es versäumt habe, ausführlich und konkret darzulegen, inwiefern ihr Compliance-Programm geeignet gewesen wäre, den geforderten sorgfältigen Umgang mit Preisempfehlungen zu garantieren (vgl. E. 3.6.3 des angefochtenen Urteils).

4.5.4.2. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, ist ein Compliance-Programm gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG namentlich dann sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn es bereits zum Zeitpunkt des Verstosses bestanden hat, sodass das Unternehmen durch das Compliance-Programm aufzeigen kann, dass der Verstoß gegen den ausdrücklichen Willen des Unternehmens geschehen ist. Überdies darf das Compliance-Programm nicht nur aus Weisungen, zirkulierten Vorschriften und Schulungen bestehen, sondern es muss auch effektive Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen umfassen. Compliance-Programme wirken nie schuldausschliessend (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6.2). Praxisgemäss werden an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines Compliance-Programms hohe Anforderungen gestellt (vgl. Urteil 2C_81/2023 vom 19. Februar 2025 E. 11.3.2).

4.5.4.3. Vor Bundesgericht verweist die Beschwerdeführerin wie im vorinstanzlichen Verfahren erneut nur auf die aktenkundigen internen Schulungsunterlagen. Dabei zeigt sie aber nicht hinreichend auf, dass nebst den Schulungen auch effektive Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen bestanden, die geeignet waren, die unzulässige abgestimmte Verhaltensweise zu verhindern. Folglich anerkannte die Vorinstanz im bestehenden Compliance-Programm zu Recht keinen mildernden Umstand.

4.5.5. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin führt auch der Umstand, dass sie die Preisempfehlung spätestens seit Erlass der Sanktionsverfügung der WEKO vom 2. November 2009 nicht mehr abgebe, zu keiner Minderung der Sanktion. Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG wird ein mildernder Umstand insbesondere dann angenommen, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG beendet. Vorliegend eröffnete die WEKO die Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG bereits am 26. Juni 2006 (vgl. Bst. A hiavor), womit eine Sanktionsreduktion gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG von vornherein ausser Betracht fällt. Daran vermag auch die Ansicht der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, wonach sie durch

die freiwillige Aufgabe ihrer unverbindlichen Preisempfehlung die Weiterführung des Kartellrechtsverstosses "über weitere 14 Jahre hinweg verhinderte".

4.5.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz in bundesrechtskonformer Weise keine mildern Umstände erkannte.

4.6. Ferner rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Beschleunigungsgebots. Das Verfahren dauere seit der Eröffnung der Untersuchung durch die WEKO im Juni 2006 im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung vor Bundesgericht bereits mehr als 17 Jahre.

4.6.1. Als Minimalanforderung an ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleisten Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Erlass eines Entscheids innerhalb einer angemessenen Frist (zum strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter der Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG und zur diesbezüglichen Anwendbarkeit der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 7 EMRK siehe BGE 143 II 297 E. 9.1; 139 I 72 E. 2.2.2; vgl. auch Urteil 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 5.7, zur Publikation vorgesehen). Dies gilt auch für das Kartellrechtsverfahren (vgl. Urteile 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12.2, zur Publikation vorgesehen; 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 11.2; 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.6.1, nicht publ. in: BGE 148 II 321). Die Angemessenheit der Dauer bestimmt sich nicht absolut. Sie ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände einer Angelegenheit wie den Umfang und die Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe zu beurteilen (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 135 I 265 E. 4.4; 130 I 312 E. 5.1). Für die rechtssuchende Person ist es unerheblich, auf welche Gründe eine übermässige Verfahrensdauer zurückzuführen ist. Mangelnde Organisation oder Überlastung bewahren nicht vor dem Vorwurf der Rechtsverzögerung (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 130 I 312 E. 5.2). Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Bei der Feststellung einer übermässigen Verfahrensdauer ist daher zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv rechtfertigen lassen (vgl. BGE 144 II 486 E. 3.2; 125 V 188 E. 2a). Nach der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts bewegt sich - ausserhalb von ausserordentlichen Umständen - eine Beschwerdeverfahrensdauer von sechs Jahren am obersten Limit (vgl. Urteile 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12.5, zur Publikation vorgesehen; 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.7).

4.6.2. Die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin, dass die Verfahrensdauer in klar zu unterscheidende Zeitabschnitte zu unterteilen ist: Die Untersuchung der WEKO mit einer Dauer von knapp dreieinhalb Jahren, d. h. vom 26. Juni 2006 bis zum 2. November 2009, ist angesichts des sachlichen Umfangs und der vorzunehmenden Abklärungen in einem gesundheitsrechtlichen Kontext, wie bereits die Vorinstanz zu Recht erwog, nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin erhob alsdann am 18. Januar 2010 Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. November 2009. Daraufhin durchlief die Angelegenheit

drei Mal das Verfahren bis vor Bundesgericht (vgl. Bst. B hiervor; Ende des 1. Rechtsgangs: Urteil 2C_75/2014 vom 28. Januar 2015 [BGE 141 II 66]; Ende des 2. Rechtsgangs: Urteil 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021 [BGE 147 II 72]; Ende des 3. Rechtsgangs: Urteil 2C_442/2023 vom 14. April 2025). Keines der einzelnen Gerichtsverfahren wies für sich allein genommen eine unverhältnismässig lange Verfahrensdauer auf. Das längste Verfahren betraf das bundesverwaltungsgerichtliche Verfahren B-364/2010 und dauerte nicht ganz vier Jahre, d. h. vom 18. Januar 2010 bis zum 3. Dezember 2013. Angesichts des Umstands, dass die ersten beiden Rechtsgänge in amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheiden endeten, durfte die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch von einer komplexeren Angelegenheit ausgehen.

4.6.3. Insgesamt ergibt eine Gesamtwürdigung des durchaus komplexen Verfahrens, das sich drei Mal über zwei Gerichtsinstanzen hinzog, dass das Beschleunigungsgebot nicht verletzt wurde. Daran vermag im Ergebnis auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz trotz der bundesgerichtlichen Aufforderung zur "beförderlichen Erledigung der Sanktionsbemessung" (BGE 147 II 72 E. 8.5.2 i.f.) erst am 13. Juni 2023 das vorliegende Urteil fällte. Die vorinstanzliche Verfahrensdauer im 3. Rechtsgang von über zwei Jahren wird unter anderem dadurch relativiert, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 8. Juni 2021 (vgl. Bst. B.b des angefochtenen Urteils) sowie mit Zwischenverfügung von 19. Oktober 2021 (vgl. Bst. B.d. des angefochtenen Urteils) die Frist für die Einreichung der Stellungnahme respektive der Duplik erstrecken musste.

4.6.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass keine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV vorliegt. Auch ein Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, soweit die konventionsrechtliche Bestimmung zur Anwendung gelangt, ist nicht zu erkennen.

4.7. Nachdem die Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung keine Bundesrechtsverletzung beging (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 3-6 SVKG) ist auch keine Verletzung des Willkürverbots von Art. 9 BV zu erkennen. Soweit die Beschwerdeführerin überdies den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gemäss Art. 5 Abs. 2 BV anruft, stossen ihre Rügen ebenso ins Leere. Der bundesrechtskonformen Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG sowie von Art. 3-6 SVKG ist die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gewissermassen inhärent, solange mit der Sanktionshöhe die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird. Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient. In diesem Sinne ist gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.2; Urteil 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.8). Was die Beschwerdeführerin unter dem Titel der Verhältnismässigkeit vorträgt, richtet sich im Kern wiederum gegen die einzelnen Schritte der Sanktionsbemessung (vgl. E. 4.2 hiervor). Dass der Sanktionsbetrag als solcher in einem unzumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin steht, ist aber weder offenkundig noch

wird dies von ihr vorgetragen. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BV ist nicht ersichtlich.

4.8. Nach dem Ausgeführten bestätigte die Vorinstanz den von der WEKO verfügten Sanktionsbetrag von Fr. 2'860'174.-- zu Recht.

5.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 19'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

B 4	2. Urteil vom 4. September 2025 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner AG und Starticket AG – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, vom 12. Dezember 2023
-----	--

Urteil 2C_75/2004 vom 4. September 2025 der II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Verfahrensbeteiligte: Ticketcorner Holding AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner AG und Starticket AG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 12. Dezember 2023 (B-3859/2019).

Sachverhalt:

A.

Die beiden Vertragsparteien Ticketcorner Holding AG und Tamedia AG (seit 20. Dezember 2019: TX Group AG) beabsichtigten mit Vereinbarung vom 31. Oktober 2016 (nachfolgend: Transaktionsvertrag) ihre jeweiligen Tochtergesellschaften, die Ticketcorner AG sowie die Starticket AG, zusammenzuschliessen.

A.a. Der Transaktionsvertrag vom 31. Oktober 2016 sah vor, dass sich die Tamedia AG mit einem Anteil von 25 % an der Ticketcorner AG beteiligt. Als Gegenleistung für den erhaltenen 25 %-Anteil an der Ticketcorner AG sollte Tamedia AG sämtliche Aktien der Starticket AG an die Ticketcorner AG übertragen, wodurch die Starticket AG zu einer 100 %-Tochtergesellschaft der Ticketcorner AG geworden wäre. Nach Abschluss der Transaktion hätten die Ticketcorner Holding AG 75 % und die Tamedia AG 25 % der Anteile an der Ticketcorner AG gehalten. Der Transaktionsvertrag sah dabei eine gemeinsame Kontrolle der Ticketcorner AG durch die Ticketcorner Holding AG und die Tamedia AG vor. Aufgrund einer ergänzenden vertraglichen Vereinbarung vom 7./9. August 2017 wurde jeder Vertragspartei ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Rücktrittsrecht vom Transaktionsvertrag eingeräumt.

