



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

2020/3b

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.20/3b)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

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

2020/3b

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 2020

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission ¹
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

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

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

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

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza ¹
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss	1233
	2. Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics	1266
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Arrêt du 30 octobre 2019 Dargaud (Suisse) SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français	1300
	2. Arrêt du 30 octobre 2019 Les Editions Flammarion SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français	1364
	3. Arrêt du 30 octobre 2019 Albert Le Grand SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français	1422
	4. Urteil vom 25. Juni 2019 betr. Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	1480
	5. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 – Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	1513
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 11. Februar 2020 – Publikation der Sanktionsverfügung bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2019	1530
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1537
	Index (deutsch, français e italiano)	1539

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

B 2 **Bundesverwaltungsgericht** **Tribunal administratif fédéral** **Tribunale amministrativo federale**

B 2	7. Untersuchungen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss

Stellungnahme vom 20. Mai 2020 in Sachen Prüfung gemäss Art. 103 LFG betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss wegen allfällig unzulässiger staatlicher Beihilfen gemäss Art. 13 LVA für Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

A **Sachverhalt**

A.1 **Gegenstand**

1. Die Schweizerische Eidgenossenschaft (nachfolgend: Bund) beabsichtigt, die von der Corona-Pandemie stark betroffene Schweizer Luftfahrt in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen zugunsten der Fluggesellschaften Swiss International Air Lines AG, Basel (nachfolgend: SWISS) und Edelweiss Air AG, Kloten (nachfolgend: Edelweiss) zu unterstützen.

2. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (nachfolgend: BAZL) hat per E-Mail vom 10. Mai 2020 die geplanten Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und der Edelweiss der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Prüfung gemäss Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG)¹ unterbreitet (nachfolgend: Anmeldung). Danach hat die WEKO zu prüfen, ob es sich bei den geplanten Unterstützungsmassnahmen um eine mit dem Luftverkehrsabkommen (LVA)² vereinbare staatliche Beihilfe handelt.

A.2 **Verfahren**

A.2.1 **Verfahren betreffend die Ausarbeitung der Unterstützungsmassnahmen**

3. Die Fluggesellschaft SWISS hat um konkrete finanzielle Unterstützung des Bundes ersucht.³

4. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 8. April 2020 das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zusammen mit dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beauftragt, einen Vorschlag auszuarbeiten, um die von der Corona-Pandemie

stark betroffene Luftfahrtindustrie der Schweiz vorübergehend mit Liquidität zu unterstützen.⁴

5. An seiner Sitzung vom 29. April 2020 hat der Bundesrat entschieden, die Fluggesellschaften SWISS und Edelweiss bei der Überbrückung von Liquiditätsengpässen mit Garantien zu unterstützen. Der Bundesrat beschloss, den Eidgenössischen Räten Verpflichtungskredite⁵ von insgesamt CHF 1,875 Mia. zu beantragen⁶:

¹ Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 784.0).

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit dem 1.6.2002), SR 0.748.127.192.68.

³ Anmeldung, Ziff. 2.2, Gesuche sind ebenfalls von easyjet Switzerland SA, faktische Tochtergesellschaft der easyJet plc, Vereintes Königreich (nachfolgend: easyjet Switzerland) sowie den an allen Landesflughäfen aktiven flughafen Unternehmen Swissport International, Gategroup und SR Technics eingegangen.

⁴ Medienmitteilung vom 8.4.2020 «Coronavirus: Bundesrat prüft Überbrückungsfinanzierung für Luftfahrtindustrie», <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78741.html>> (15.5.2020).

⁵ Sollen über das laufende Voranschlagsjahr hinaus wirkende finanzielle Verpflichtungen eingegangen werden, so ist in der Regel ein Verpflichtungskredit einzuholen (Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 7.10.2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt [Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0]). Der Verpflichtungskredit setzt den Höchstbetrag fest, bis zu dem der Bundesrat für einen bestimmten Zweck finanzielle Verpflichtungen eingehen kann (Art. 21 Abs. 2 FHG). Gemäss Art. 21 Abs. 4 Bst. e FHG sind Verpflichtungskredite für die Übernahme von Bürgschaften und sonstigen Gewährleistungen erforderlich.

⁶ Die Bundesversammlung [...] beschliesst über neue [...] Verpflichtungskredite und Zahlungsrahmen mit dem Voranschlag und seinen Nachträgen oder mit besonderen Beschlüssen. Sie nimmt die Staatsrechnung ab (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13.12.2002 über die Bundesversammlung [Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10]). Sie wählt dafür die Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 25 Abs. 2 ParlG). Sie legt in Kreditbeschlüssen den Zweck und die Höhe der Kredite fest. Ausserdem kann sie darin die Rahmenbedingungen der Kreditverwendung, den zeitlichen Ablauf der Projektverwirklichung und die Berichterstattung durch den Bundesrat näher regeln (Art. 25 Abs. 3 ParlG).