A.b. Bereits am 15. November 2015 reichten die Ticketcorner Holding AG und die Tamedia AG den Entwurf einer Meldung für das Zusammenschlussvorhaben beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein. Am 9. Februar 2017 entschied die zuständige Kammer der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO), eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchzuführen. Die WEKO informierte die Öffentlichkeit über die wettbewerbsrechtliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens mit Pressemitteilung vom 13. Februar 2017. Am 8. Mai 2017 fand eine Anhörung der Zusammenschlussparteien vor der WEKO statt.

B.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2017 entschied die WEKO wie folgt:

"1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 160'000 werden der Ticketcorner-Holding AG und Tamedia AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 80'000, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. [Eröffnung]."

B.a. Die Ticketcorner Holding AG erhob gegen die Verfügung vom 22. Mai 2017 am 10. Juli 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte im Wesentlichen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Bewilligung des Zusammenschlussvorhabens ohne Auflagen und Bedingungen, eventualiter unter Anordnung von geeigneten und erforderlichen Auflagen.

Mit Urteil B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht mangels Beschwerdelegitimation der Ticketcorner Holding AG nicht auf die Beschwerde ein. Das Bundesverwaltungsgericht begründete sein Urteil im Wesentlichen damit, dass kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse gegeben sei, wenn nicht alle Vertragsparteien, die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligt seien, eine Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung erhoben.

B.b. Am 7. Juni 2018 erhob die Ticketcorner Holding AG gegen das Urteil B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 Beschwerde beim Bundesgericht.

Mit Urteil 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Ticketcorner Holding AG gut, soweit es darauf eintrat. Es hob das Urteil B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Zur Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen an, die Erwägungen zur schwebenden Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags beruhten auf einer unrichtigen Auslegung von Art. 34 KG. Der dort statuierte Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschlage nicht das Verpflichtungs-, sondern nur den Abschluss des Verfügungsgeschäfts. Es bleibe den Zusammenschlussparteien unbenommen, am Verpflichtungsgeschäft festzuhalten oder dieses abzuändern. Daher könne nicht von einer gegen den Willen einer Vertragspartei aufrechterhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens gesprochen werden, weshalb zumindest dieser Aspekt der Beschwerdelegitimation nicht entgegenstehe. Das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Vorhabens liesse sich nur dann verneinen, wenn feststünde, dass die Tamedia AG nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre.

B.c. Nach der Rückweisung nahm das Bundesverwaltungsgericht die Angelegenheit unter der Verfahrensnummer B-3859/2019 wieder an die Hand. Am 20. Dezember 2019 erklärte die Tamedia AG gegenüber der

Ticketcorner Holding AG den Rücktritt vom Transaktionsvertrag. Dies wurde von der Ticketcorner Holding AG bestätigt. Am 9. Januar 2020 gab die Tamedia AG öffentlich bekannt, dass sie die Starticket AG an See Tickets, einer englischen Tochtergesellschaft des französischen Medienkonzerns Vivendi SA, veräussert habe.

Mit Urteil B-3859/2019 vom 12. Dezember 2023 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde erneut nicht ein (Dispositiv-Ziffer 2) und auferlegte die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.-- der Ticketcorner Holding AG (Dispositiv-Ziffer 3). Es erwog im Wesentlichen, in Anbetracht des Rücktritts vom Transaktionsvertrag und der anderweitigen Veräusserung der Starticket AG bestehe weder ein aktuelles noch ein praktisches Interesse an der Beurteilung der Angelegenheit. Die Voraussetzungen, um ausnahmsweise auf dieses Eintretensersfordernis zu verzichten, seien vorliegend nicht gegeben. Im Übrigen stehe dem Nichteintretensentscheid das bundesgerichtliche Urteil 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019 nicht entgegen, da es sich um Sachumstände handle, die sich nach der Rückweisung ereignet hätten.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. Februar 2024 gelangt die Ticketcorner Holding AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils B-3859/2019 vom 12. Dezember 2023. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Beschwerde vom 10. Juli 2017 einzutreten. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils B-3859/2019 vom 12. Dezember 2023 aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien keine Verfahrenskosten für das vorinstanzliche Verfahren aufzuerlegen. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung über die Verfahrenskosten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Während die Vorinstanz und die WEKO auf eine Vernehmlassung verzichten, lässt sich das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet des Kartellrechts (vgl. Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]), womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist (Art. 83 BGG). Sie richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden (Art. 90 BGG) Nichteintretensentscheid des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da die Vorinstanz auf ihre Beschwerde vom 10. Juli 2017 nicht eingetreten ist. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 2 BGG) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 142 I 135 E. 1.5). Der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 149 I 105 E. 2.1; 143 I 1 E. 1.4). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz auf ihre Beschwerde vom 10. Juli 2017 hätte eintreten müssen. Es liege eine Verletzung von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG (SR 172.021), Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 29a BV vor.

3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beurteilung der Verfügung der WEKO vom 22. Mai 2017, da diese gewisse Feststellungen und Würdigungen enthalte, die einen Einfluss respektive "nachteilige Präjudizwirkung" auf künftige (Zusammenschluss-) Verfahren hätten. Die Erwägungen in der Verfügung der WEKO zur Marktstellung der Beschwerdeführerin verschlechterten ihre Position bei künftigen Transaktionen. Die Beschwerdeführerin sieht darin eine rechtsfehlerhafte Anwendung von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG. Die Verneinung des Rechtsschutzinteresses stehe zudem im Widerspruch zur Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und stelle eine Rechtsverweigerung dar. Im Weiteren, so die Beschwerdeführerin, wären auch die Voraussetzungen erfüllt, um auf das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses zu verzichten. Eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung sei kaum je rechtzeitig möglich. Im Übrigen werfe die vorliegende Transaktion und deren Untersagung durch die WEKO eine Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen auf.

3.2. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, beschränkt sich der Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens grundsätzlich auf die Eintretensfrage (vgl. Urteile 2C_23/2024 vom 12. März 2025 E. 3; 2C_62/2023 vom 24. Juli 2024 E. 3.4; 2C_887/2017 vom 23. März 2021 E. 3).

3.2.1. Die Eintretensfrage bezieht sich in der vorliegenden Angelegenheit auf die umstrittene Beschwerdelegitimation vor dem Bundesverwaltungsgericht. Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 37 VGG (SR 173.32) berechtigt, wer vor

der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht derjenigen von Art. 89 Abs. 1 BGG und ist in Anlehnung an diese auszulegen und anzuwenden (vgl. BGE 146 I 172 E. 7.1.2; 145 II 259 E. 2.3; 142 II 451 E. 3.4.1).

3.2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht das schutzwürdige Interesse im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn die beschwerdeführende Person mit ihrem Anliegen obsiegt und dadurch ihre tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann (vgl. BGE 147 I 478 E. 2.2; 141 II 307 E. 6.2). Das Rechtsschutzinteresse muss auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.4; 142 I 135 E. 1.3.1). Fällt es im Verlaufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt; fehlte es schon bei Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (vgl. BGE 150 II 409 E. 2.2.1; 145 III 422 E. 5.2).

3.2.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ausnahmsweise unter Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses auf eine Beschwerde einzutreten, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 147 I 478 E. 2.2; 146 II 335 E. 1.3; 139 I 206 E. 1.1). Ein Verzicht auf dieses Erfordernis kann auch bei sonstiger Gegenstandslosigkeit des Verfahrens infrage kommen (vgl. Urteil 2C_200/2024 vom 21. Juli 2025 E. 1.2.2).

3.3. Vor Bundesgericht ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die Tamedia AG gegenüber der Beschwerdeführerin am 20. Dezember 2019 den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärte. Ebenso unumstritten ist der Umstand, dass die Tamedia AG in der Folge die Starticket AG anderweitig vollumfänglich veräusserte (vgl. Bst. B.c hiavor; Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.3.1. Vor diesem Hintergrund hält die Vorinstanz zutreffend fest, dass das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Beschwerdeführerin und der Tamedia AG sowohl rechtlich als auch tatsächlich in Zukunft nicht mehr durchgeführt werden könne (vgl. E. 31 des angefochtenen Urteils). Entsprechend kann die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin auch nicht (mehr) *unmittelbar* - d. h. mit Bezug auf das von der WEKO untersagte Zusammenschlussvorhaben - beeinflusst werden, selbst wenn sie mit ihrer Kritik an der Verfügung vom 22. Mai 2017 durchdringen würde. Soweit die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht vorträgt, dass gewisse Feststellungen und Würdigungen in der Verfügung vom 22. Mai 2017 "nachteilige Präjudizwirkung" hätten, lässt sie ausser Acht, dass diese Feststellungen und Würdigungen, wenn überhaupt, bloss *mittelbaren* Einfluss auf ihre tatsächliche und rechtliche Situation haben.

3.3.2. Ausserdem ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lediglich das Dispositiv eines Entscheids der Rechtskraft zugänglich, nicht aber die Sachverhaltsfeststellungen oder die Erwägungen zur Rechtslage. Aus diesem Grund kann nur das Dispositiv Bindungswirkung entfalten und ist auch nur das Dispositiv anfechtbar (vgl. BGE 140 I 114 E. 2.4.2; Urteile 2C_62/2023 vom 24. Juli 2024 E. 3.6; 2C_470/2022 vom 3. August 2022 E. 4.1; 2C_995/2020 vom 5. Februar 2021 E. 3.1.1). Soweit die Verfügung vom 22. Mai 2017, wie die Beschwerdeführerin moniert, in den Erwägungen Feststellungen zur marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin enthalte (vgl. auch E. 44 des angefochtenen Urteils), sind diese der Rechtskraft ohnehin nicht zugänglich. Mit Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 22. Mai 2017 hat die WEKO im Übrigen lediglich das Zusammenschlussvorhaben untersagt, nicht aber eine marktbeherrschende Stellung festgestellt. Es liegt mithin keine rechtskräftige Feststellung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG vor, wonach die Beschwerdeführerin in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung habe. Folglich stösst das Vorbringen der Beschwerdeführerin ins Leere, die Erläuterungen in der Verfügung hätten für künftige Vorhaben Bestand und würden sich negativ auswirken.

3.3.3. Ferner verweist die Beschwerdeführerin, wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren, auf die Wettbewerbspraxis und Rechtsprechung in der Europäischen Union (EU). Dabei lässt sie allerdings ausser Acht, dass die Frage der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG nicht das Wettbewerbsrecht als solches, sondern das innerstaatliche Verfahrensrecht betrifft. Entsprechend ist es für die Beurteilung des aktuellen und praktischen Interesses nicht weiter von Belang, dass das Wettbewerbsrecht in der Schweiz und der EU auf denselben Grundsätzen beruht und vergleichbare Vorschriften enthält (vgl. BGE 146 II 217; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.2.3 i.f.).

3.4. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses hätte verzichten müssen (vgl. E. 3.2.3 hiavor). Dies ist zu verneinen: Es ist bereits davon auszugehen, dass eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung eines Zusammenschlussvorhabens im Einzelfall in der Regel möglich ist (vgl. auch E. 4.3.3 hiernach). Zudem ist nicht zu erkennen, dass den von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen grundsätzliche Bedeutung zukommt, sodass deren Beantwortung im öffentlichen Interesse liegt. Vielmehr hängt die Beurteilung der aufgeworfenen Fragen vom spezifischen Einzelfall, insbesondere von der Marktstellung der Marktteilnehmenden und den Marktverhältnissen im Jahr 2016/2017, ab. Die Aussagekraft dieser Beurteilung für andere künftige Zusammenschlussvorhaben - unter anderem auf anderen Märkten - ist äusserst beschränkt. Eine über den vorliegenden Einzelfall hinausgehende Bedeutung ist somit nicht ersichtlich.

3.5. Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das aktuelle und praktische Interesse der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG verneint hat. Auch ein Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses ist nicht geboten gewesen. Damit liegt diesbezüglich auch

keine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV (formelle Rechtsverweigerung) und Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) vor. Diese verfassungsmässigen Verfahrensgarantien verbieten es nicht, das Eintreten auf ein Rechtsmittel von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig zu machen (vgl. Urteile 2C_62/2023 vom 24. Juli 2024 E. 3.7; 2C_1060/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 3.3.1-3.3.3). Diesem Ergebnis steht auch das Urteil 2C_509/2018 nicht entgegen, zumal damit die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen und ausdrücklich festgehalten wurde, dass ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neubeurteilung des Zusammenschlussvorhabens nur dann zu verneinen wäre, wenn feststünde, dass die Tamedia AG nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre (vgl. Urteil 2C_509/2018 vom 24. Juni 2019 E. 5.4; vgl. auch Urteil 2G_1/2020 vom 12. Juni 2020 E. 3.2 i.f.). Nach dem Gesagten ist der Hauptantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen, dem zufolge die Vorinstanz anzuweisen sei, auf die Beschwerde vom 10. Juli 2017 einzutreten.

3.6. Des Unterliegens im Hauptantrag unbesehen bringt die Beschwerdeführerin hingegen zu Recht vor, dass die Sachurteilsvoraussetzung des schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG erst nach der Beschwerdeeinreichung entfallen sei. Fällt das Rechtsschutzinteresse im Verlaufe des Verfahrens dahin, ist die Sache als erledigt zu erklären (vgl. E. 3.2.2 i.f. hiavor). Die Vorinstanz hätte deshalb nicht einen Nichteintretensentscheid fällen, sondern das vorinstanzliche Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abschreiben müssen. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich allerdings ohne Weiteres, dass das Rechtsschutzinteresse nach der Beschwerdeeinreichung entfallen ist. Die unzutreffenden Bezeichnung (Nichteintreten statt Gegenstandslosigkeit) für sich allein führt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (noch) nicht zu einer hinreichenden Beschwer der Beschwerdeführerin, sodass das Bundesgericht das angefochtenen Urteil deswegen aufheben müsste (vgl. BGE 147 III 365 E. 5.5.2 ["Abweisung statt Nichteintreten"]; 142 III 643 E. 3.3 i.f.; vgl. aber E. 5 hiernach).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren eine Verletzung von Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG, Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 63 VwVG sowie eine Missachtung der Vorgaben des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2).

4.1. Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Vorinstanz habe das angefochtene Urteil in Dreierbesetzung gefällt. Da es das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit hätte abschreiben müssen, wäre gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG das einzelrichterliche Verfahren zum Tragen gekommen. Deshalb habe die Vorinstanz den Anspruch auf ein rechtmässig zusammengesetztes Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV verletzt. Ausserdem hätte die Vorinstanz, so die Beschwerdeführerin weiter, die Verfahrenskosten anders - nämlich gestützt auf Art. 5 VGKE - verlegen müssen, wäre sie zum Schluss gelangt, das Verfahren sei gegenstandslos geworden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat sie die

Gegenstandslosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens nicht bewirkt. Es sei vielmehr die Tamedia AG gewesen, die nicht Partei dieses Verfahrens sei und aufgrund der unangemessenen Dauer des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens am 20. Dezember 2019 den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt habe. Ohnehin sei aber auch die Höhe der Gerichtsgebühr im Betrag von Fr. 35'000.-- unverhältnismässig und verstosse gegen das Äquivalenzprinzip. Zwar läge der Betrag angesichts des Streitwerts von Fr. 5 Mio. innerhalb des in Art. 4 VGKE vorgesehenen Rahmens von Fr. 15'000.-- bis Fr. 50'000.--. Es sei allerdings nicht ersichtlich, wie sich Verfahrenskosten von Fr. 35'000.-- für einen falsch lautenden Prozessentscheid rechtfertigen liessen.

4.2. In einem ersten Schritt ist auf die gerügte Verletzung von Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 30 Abs. 1 BV einzugehen.

4.2.1. Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG entscheidet der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin als Einzelrichter beziehungsweise Einzelrichterin über die Abschreibung von gegenstandslos gewordenen Verfahren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur analogen Regelung in Art. 32 Abs. 2 BGG für das bundesgerichtliche Verfahren handelt es sich dabei nicht um eine Pflicht, sondern lediglich um eine Befugnis des Instruktionsrichters oder der Instruktionsrichterin, als Einzelrichter respektive Einzelrichterin über die Abschreibung von Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit zu entscheiden (vgl. Urteile 2C_200/2024 vom 21. Juli 2025 E. 1.3; 7B_315/2023 vom 15. August 2024 E. 3).

4.2.2. Die Formulierung von Art. 23 Abs. 1 lit. a VGG ist nahezu identisch mit jener von Art. 32 Abs. 2 BGG (vgl. auch Urteil 2C_50/2024 vom 23. Januar 2025 E. 4.1.2). Entsprechend besteht keine Veranlassung, die beiden Normen unterschiedlich auszulegen oder anzuwenden. Folglich lässt sich auch ein vor das Bundesverwaltungsgericht getragener Rechtsstreit in ordentlicher Besetzung im Sinne von Art. 21 VGG zufolge Gegenstandslosigkeit abschreiben. Vor diesem Hintergrund ist auch keine Verletzung des Anspruchs auf ein rechtmässig zusammengesetztes Gericht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV zu erkennen.

4.3. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit der Auferlegung der Verfahrenskosten an sich Art. 63 VwVG oder die Vorgaben von Art. 1 ff. VGKE verletzt hat.

4.3.1. Die Beschwerdeinstanz auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Kostenregelungen (vgl. Art. 2 Abs. 1 VGKE). In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr nach Art. 3 VGKE bei einzelrichterlicher Streiterledigung Fr. 200.-- bis Fr. 3000.-- (lit. a) und in den übrigen Fällen Fr. 200.-- bis Fr. 5000.-- (lit. b). In Streitigkeiten mit Vermögensinteresse ab einem Streit-

wert von Fr. 5 Mio. beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 15'000.-- bis Fr. 50'000.-- (vgl. Art. 4 VGKE). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten laut Art. 5 Satz 1 VGKE in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (vgl. Art. 5 Satz 2 VGKE).

4.3.2. Wird ein Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gegenstandslos, ist die Regelung von Art. 5 VGKE anwendbar (vgl. Urteile 2C_549/2023 vom 19. April 2024 E. 5.5.1; 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4). Die Festlegung derjenigen Partei, welche die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens im Sinne von Art. 5 Satz 1 VGKE bewirkt hat, erfolgt nach materiellen Kriterien. Es ist unerheblich, wer die formelle Prozesshandlung vornimmt, welche die Behörde unmittelbar zur Abschreibung veranlasst (vgl. Urteile 9C_402/2022 vom 14. November 2022 E. 4.3.1; 2C_564/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.4). In der vorliegenden Angelegenheit ist der Grund für die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens in der Sphäre der Beschwerdeführerin eingetreten. Zwar hat sie nicht selbst den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt (vgl. Bst. B.c i.f. hiervor). Wie die Vorinstanz - zwar in einem anderen Kontext - zutreffend erwägt, ist der Abbruch der Transaktion das Ergebnis eines eigenen, selbst zu verantwortenden Verhaltens der Vertragsparteien (vgl. E. 73 des angefochtenen Urteils). Die Rücktrittserklärung der Tamedia AG kann jedenfalls im Rahmen der Anwendung von Art. 5 VGKE der Beschwerdeführerin zugerechnet werden, zumal die beiden Parteien des Zusammenschlussvorhabens unbestritten massen vereinbart haben, dass die Kosten für das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin übernommen werden (vgl. Bst. D.d des angefochtenen Urteils; Art. 105 Abs. 1 BGG). Insofern ist auch nicht von Belang, dass die Tamedia AG, die den Rücktritt erklärt hat, nicht als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat.