CHF 1,275 Mia. zur Sicherung der Darlehen an Schweizer Fluggesellschaften und CHF 600 Mio. zur Unterstützung von flugnahen Betrieben an den Landesflughäfen.⁷

6. Mit Schreiben vom 29. April 2020 an die Finanzkommissionen der Eidgenössischen Räte begründete der Bundesrat seinen Antrag für den Verpflichtungskredit für Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen zu Gunsten von Linienbetrieben der schweizerischen Luftfahrt sowie für die Unterstützung von flugnahen Betrieben.⁸ Anlässlich der ausserordentlichen Session vom 4. - 6. Mai 2020⁹ bewilligte das Parlament am 6. Mai 2020 den vom Bundesrat beantragten Verpflichtungskredit zur Unterstützung der SWISS und Edelweiss (CHF 1,275 Mia.) sowie der flugnahen Betriebe (CHF 600 Mio).¹⁰

7. Gestützt auf die bereits vorgängig ausgehandelten und den Parlamentskommissionen zur Verfügung gestellten Eckwerte («Term Sheets») werden zurzeit die verschiedenen Verträge mit den beteiligten Parteien (Bund, Banken, Fluggesellschaften) final verhandelt (vgl. Kap. A.3.5). Nach der Einigung und nach Eingang der Beurteilung der WEKO werden diese Verträge unterzeichnet.¹¹

A.2.2 Einbezug der Wettbewerbsbehörden

8. Mit Schreiben vom 24. April 2020 informierte das BAZL das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) über die Pläne des Bundes für eine allfällige Unterstützung der Luftfahrtindustrie. Im Vordergrund würden dabei Garantien des Bundes für Fluggesellschaften stehen. Bezugnehmend auf Art. 103 LFG erkundigte sich das BAZL, in welcher Form die WEKO zu begrüssen sei und wie viel Zeit dazu benötigt werde.

9. Das Sekretariat führte im Antwortschreiben am gleichen Tag aus, dass allfällige Unterstützungsmassnahmen zugunsten der Luftfahrt beim Sekretariat vor Inkraftsetzung angemeldet werden müssen und präzisierete, welche Angaben die Anmeldung notwendigerweise enthalten müsse, um die Beihilfenprüfung zu ermöglichen.

10. Am 10. Mai 2020 ging die Anmeldung der Beihilfen vorab in elektronischer Version beim Sekretariat ein.

11. Da die Anmeldung nicht alle für die Beurteilung notwendigen Angaben enthielt, stellte das Sekretariat dem BAZL am 12. Mai 2020 Rückfragen, welche vom BAZL in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Finanzverwaltung (nachfolgend: EFV), deren Rechtsvertreter und dem Beratungsunternehmen Deloitte am 14. Mai 2020 beantwortet wurden (nachfolgend: Erläuterungen vom 14.5.2020).

A.3 Beschreibung der Massnahme

A.3.1 Von der Massnahme betroffene Unternehmen¹²

12. SWISS und Edelweiss sind Schwestergesellschaften welche sich zu 100 % im Eigentum und unter Kontrolle der Air Trust AG, Zug (nachfolgend: Air Trust) befinden. Die Air Trust ist zu 100 % im Eigentum und unter Kontrolle der Deutsche Lufthansa AG, D-Köln (nachfolgend: Lufthansa). SWISS und Edelweiss beschäftigten im Jahresdurchschnitt 2019 rund 9100 Mitarbeitende (rund 7700 Vollzeitäquivalente) bzw. rund 1150 Mitarbeitende

(rund 1000 Vollzeitäquivalente). Beide Fluggesellschaften sind eigenständige Unternehmen, welche über alle für die selbständige Geschäftsführung relevanten Funktionen verfügen. Aufgrund der Einbettung in die Lufthansa-Gruppe ergeben sich sowohl auf der Kostenseite (Investitionen und operationelle Beschaffungskosten) als auch auf der Ertragsseite (Verkaufssysteme, aufeinander abgestimmte Flugverbindungsnetzwerke) positive Synergieeffekte.