4.3.3. Soweit die Beschwerdeführerin den Grund für den Vertragsrücktritt der Tamedia AG in der Verfahrensführung der Vorinstanz erkennen will, da das vorinstanzliche Verfahren unangemessen lange gedauert habe, ist ihr nicht zu folgen: Die Tamedia AG hat am 20. Dezember 2019 den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt, während die Beschwerde vom 10. Juli 2017 datiert und die Vorinstanz mit Urteil B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 ein erstes Mal mit einem Nichteintretensentscheid über den Rechtsstreit befunden hat (vgl. Bst. B.a hiervor). Auch wenn nicht von der Hand zu weisen ist, dass bei einer ordnungsmässigen Erledigung des ersten Rechtsgangs (Verfahren B-3871/2017) die Fällung eines Sachurteils wahrscheinlich gewesen wäre, lässt sich daraus nicht folgern, dass die Vorinstanz die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Nach dem Ausgeführten ist zumindest im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten auferlegt hat. Die Beschwerdeführerin hätte auch unter Anwendung von Art. 5 Satz 1 VGKE die Verfahrenskosten getragen. Eine Verletzung von Art. 63 Abs. 1 VwVG liegt diesbezüglich ebenso nicht vor.

4.4. Zu überprüfen verbleibt die Höhe der auferlegten Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 35'000.-- im Lichte des als verletzt gerügten Äquivalenzprinzips.

4.4.1. Gerichtskosten sind Kausalabgaben, weshalb sie dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügen müssen (vgl. BGE 141 I 105 E. 3.3.2; 133 V 402 E. 3.1; Urteil 2C_689/2022 vom 17. Januar 2025 E. 8.2). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der abzugeltenden Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs. Dabei darf auf Durchschnittserfahrungen abgestellt werden, weshalb die Gebühren nicht in jedem Fall genau dem erbrachten Verwaltungsaufwand entsprechen müssen. Sie sollen jedoch nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Bei ihrer Festsetzung darf innerhalb eines gewissen Rahmens der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt Rechnung getragen werden (vgl. BGE 145 I 52 E. 5.2.3; 141 I 105 E. 3.3.2; 139 III 334 E. 3.2.3 f.). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. BGE 145 I 52 E. 5.2.4; 141 I 105 E. 3.3.2 i.f.; vgl. auch Urteil 2C_689/2022 vom 17. Januar 2025 E. 8.2).

4.4.2. Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz für den Nichteintretensentscheid im ersten Rechtsgang (Verfahren B-3871/2017) unter Berücksichtigung der Umstände die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.-- festlegte (vgl. Urteil des BVGer B-3871/2017 vom 3. Mai 2018 E. 58 f.). Sodann weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz in anderen Angelegenheiten mit einem Streitwert von Fr. 5 Mio., die zudem in ein Sachurteil mündeten, regelmässig Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 20'000.-- erhob. Dabei wurde dort in der Begründung ausdrücklich erwogen, dass das Verfahren aufwändig gewesen sei und das Studium zahlreicher Akten und umfangreicher Rechtsschriften erforderlich gemacht habe sowie Zwischenverfügung erforderlich gewesen seien (vgl. Urteile des BVGer B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 E. 13; A-8638/2010 vom 15. Mai 2014 E. 12.2; Art. 105 Abs. 2 BGG).

4.4.3. In der vorliegenden Angelegenheit liegen die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.-- in der oberen Hälfte des Rahmens von Fr. 15'000.-- bis Fr. 50'000.--. Dieser Verfahrenskostenrahmen findet gemäss Art. 4 VGKE für sämtliche Angelegenheiten mit einem Streitwert ab Fr. 5 Mio. Anwendung. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, wie der Betrag von Fr. 35'000.-- zustande kommt (vgl. E. 98 f. des angefochtenen Urteils). Dies erweist sich im Lichte des Gehörsanspruchs zumindest als problematisch, da der Verfahrenskostenrahmen von Fr. 15'000.-- bis Fr. 50'000.-- ebenso bei Rechtsstreitigkeiten massgebend ist, deren Streitwert weit über Fr. 5 Mio. liegt. Ob die Vorinstanz damit, wie die Beschwerdeführerin moniert, die Begründungspflicht als Teilgehalt

des Anspruchs auf rechtliches Gehör verletzt, kann im Lichte des Nachfolgenden indes offenbleiben.

4.4.4. Die Vorinstanz hat vorliegend kein Sachurteil, sondern einen Prozessentscheid gefällt.

4.4.4.1. Es stellt sich die Frage, ob der Verfahrenskostenrahmen von Fr. 15'000.-- bis Fr. 50'000.-- für Streitwerte ab Fr. 5 Mio. gemäss Art. 4 VGKE bei reinen Prozessentscheiden im Allgemeinen und insbesondere in der vorliegenden Konstellation zu einer angemessenen Konkretisierung des Äquivalenzprinzips führt. Die Vorinstanz verneinte diese Frage im ersten Rechtsgang. Sie legte die Verfahrenskosten für den Nichteintretensentscheid im Verfahren B-3871/2017 deshalb auf Fr. 5'000.-- fest, obwohl bereits damals der Streitwert der Angelegenheit bei Fr. 5 Mio. lag und sich aus Art. 2 Abs. 3 Satz 2 VGKE der Grundsatz ergibt, dass der Mindestbetrag nach Art. 3 VGKE und Art. 4 VGKE auch bei einer Herabsetzung der Gerichtsgebühr wegen eines wenig aufwändigen Entscheids nicht unterschritten werden darf. Die Vorinstanz wich folglich selbst (zu Recht) von diesem Grundsatz - d. h. vom Mindestbetrag in der Höhe von Fr. 15'000.-- gemäss Art. 4 VGKE - ab, um dem verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzip Nachachtung zu verschaffen.

4.4.4.2. Selbst wenn somit Verfahrenskosten von Fr. 35'000.-- für ein Sachurteil gerechtfertigt gewesen wären, stehen sie im Lichte des vorliegend gefällten Prozessentscheids in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der vorinstanzlichen Leistung. Die Vorinstanz verzichtet im bundesgerichtlichen Verfahren auf eine Vernehmlassung (vgl. Bst. C hiervor). Auch aus dem Sachverhalt des angefochtenen Urteils lässt sich nicht erkennen, inwiefern der Vorinstanz ein erheblicher Aufwand entstanden sein soll. Namentlich war der Rücktritt der Tamedia AG vom Transaktionsvertrag spätestens zu Beginn des Jahres 2020 der Vorinstanz bekannt (vgl. Urteil 2G_1/2020 vom 12. Juni 2020 E. 2.2). Angesichts des erst vier Jahre später ergangenen Nichteintretensentscheids stand das vorinstanzliche Verfahren im Zeitpunkt des Eintritts der Gegenstandslosigkeit offenkundig nicht kurz vor Fällung eines Sachurteils. Im Übrigen führte das von der Beschwerdeführerin gestellte Ausstandsgesuch gegen den Vorsitzenden der Vorinstanz zu einem eigenständigen Verfahren, in dem separate Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- erhoben wurden (vgl. Bst. I.h des angefochtenen Urteils mit Hinweis auf das Urteil des BVGer B-4117/2020 vom 30. September 2020 E. 6). Ferner hatte die Vorinstanz auch nicht den mutmasslichen Ausgang des vorliegenden Verfahrens zu eruieren (vgl. Art. 5 Satz 2 VGKE).

4.4.5. Im Lichte des Gesagten verletzt die Vorinstanz mit der Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 35'000.-- im Rahmen des vorliegenden Prozessentscheids klarerweise das Äquivalenzprinzip und begeht einen qualifizierten Ermessensfehler. Die von der Beschwerdeführerin subeventualiter beantragte Rückweisung der Angelegenheit zur neuen Entscheidung über die Verfahrenskosten erscheint angesichts der bereits erreichten Verfahrensdauer allerdings nicht angezeigt. Im Lichte des Umstands, dass die Vorinstanz für den Prozessentscheid im ersten Rechtsgang (Verfahren B-3871/2017) Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- für ver-

hältnismässig erachtet hat, sind die Verfahrenskosten für das vorinstanzliche (gegenstandslos gewordene) Verfahren B-3859/2019 (zweiter Rechtsgang) im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 BGG) und unter Anwendung von Art. 5 Satz 1 VGKE ebenfalls auf Fr. 5'000.-- festzusetzen (vgl. auch Art. 67 BGG).

4.5. Im Lichte des Dargelegten ist dem von der Beschwerdeführerin gestellten Eventualantrag, der auf einen gänzlichen Verzicht auf die Auferlegung von Verfahrenskosten abzielt, teilweise, d. h. im Umfang einer Reduktion von Fr. 30'000.-- auf Fr. 5'000.--, stattzugeben. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Vorinstanz im Lichte des über vier Jahre dauernden Verfahrens B-3859/2019, das lediglich in einen (fälschlicherweise auf Nichteintreten lautenden) Prozessentscheid mündete, den Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV verletzte (zum Beschleunigungsgebot siehe Urteil 2C_64/2023 vom 26. November 2024 E. 12, zur Publikation vorgesehen; vgl. auch Urteil 2C_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.6).

5.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde im Umfang des Eventualantrags teilweise als begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. Da das Dispositiv des angefochtenen Urteils mit Bezug auf die Verfahrenskosten unter Anwendung von Art. 5 Satz 1 VGKE ("Kosten bei gegenstandslosen Verfahren") abzuändern ist (vgl. E. 4.4.5 hiervor), muss zugleich das Verfahren B-3859/2019 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben werden (vgl. E. 3.6 hiervor). Demnach sind die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils vom 12. Dezember 2023 aufzuheben und entsprechend neu zu formulieren. Im Hinblick auf den Hauptantrag und auf den Eventualantrag, soweit mit diesem ein vollständiger Verzicht auf die Auferlegung von Verfahrenskosten beantragt wird, erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie diesbezüglich abzuweisen ist.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Verfahrenskosten von Fr. 35'000.-- im vorinstanzlichen Verfahren mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet worden sind. Soweit die Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 35'000.-- bereits geleistet hat, ist ihr nach der Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 12. Dezember 2023 und der Neuformulierung, wonach die (vorinstanzlichen) Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- der Beschwerdeführerin auferlegt werden, somit ein Betrag von Fr. 30'000.-- zurückzuerstatten.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht die um 50 % reduzierten Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der WEKO sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; vgl. Urteil 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 12.3). Die WEKO hat der Beschwerdeführerin im Umfang des teilweisen Obsiegens für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Der WEKO ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2023 werden aufgehoben.

2.

Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Dezember 2023 werden wie folgt neu gefasst:

"2.

Das Verfahren B-3859/2019 wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt."

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

5.

Die WEKO hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

6.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, mitgeteilt.

B 7

Kantonale Gerichte
 Tribunaux cantonaux
 Tribunali cantionali

B 7

1. Urteil vom 3. Februar 2025 des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen betreffend Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums

Urteil B 2024/198 vom 3. Februar 2025 der Abteilung II des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen in Sachen Prof. Dr. A. ___, Beschwerdeführer, vertreten durch [...] gegen Anwaltskammer, Vorinstanz. Gegenstand: Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums im Kanton St. Gallen.

Das Verwaltungsgericht stellt fest:
A.
a.

B. __ erkundigte sich mit E-Mail vom 13. August 2024 bei der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen, ob ein ihm in Aussicht gestelltes Praktikum bei Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. A. __ als eine Tätigkeit «bei einem st. gallischen Rechtsanwalt» im Sinn von Art. 4 Abs. 6 PBR gelte. Rechtsanwalt C. __ führe ein Büro in der Stadt St. Gallen und eines in Y. __. Dessen Steuerpflicht bestehe «50/50» zwischen St. Gallen und Y. __. Er (B. __) werde ausschliesslich im Büro in St. Gallen arbeiten; dieses Büro sei als Nebenzkanzlei zu der in Y. __ gelegenen Hauptkanzlei eingetragen.

Die Kammerschreiberin der Anwaltskammer teilte B. __ am 19. August 2024 mit, entscheidend für die Qualifikation als Praktikum bei einem «st. gallischen Rechtsanwalt» sei, dass dieser im st. gallischen Anwaltsregister eingetragen sei (act. 7.1).

b.

Im Hinblick auf einen mit B. __ geschlossenen Arbeitsvertrag ersuchte Prof. C. __ die Anwaltskammer mit E-Mail vom 21. August 2024 um Bestätigung, dass B. __ bei ihm ein voll anrechenbares Anwaltspraktikum absolvieren könne (act. 7.2). In der Folge entspann sich ein längerer E-Mail-Verkehr zwischen Prof. C. __ und der Anwaltskammer, worin unterschiedliche Auffassungen zur Anrechenbarkeit eines Praktikums im Anwaltsbüro Prof. C. __s in St. Gallen zum Ausdruck kamen (act. 7.3 ff.).

c.

Am 5. September 2024 stellte Prof. C. __ bei der Anwaltskammer ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung mit folgenden Rechtsbegehren (act. 7.8):

1. Es sei festzustellen, dass Anwaltspraktika im Zweitbüro in St. Gallen als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege nach Art. 14 Abs. 1 lit. c des Anwaltsgesetzes bzw. Art. 4 Abs. 6 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements anerkannt sind.

2. Eventualiter sei festzustellen, dass das zwischen ihm und B. __ bestehende Praktikumsverhältnis nach Art. 14 Abs. 1 lit. c des Anwaltsgesetzes bzw. Art. 4 Abs. 6 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege anerkannt wird.

3. Die gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 beantragten Feststellungen seien als vorsorgliche Massnahme in dem Sinn zu verfügen, dass die bis zur Rechtskraft im Hauptverfahren geleistete Praktikumstätigkeit als Praktikum für die Anwaltsprüfung im Kanton St. Gallen anrechenbar sei.

d.

Mit Verfügung vom 3. Oktober 2024 wies die Anwaltskammer die Feststellungsbegehren und den Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, es stehe den Kantonen frei, für ihre Praktika über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen hinaus detaillierte Bestimmungen aufzustellen. Überlasse schon das spezifisch für den Anwaltsberuf bestimmte bundesrechtliche Freizügigkeitsgesetz den Kantonen grundsätzlich die Befugnis, Regeln über das Praktikum aufzustellen, so gelte dies erst recht bezüglich des Binnenmarktgesetzes. Ein praktikumsleitender Anwalt im Sinn von Art. 4 Abs. 6 PBR müsse im Anwaltsregister eingetragen sein. Zweck dieser Bestimmung sei die Gewährleistung eines Mindestmasses an juristischer Praktikumserfahrung in der st. gallischen Rechtspflege. Dies wiederum bedinge, dass der Rechtsanwalt, der den Praktikanten anleite, selbst überwiegend in der st. gallischen Rechtspflege tätig sei und nicht «nur» ein Nebenbüro im Kanton St. Gallen betreibe. Ein in einem anderen Kanton registrierter Anwalt sei somit nicht schwerpunktmässig im Kanton St. Gallen tätig. Die Anforderung des Eintrags im st. gallischen Anwaltsregister gewährleiste auch, dass der Praktikant an seinem st. gallischen Arbeitsort die nötige Anleitung erhalte. Nur so lasse sich die in Art. 4 Abs. 6 PBR statuierte Mindestanforderung sicherstellen und überprüfen. Die Eintretensfrage, ob Prof. C. __ überhaupt berechtigt sei, eine Feststellungsverfügung zu verlangen, liess die Anwaltskammer offen, weil die Feststellungsbegehren ohnehin in der Sache unbegründet seien (act. 2).

B.
a.

Gegen die Verfügung der Anwaltskammer (fortan: Vorinstanz) vom 3. Oktober 2024 erhob Prof. C. __ (fortan:

Beschwerdeführer) am 9. Oktober 2024 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Er stellte (unter Kosten- und Entschädigungsfolge) folgende Anträge:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2024 sei aufzuheben, eventualiter zur Neuurteilung in der Hauptsache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass Anwaltspraktika im Zweitbüro in St. Gallen als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege nach Art. 14 Abs. 1 lit. c des Anwaltsgesetzes bzw. Art. 4 Abs. 6 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements anerkannt sind.
3. Eventualiter sei festzustellen, dass das zwischen ihm und B.____ bestehende Praktikumsverhältnis nach Art. 14 Abs. 1 lit. c des Anwaltsgesetzes bzw. Art. 4 Abs. 6 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege anerkannt wird.
4. Die Feststellungen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 bzw. Ziffer 3 seien als vorsorgliche Massnahme in dem Sinn zu verfügen, dass die bis zur Rechtskraft im Hauptverfahren geleistete Praktikums-tätigkeit als Praktikum für die St. Galler Anwaltsprüfung anrechenbar sei.

Zur Begründung dieser Anträge brachte der Beschwerdeführer zusammengefasst vor, die Rechtsauslegung der Vorinstanz sei unzutreffend und zudem verfassungswidrig, da sie die Wirtschaftsfreiheit verletze. So sei ein Zweitbüro im Kanton St. Gallen als Teil der st. gallischen Rechtspflege einzuordnen. Die von der Vorinstanz als Voraussetzung für eine Anrechenbarkeit eines Praktikums geltend gemachte Eintragung im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen finde weder im Gesetz noch in den Materialien eine Stütze. Bei seinem Zweitbüro handle es sich um ein voll ausgestattetes Anwaltsbüro mit zwei Arbeitsplätzen. Das Festhalten an der Eintragungsvoraussetzung sei darüber hinaus überspitzt formalistisch. Des Weiteren verletze die Auffassung der Vorinstanz das Binnenmarktgesetz, da sie zu einer verpönten verdeckten Marktzutrittsschranke führe. Zur Frage der Verletzung des Binnenmarktgesetzes sei ein Gutachten bei der Wettbewerbskommission einzuholen. B.____ habe seine vorangehende Stelle schon gekündigt und die Arbeit bei ihm (dem Beschwerdeführer) auf Zusehen hin aufgenommen. Deshalb habe nicht nur er (der Beschwerdeführer), sondern auch B.____ ein dringendes Interesse an einer Klärung der Angelegenheit und dem Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme (act. 1).

b.

Auf Anfrage des Abteilungspräsidenten teilte C.____, Leiter Binnenmarkt im Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO), am 10. Oktober 2024 mit, dass mit der Erstattung eines Gutachtens zur Anwendung des Binnenmarktgesetzes innerhalb von fünf bis zehn Wochen nach der gerichtlichen Anfrage zu rechnen sei (act. 9).

c.

Die Vorinstanz ersuchte mit Vernehmlassung vom 17. Oktober 2024 um Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf die Erwägungen der angefochtenen Verfügung. Hinsichtlich des Antrags des Beschwerdeführers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen führte sie aus, dass eine vorsorgliche Anerkennung des Praktikums den zu regelnden Zustand präjudizieren würde. Deshalb sei dieser Verfahrensantrag ebenfalls abzuweisen (act. 6).

d.

Mit Verfügung vom 23. Oktober 2024 wies der Abteilungspräsident den Antrag des Beschwerdeführers auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab, soweit er darauf eintrat. Im Übrigen lud er die WEKO ein, ein Gutachten zur Rechtsfrage zu erstatten, ob eine kantonale Bestimmung, die (im Zusammenhang mit der Festlegung der Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents [Art. 3 Abs. 1 BGFA]) vorsieht (bzw. so ausgelegt wird), dass ein Anwaltspraktikum, das bei einem ausserkantonal eingetragenen Rechtsanwalt mit zweitem Kanzleistandort im eigenen Kanton an diesem Zweitstandort absolviert wird, für die Zulassung zur Anwaltsprüfung im eigenen Kanton nicht bzw. nur teilweise angerechnet wird, mit Binnenmarktrecht (insbesondere Art. 3 Abs. 1 und 3 BGBM) zu vereinbaren ist.

e.