13. SWISS operiert in der Schweiz primär ein Hub-System ab dem Flughafen Zürich mit einem Marktanteil gemessen an beförderten Passagieren von rund [50 – 60] %. [...] der Marktanteil in Genf beträgt rund [10 – 20] %. Während des Sommerflugplans 2019 führte SWISS ab Zürich 94 und ab Genf 39 Destinationen. Für den Winterflugplan 2019/2020 legte sie ab Zürich 80 und ab Genf 25 Destinationen auf. Im Jahr 2019 wurden in der Schweiz total 463'000 Tonnen Luftfracht ein- und ausgeführt, davon wurden ebenfalls [50 – 60] % von der SWISS transportiert.

14. Edelweiss operiert ausschliesslich ab Zürich und bedient primär die touristischen Feriendestinationen des Konglomerats. Ihr Marktanteil im Passagiergeschäft beträgt rund [0 – 10] %. Während des Sommerflugplans 2019 führte Edelweiss ab Zürich 68 Destinationen und legte für den Winterflugplan 2019/2020 39 Ziele auf. Etwa [60 – 70] % ihres Umsatzes generiert Edelweiss über die Verkaufskanäle der SWISS. Obwohl der Einsatz ihrer Kurz- und Langstreckenflotte primär auf Ferienzele ausgerichtet ist, trägt sie mit einem kleineren Anteil ebenfalls zum Hub-System der SWISS bei. Weder SWISS noch Edelweiss bieten Flüge ab Basel an. Der Anteil von Edelweiss an der im Jahr 2019 in der Schweiz total ein- und ausgeführten Luftfracht betrug [0 – 10] %.

⁷ Erst nach Bewilligung der Verpflichtungskredite durch das Parlament werden die nötigen Verträge mit den beteiligten Parteien (Banken, Fluggesellschaften) abgeschlossen, vgl. Medienmitteilung vom 29.4.2020 «Coronavirus: Bundesrat konkretisiert Unterstützung für Luftfahrtunternehmen», <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78944.html>> (15.5.2020); Anlässlich dieser Medienkonferenz wurde vom BR ebenfalls kommuniziert, dass easyjet Switzerland den Liquiditätsbedarf durch seinen Mutterkonzern decken können sollte. Die Voraussetzungen für ein subsidiäres Engagement des Bundes seien zum heutigen Zeitpunkt somit nicht gegeben. Mit einem Umsatzvolumen unter CHF 500 Mio. habe easyjet Switzerland zudem die Möglichkeit, einen COVID-Überbrückungskredit zu beantragen.

⁸ Schreiben des Bundesrates an die Finanzkommissionen der Eidgenössischen Räte vom 29.4.2020 betr. Dritte Nachmeldung zum Nachtrag 1/20 - Verpflichtungskredite zur Unterstützung der kritischen Infrastrukturen der Luftfahrt während der COVID-19-Krise; Nachtragskredit (zit. Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen).

⁹ Die Sitzungen in Kürze (SDA) - Ausserordentliche Session, 4. - 7.5.2020, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/sessions/sda-ausserordentliche-session-2020>> (15.5.2020).

¹⁰ Die Unterstützung der flugnahen Betriebe ist nicht Gegenstand der vorliegenden Beihilfeprüfung; Damit der Bund neben den Fluggesellschaften SWISS und Edelweiss auch Unternehmen vom Fracht- und Gepäckabwicklung, des Unterhalts und der Verpflegung an den Landesflughäfen unterstützen kann, brauchte es eine neue gesetzliche Grundlage im LFG, welche vom Parlament verabschiedet wurde, vgl. Bundesgesetz über die Luftfahrt, Änderungen vom 6.5.2020, <<https://www.parlament.ch/centers/epar/curia/2020/20200039/Schlussabstimmungstext%201%20SN%20D.pdf>> (15.5.2020).

¹¹ Erläuterungen vom 14.5.2020 (Rz 11), 5.

¹² Darstellung gemäss Erläuterungen vom 14.5.2020, 1 f.

15. SWISS generierte im Jahr 2019 einen Jahresumsatz von total CHF 5,4 Mia.¹³ Edelweiss verbuchte im Jahr 2019 einen Jahresumsatz von total CHF 729 Mio.¹⁴

A.3.2 Hintergrund der Massnahme¹⁵

16. Der Hintergrund der beabsichtigten Unterstützung der Fluggesellschaften SWISS und Edelweiss – deren Fortbestand der Bund als zentral für die Schweizer Volkswirtschaft erachtet – seien die durch die Corona-Pandemie verursachten Liquiditätseingänge dieser beiden Gesellschaften.

17. So wird vom BAZL aufgezeigt, welche Auswirkungen der COVID-19-Ausbruch auf die Luftfahrtindustrie und insbesondere auf die Fluggesellschaften SWISS und Edelweiss hat. Danach habe die Ausweitung der COVID-19