Am 16. Dezember 2024 erstattete die WEKO das in Auftrag gegebene Rechtsgutachten. Sie gelangte zusammengefasst zur Auffassung, dass die der Fragestellung zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation in den Geltungsbereich des BGBM falle. Das BGFA enthalte bezüglich juristischer Praktika keine spezialgesetzlichen Bestimmungen, welche die Anwendung des BGBM ausschliessen würden. In Bezug auf das Anwaltsrecht des Kantons St. Gallen gehe das BGBM als Bundesgesetz dem kantonalen Recht und dessen Anwendung vor. Für einen ausserhalb des Kantons St. Gallen im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt führe der Umstand, dass für die Anrechenbarkeit angebotener Praktika in der st. gallischen Rechtspflege eine Eintragung verlangt werde, zu einem Verstoß gegen das Recht auf einen freien Marktzugang bzw. zu einer diskriminierenden Beschränkung des Marktzugangs. Dabei sei zu berücksichtigen, dass nur ein Eintrag in einem einzigen kantonalen Anwaltsregister möglich sei, und zwar dort, wo die hauptsächlichen Aktivitäten entfaltet würden. Die vorliegend zu beurteilende Beschränkung des Marktzugangs sei nicht zulässig, insbesondere weil ein zwischen ortsansässigen und ortsfremden Anwaltskanzleien unterscheidender Registereintrag kein geeignetes und insbesondere kein erforderliches Kriterium für eine Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege im Hinblick auf die Ausbildung von Rechtspraktikanten darstelle. Die Praxis der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen, wonach bei einem ausserkantonal eingetragenen Rechtsanwalt mit zweitem Kanzleistandort in St. Gallen eine Beschäftigung von Praktikanten für die Zulassung zur Anwaltsprüfung nicht bzw. nur teilweise angerechnet werde, sei damit nicht mit dem BGBM vereinbar (act. 13).

Das Verwaltungsgericht brachte den Verfahrensbeteiligten dieses Gutachten mit Schreiben vom 20. Dezember 2024 zur Kenntnis.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Zunächst sind die Eintretensvoraussetzungen zu prüfen.

1.1.

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2024 (act. 2). Darin wies diese das Begehren des Beschwerdeführers um Feststellung ab, dass Anwaltspraktika in seinem Zweitbüro in St. Gallen (vollumfänglich) als praktische Tätigkeiten in der st. gallischen Rechtspflege im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c des Anwaltsgesetzes (sGS 963.70, AnwG) und Art. 4 Abs. 6 des Prüfungs- und Bewilligungsreglements für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.73, PBR) anerkannt seien (act. 2). Die vorliegende Streitigkeit betrifft die anwaltliche Berufsausübung des Beschwerdeführers und fällt in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (SR 943.02, BGBM; eingehend hierzu nachstehende E. 2.3.1 sowie act. 13, Rz 13 ff.). Die Vorinstanz war deshalb verpflichtet, auf Gesuch des Beschwerdeführers hin eine Verfügung über die von ihm gerügte Beschränkung (act. 7.8, Rz 40 ff.) des freien Zugangs zum Markt zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM), und bejahte – jedenfalls im Ergebnis – zu Recht ein Feststellungsinteresse (act. 2, E. 2b; vgl. auch Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM und BBl 2005 465, 489 f., betreffend das Feststellungsinteresse der WEKO), zumal der Kanton St. Gallen keinen gesonderten rechtsgestaltenden Akt für die Zulassung zum Anbieten von Anwaltspraktika vorsieht (vgl. auch die Ausführungen der Vorinstanz zu der im Kanton St. Gallen nicht vorhandenen «Homologierung», act. 2, E. 2d). Im Übrigen trifft die Auffassung des Beschwerdeführers zu (act. 1, Rz 14), dass ein materieller Entscheid über ein Feststellungsbegehren zwangsläufig nur dann gefällt werden kann, wenn auf das Feststellungsbegehren eingetreten wird.

1.2.

Das Verwaltungsgericht ist für die Beurteilung der Beschwerde sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 AnwG; siehe auch Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BGBM). Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung, worin sämtliche seiner die Hauptsache betreffenden Begehren abgewiesen wurden (act. 2), zur Beschwerde berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen die Verfügung vom 3. Oktober 2024 (act. 2) wurde am 9. Oktober 2024 (act. 1) rechtzeitig erhoben. Sie erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 41 AnwG in Verbindung mit Art. 64 und Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Darauf ist einzutreten.

1.3.

Das Verwaltungsgericht hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung unter dem Aspekt der Anrechenbarkeit

von Anwaltspraktika noch nicht über die Bedeutung des Eintrags des für die Praktikumsleitung verantwortlichen (in einem anderen kantonalen Anwaltsregister eingetragenen) Anwalts im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen zu befinden. Deshalb ergeht der vorliegende Entscheid in Fünferbesetzung (Art. 18 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 des Gerichtsgesetzes, sGS 941.1, GerG)

2.

Mit Blick auf die Anrechenbarkeit praktischer Tätigkeiten als Voraussetzung für die Zulassung zur Anwaltsprüfung (Art. 14 lit. c AnwG und Art. 7 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, SR 935.61, BGFA) vertritt die Vorinstanz die Auffassung, der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen sei notwendiger Bestandteil der Tatbestandsmerkmale «praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege» im Sinn von Art. 14 lit. c AnwG bzw. «st. gallischer Rechtsanwalt» im Sinn von Art. 4 Abs. 6 PBR. Der Beschwerdeführer hält diese Auslegung für unzutreffend.

2.1.

Zur Anwaltsprüfung im Kanton St. Gallen wird gemäss Art. 14 AnwG zugelassen, wer: so-wohl die fachlichen Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 BGFA (lit. a) als auch die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 lit. a bis lit. c BGFA erfüllt (lit. b) und sich über praktische Tätigkeiten in der st. gallischen Rechtspflege ausweist (lit. c). Die nähere Umschreibung der Bewilligungsvoraussetzungen überliess der kantonale Gesetzgeber dem Kantonsgericht (Art. 42 lit. a AnwG). Dieses legte in Art. 4 Abs. 1 PBR fest, dass als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege eine juristische Tätigkeit von wenigstens einem Jahr im Kanton St. Gallen nach Abschluss des Rechtsstudiums gilt. Als juristische Tätigkeit wird die Tätigkeit bei Gerichten, bei Rechtsanwälten, bei der Staatsanwaltschaft sowie bei Rechtsdiensten von Behörden des Kantons und Gemeinden anerkannt (Art. 4 Abs. 3 PBR). In jedem Fall wird eine wenigstens halbjährige Tätigkeit an einem st. gallischen Gericht oder bei einem st. gallischen Rechtsanwalt verlangt (Art. 4 Abs. 6 PBR).

2.2.

Die WEKO hat ein Rechtsgutachten (Art. 10 Abs. 1 BGBM) zur Frage erstattet, ob die Auffassung der Vorinstanz (vgl. E. 2 hiervor) mit eidgenössischem Binnenmarktrecht vereinbar ist. Rechtsgutachten der WEKO sind, wie diese selbst ausführt (act. 13, Rz 4), für die rechtsanwendenden Behörden nicht verbindlich (siehe auch den Hinweis in BBl 1995 I 1213, 1276, wonach die Gutachten der WEKO den rechtsanwendenden Behörden bei der Beurteilung des konkreten Falles Hilfe leisten können). Allerdings ist ihnen – nicht zuletzt mit Blick auf die Funktion der WEKO, für eine einheitliche Handhabung des Binnenmarktrechts in den Kantonen besorgt zu sein (vgl. die verschiedenen Handlungsinstrumente der WEKO im 4. Abschnitt des BGBM) – erhebliches Gewicht beizumessen. Es bedürfte insofern triftiger Gründe, um von der im Gutachten 16. Dezember 2024 zur Ausdruck kommenden Rechtsauffassung abzuweichen. Solche Gründe sind nicht ersichtlich, so dass die

nachfolgenden binnenmarktrechtlichen Ausführungen im Wesentlichen der Analyse der WEKO folgen.

2.3.

2.3.1.

Bei der Anwaltstätigkeit handelt es sich um eine gewerbliche Tätigkeit, die nicht als hoheitlich zu qualifizieren ist und die damit in den Geltungsbereich des BGBM fällt (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Die anwaltliche Tätigkeit in einer Kanzlei umfasst die anwaltliche Arbeitsorganisation und insbesondere auch die Möglichkeit, Praktikanten einzustellen (act. 13, Rz 12 sowie BGer 2C_85/2008 und 2C_94/2008 vom 24. September 2008 E. 2.2, E. 5.3 und E. 6.1 [in BGE 134 V 329 nur teilweise publ.]). Art. 7 Abs. 3 BGFA enthält keine eigentlichen Marktzugangsregeln, sondern sieht lediglich vor, dass für die Zulassung zum Anwaltspraktikum der Abschluss eines juristischen Studiums mit dem Bachelor genügt. Auch die übrigen Bestimmungen des BGFA beinhalten keine Normen, welche die Anwendung der Marktzugangsregeln des BGBM in Bezug auf die Zulassung zum Anwaltspraktikum ausschliessen würden. Zwar steht es den Kantonen frei, für (die Zulassung zu) Anwaltspraktika detailliertere Bestimmungen zu erlassen, was sich aus Art. 3 Abs. 1 BGFA ergibt (BGE 146 II 309 E. 4; BGer 2C_887/2020 vom 18. August 2021 E. 6.2). Die Kantone haben indessen bei Ausübung ihrer Rechtsetzungskompetenzen – ebenso wie die kantonalen Behörden bei der Auslegung kantonalen Anwaltsrechts – das BGBM zu berücksichtigen. Dieses gilt nämlich gemäss konstanter Rechtsprechung auch dann, wenn die erlassene kantonale Regelung über den vom BGFA vorgegebenen Rahmen hinausgeht (act. 13, Rz 15 ff. mit Hinweisen u.a. auf BGE 134 II 329 E. 5.4 und BGE 141 II 280 E. 5.2.1).

2.3.2.

Als Wirtschaftsbeteiligte können sich Anwälte auf einen freien Marktzugang berufen, um ihre Tätigkeit auszuüben, wenn sie am Herkunftsort zu deren Ausübung berechtigt sind (Art. 2 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 BGBM; act. 13, Rz 23 f. mit Hinweis u.a. auf BGE 141 II 280 E. 5.3). Diesbezüglich kann mit der WEKO (act. 13, Rz 25) ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der im Anwaltsregister des Kantons Y. eingetragene Beschwerdeführer (eingesehen am 3. Januar 2025) zur Ausbildung von Anwaltspraktikanten im Kanton Y. (Herkunftsort) berechtigt ist (siehe § 3 und § 5 des Anwaltsgesetzes des Kantons Y.). Eine Beschränkung des Marktzugangs im Sinn des BGBM kann sich auch in einer Schwierigkeit oder Unannehmlichkeit bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit äussern, wobei diese Unannehmlichkeit das Ergebnis einer Anpassung an die Anforderungen der Vorschriften des Bestimmungsortes sein und sich in zusätzlichen Kosten oder anderen Hindernissen zeigen kann (act. 13, Rz 24). Zur Freiheit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit zählt auch die anderen Anwaltskanzleien offenstehende Möglichkeit, Anwaltspraktikanten anzustellen und auszubilden, denen ihre Praktikumsstätigkeit an die Anwaltsprüfung angerechnet wird. Die Verweigerung dieser Möglichkeit durch die Vorinstanz stellt für den Beschwerdeführer einen Wettbewerbsnachteil bzw. eine Beschränkung des Marktzugangs dar (act. 13, Rz 25 f.).

2.3.3.

Die Anrechenbarkeit eines Anwaltspraktikums in der st. gallischen Rechtspflege knüpft nach der Praxis der Vorinstanz an den Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen an, was zu einer Ungleichbehandlung mit ausserkantonale eingetragenen Anwälten und einer Beschränkung des Marktzugangs führt (act. 13, Rz 31). Die Vorinstanz hält das Erfordernis eines solchen Registereintrags des Praktikumsleiters mit Blick auf die Ausbildung für zulässig, weil damit sichergestellt werde, dass der Anwaltspraktikant mit dem kantonalen Recht sowie den – nicht näher konkretisierten – örtlichen Gegebenheiten vertraut gemacht werde (act. 2, E. 3c).

2.3.3.1.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie kumulativ: gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (lit. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (lit. b) und verhältnismässig (lit. c) sind. Die Beweislast für die Zulässigkeit einer Beschränkung des Marktzugangs liegt bei der den Marktzugang beschränkenden Behörde, vorliegend bei der Vorinstanz (act. 13, Rz 29 mit Hinweis u.a. auf BGE 125 I 474 E. 3).

2.3.3.2.

Die Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten ist als öffentliches Interesse an einer Beschränkung des Marktzugangs an-erkannt und ergibt sich auch aus der Rechtsprechung zu den identischen öffentlichen Interessen an einer Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit (BBI 2005 465, 486, BGE 104 Ia 196 und act. 13, Rz 32; vgl. auch BGer 2P.59/2007 vom 12. Juni 2007 E. 5.1). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM muss die vorliegende Marktzugangsbeschränkung indessen «unerlässlich» zur Interessenwahrung und gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM verhältnismässig sein. Weil der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen für sich allein keinen Aufschluss darüber gibt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Anwalt in der st. gallischen Rechtspflege effektiv tätig und damit vertraut ist (vgl. auch ABI 2001 2751, 2764, sowie hierzu E. 3.2 hiernach), erweist sich der von der Vorinstanz geforderte Registereintrag weder als erforderlich noch hinreichend geeignet, um den Kriterien einer verhältnismässigen, geschweige denn einer unerlässlichen Beschränkung des Marktzugangs zu genügen (act. 13, Rz 36 ff.). Dass in anderen Kantonen eingetragene Anwälte vermutungsweise ebenfalls über die für die Wahrung eines hinreichenden Ausbildungsstandes bei der Betreuung von Anwaltspraktikanten im Kanton St. Gallen erforderlichen Fachkenntnisse verfügen, ergibt sich im Übrigen aus Art. 4 Abs. 1 BGFA, wonach in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Personen in der gesamten Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor den Gerichtsbehörden und damit auch in der st. gallischen Rechtspflege vertreten können (act. 13, Rz 33). Dieser vom Bundesgesetzgeber gefällte Wertungsentscheid findet sein Korrelat in Art. 18 Abs. 2 erster Halbsatz AnwG, wonach der Praktikant «unter Leitung und Verantwortung eines in einem kanto-

nen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalts» zu stehen hat.

2.3.4.

Zusammengefasst handelt es sich beim von der Vorinstanz verlangten Eintrag ins Anwaltsregister des Kantons St. Gallen um eine binnenmarktrechtlich unzulässige Beschränkung (act. 13, Rz 42 und Rz 48 f.), wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt (act. 1, Rz 50 ff.). Weil der Beschwerdeführer einen Geschäftssitz im Kanton St. Gallen besitzt, kann vorliegend offenbleiben, ob die in Art. 18 Abs. 2 AnwG vorgesehene Voraussetzung eines Geschäftssitzes im Kanton St. Gallen BGBM-konform ist (zur eher kritischen Beurteilung der WEKO siehe act. 13, Rz 43 ff. und Rz 50). Damit erfüllt der Beschwerdeführer die an den Geschäftssitz anknüpfende, die Vertrautheit mit der st. gallischen Rechtspflege gewährleistende Voraussetzung (eingehend hierzu E. 3.2 hiernach) für die Leitung von Anwaltspraktikanten im Kanton St. Gallen im Sinn von Art. 18 Abs. 2 zweiter Halbsatz AnwG.

3.

Die an den Eintrag in das Anwaltsregister des Kantons St. Gallen anknüpfende Praxis der Vorinstanz erweist sich nicht nur als bundesrechtswidrig (E. 2.3.4 hiervor), sondern beruht auch auf einer unzutreffenden Anwendung des kantonalen Rechts, wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht (act. 1, Rz 40 ff.) und sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt:

3.1.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das Erfordernis des Eintrags im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen keinen Niederschlag im Wortlaut der massgebenden kantonalen Vorschriften (vgl. dazu E. 2.1 hiervor) gefunden hat. Bei deren Auslegung fällt sodann ins Gewicht, dass der Nachweis der fachlichen Eignung eines Anwalts zur Anleitung von Anwaltspraktikanten gemäss Art. 18 Abs. 2 AnwG bereits mit dem Eintrag in (irgend)einem kantonalen Anwaltsregister erbracht ist (E. 2.3.3.2 hiervor). Deshalb und weil ein Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen für sich allein nichts darüber aussagt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Anwalt in der st. gallischen Rechtspflege effektiv tätig und mit der st. gallischen Rechtspraxis vertraut ist (vgl. E. 2.3.3.2 hiervor), ergibt sich aus der (insbesondere systematischen und teleologischen) Auslegung von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG und Art. 4 Abs. 6 PBR keine sachlich überzeugende Rechtfertigung dafür, – in Abweichung vom ausdrücklich in Art. 18 Abs. 2 AnwG gefällten gesetzgeberischen Wertungsentscheid – ein zusätzliches Erfordernis in Form des Eintrags im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen her-zuleiten.

3.2.

Gegen die von der Vorinstanz vertretene Auffassung (act. 2, E. 3c f.), dass der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen für den Ausweis einer praktischen Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG bzw. einer Tätigkeit bei einem st. gallischen Rechtsanwalt im Sinn von Art. 4 Abs. 6 PBR aussagekräftig und erforderlich ist, sprechen auch

die Gesetzesmaterialien; So geht aus der Botschaft zum II. Nachtragsgesetz zum Anwaltsgesetz vom 4. Dezember 2001 hervor, dass die Vertrautheit mit der st. gallischen Rechtspflege bzw. Rechtspraxis durch den als Tatbestandsmerkmal definierten Geschäftssitz im Kanton St. Gallen gewährleistet werde (ABI 2001 2751, 2764 zu Art. 18). Der Beschwerdeführer verfügt im Kanton St. Gallen über eine Geschäftsadresse bzw. einen Zweitsitz. Bei diesem handelt es sich nicht um eine bloss «Briefkastenadresse». Gemäss unbestritten gebliebener, nachvollziehbarer und mit dem Internetauftritt korrespondierender Angabe des Beschwerdeführers ist das Büro in St. Gallen für eine Anwaltstätigkeit ausgestattet. Die Steuerbehörden gehen sodann von einer geografischen Tätigkeitsaufteilung von je 50 % aus (act. 7.8, Rz 28 f., und act. 1, Rz 20 und Rz 33 f.). Es besteht deshalb kein sachlicher Grund, die vom Beschwerdeführer und dessen Praktikanten am st. gallischen Zweitgeschäftssitz ausgeübte anwaltliche Beschäftigung nicht als praktische Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG und als eine Tätigkeit im Kanton St. Gallen im Sinn von Art. 4 Abs. 1 PBR zu betrachten bzw. den Beschwerdeführer für die hier geleistete Arbeit nicht als st. gallischen Rechtsanwalt im Sinn von Art. 4 Abs. 6 PBR zu behandeln. Am Rande ist zu bemerken, dass der Beschwerdeführer seinen privaten Hauptwohnsitz ebenfalls in der Stadt St. Gallen hat.

Die in Art. 4 Abs. 1 PBR vorgenommene Legaldefinition einer praktischen Tätigkeit in der st. gallischen Rechtspflege im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG erweist sich ausserdem als abschliessend. Mit anderen Worten bestimmt Art. 4 Abs. 1 PBR erschöpfend, was als «st. gallisch» im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG gilt. Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 6 PBR bzw. der darin genannten Mindestanforderung bildet ein funktionelles und nicht ein zusätzliches, im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1 PBR eigenständiges geografisches Anliegen. So differenziert Art. 4 Abs. 6 PBG die anrechenbare Praktikumsdauer von Tätigkeiten bei Anbietern innerhalb der st. gallischen Rechtspflege nach der funktionellen Stellung, indem die Bedeutung einer Praktikums-tätigkeit bei der Staatsanwaltschaft, bei Rechtsdiensten von Behörden des Kantons und der Gemeinden (Art. 4 Abs. 3 PBR) sowie bei Rechtsdiensten privater Unternehmen (Art. 4 Abs. 4 PBR) relativiert bzw. die Bedeutung einer den anwaltlichen Monopolbereich besonders betreffenden Tätigkeit bei einem st. gallischen Gericht oder st. gallischen Rechtsanwalt hervorgehoben wird. Dass Art. 4 Abs. 6 PBR das darin verfolgte funktionelle Anliegen mit einer geografischen Angabe verknüpft, kann lediglich als eine Wiederholung der sich aus der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 PBR ergebenden Anforderung – eine Tätigkeit im Kanton St. Gallen – verstanden werden. Diese Sichtweise wird im Übrigen – nebst der materiell systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG und Art. 4 Abs. 1 PBR – mit der formell systematischen Stellung der Regelung von Art. 4 Abs. 6 PBR bekräftigt.

Die Rechtsanwendung der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer allein aufgrund des fehlenden Eintrags im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen die Vertrautheit mit der st. gallischen Rechtspflege bzw. seiner im Kanton

St. Gallen geleisteten Tätigkeit den st. gallischen Charakter im Sinn von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG abzusprechen, ist deshalb mit dem kantonalen Recht nicht zu vereinbaren.

3.3.

Die langjährige Praxis (act. 2, E. 3h) der Vorinstanz zum Stellenwert des Eintrags im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen scheint zudem hauptsächlich durch die frühere, vor Inkrafttreten des BGFA am 1. Juni 2002 herrschende Rechtslage geprägt zu sein. Die Vorinstanz trägt dabei dem Umstand zu wenig Rechnung, dass der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen im Kontext der vorliegend interessierenden Thematik mit dem Erlass des BGFA an (materieller) Aussagekraft verloren hat. So enthielt aArt. 18 Abs. 2 AnwG (nGS 29-44) in der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung (nGS 37-102) noch das Erfordernis, dass der Praktikant unter Leitung und Verantwortung eines im Kanton St. Gallen oder in einem Nachbarkanton niedergelassenen Rechtsanwalts mit Bewilligung zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen zu stehen habe. Anders als unter der Herrschaft des BGFA (siehe hierzu BGE 131 II 639 E. 3.3 und E. 3.5 sowie STAEHELIN/OETIKER, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, 2011, N 5 zu Art. 5 BGFA) konnten sich Anwälte zuvor in mehreren kantonalen Registern eintragen lassen; so auch im Kanton St. Gallen, wo sämtliche (und damit auch ausserkantonal niedergelassene) Inhaber der Bewilligung zur Berufsausübung in das Register eingetragen wurden (aArt. 7 AnwG). Bei einem in einem anderen Kanton niedergelassenen Bewerber genügte in der Regel für den Nachweis der in aArt. 13 AnwG vorgesehen allgemeinen Voraussetzungen für eine Berufsausübungsbewilligung, dass er dort zur Berufsausübung befugt ist (aArt. 16 AnwG; siehe auch ABI 1992 839, 858). Das Anwaltsregister des Kantons St. Gallen beinhaltete damit abschliessend und ungeachtet des Ortes der Niederlassung alle Anwälte, die zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen befugt waren. Mit anderen Worten war der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen in der früheren Fassung des AnwG noch gleichbedeutend mit der Befugnis zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen, insbesondere durch einen in einem anderen Kanton niedergelassenen Anwalt im Sinn des entsprechenden Tatbestandsmerkmals von aArt. 18 Abs. 2 AnwG («[...] mit Bewilligung zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen.»). Einzig der Eintrag im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen erbrachte damals den Nachweis zur Berufsausübungsbewilligung im Kanton St. Gallen und folglich auch der damit zwangsläufig anzunehmenden Vertrautheit mit der st. gallischen Rechtspflege.

Diese Ausgangslage veränderte sich mit dem Erlass von Art. 4 BGFA, wonach Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der (gesamten) Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten können. In der Folge und in Nachachtung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Freizügigkeit ersetzte der kantonale Gesetzgeber denn auch das bisherige für die Praktikumsleitung und -verantwortung zentrale Tatbestandsmerkmal «mit Bewilligung zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen» (deren Nachweis ehemals nur durch einen Eintrag im Anwalts-

register des Kantons St. Gallen erbracht werden konnte) durch das inhaltlich gleichbedeutende Tatbestandsmerkmal «in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalts» (Art. 18 Abs. 2 AnwG).

4.

In Anbetracht des Umstands, dass der Beschwerdeführer zur Berufsausübung im Kanton St. Gallen befugt ist und dort einen im Vergleich mit dem Hauptgeschäftssitz gleichwertigen Zweitgeschäftssitz in St. Gallen betreibt (siehe E. 3.2 hiavor), erfüllen die unter seiner Leitung am Zweitgeschäftssitz im Kanton St. Gallen tätigen Anwaltspraktikanten ungeachtet des fehlenden Eintrags des Beschwerdeführers im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG bzw. von den diesen Artikel konkretisierenden Art. 4 Abs. 1 und Abs. 6 PBR. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verstösst sowohl gegen eidgenössisches (vgl. E. 2 hiavor) als auch kantonales Recht (vgl. E. 3 hiavor).

5.

5.1.

Gemäss vorstehenden Erwägungen ist die angefochtene Verfügung in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und festzustellen, dass die unter der Leitung und Verantwortung des Beschwerdeführers am Zweitgeschäftssitz im Kanton St. Gallen tätigen Anwaltspraktikanten die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG und Art. 4 Abs. 6 PBR erfüllen.

5.2.

Weil sich weder das Verwaltungsgericht noch (soweit ersichtlich) das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung mit den vorliegend umstrittenen Rechtsfragen zu befassen hatten, wird umständehalber auf die Erhebung amtlicher Kosten sowohl für das vorliegende Verfahren in der Hauptsache als auch das Zwischenverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 8) verzichtet (Art. 97 VRP). Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von CHF 1'500 ist ihm vollumfänglich zurückzuerstatten.

5.3.

Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer einen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98^{bis} VRP). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung (sGS 963.75, HonO) pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat keine Kostennote eingereicht. In der vorliegend zu beurteilenden Angelegenheit erscheint mit Blick auf die sich stellenden Rechtsfragen, den einfachen Schriftenwechsel, die Durchsicht des Rechtsgutachtens und die damit notwendigen Aufwände eine pauschale Entschädigung von CHF 2'600 (CHF 2'500 zuzüglich 4 % Barauslagen [Art. 28^{bis} HonO], CHF 100) angemessen. Weil der Beschwerdeführer mehrwertsteuerpflichtig ist (siehe dessen Eintrag im UID-Register; eingesehen am 3. Januar 2025) und weder ersichtlich noch geltend gemacht worden ist, er sei nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, hat er keinen Anspruch auf Ent-

schädigung der von seinem Anwalt in Rechnung gestellten Mehrwertsteuer.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung vom 3. Oktober 2024 aufgehoben und festgestellt, dass die unter der Leitung und Verantwortung des Beschwerdeführers am Zweitgeschäftssitz im Kanton St. Gallen tätigen Anwaltspraktikanten die Voraus-

setzungen von Art. 14 Abs. 1 lit. c AnwG und Art. 4 Abs. 6 PBR erfüllen.

2.

Es werden keine amtlichen Kosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von CHF 1'500 wird ihm vollumfänglich zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz entschädigt den Beschwerdeführer ausseramtlich mit CHF 2'600 (einschliesslich Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer).

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs
------	------------------------------

GebrV

GRUR

GU

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPR	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten 866
 abgestimmte Verhaltensweise 675, 677, 685, 709 ff., 867
 869
 Abrede 674 ff., 684 ff., 690, 692 ff., 703 ff., 724, 738, 785,
 812, 815 f., 825, 838, 848, 865 ff.
 Acquiring -
 Anhörung 872
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 664 f.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 718 f.
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 819
 Erheblichkeit 679, 686, 715 f., 718
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte 669 f.

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis -
 Interchange Fee 716
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 674 f.,
 712, 848

Koppelungsgeschäft 888

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 728, 798, 841 f.

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 663, 676 f., 684, 703, 843,
 850 ff., 855 f., 874

Marktgegenseite 676, 701 f., 712, 840, 849 f.

Marktorganisation -

Marktstruktur -

Marktzutrittsschranken 863

Meldepflicht 669 f., 674 ff., 848 f., 854, 861

Missbrauch 670 ff., 676, 680, 694, 696, 701, 753, 790 f.,
 812 ff., 819 f., 822, 828, 836 f., 840 ff.

N

Netzwerk 710, 812, 832 f.

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 704

Preisabrede 678, 685, 694, 712 f., 866

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 662, 665

R

Rabatte 678, 685, 713

Reduktion der Sanktion 869

S

Sanktionen 870

Senkung Herstellkosten -

Submission -

Submissionskartell -

T

Tarife -

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 680, 721, 812 ff., 819 f., 842, 845 f., 865 f.,
869 f.

unzulässige Wettbewerbsabrede 674, 677, 684 f., 698,
700, 703 f., 865

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 820, 837 f., 840, 843, 867 f.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 677, 684, 816, 865

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X**Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -
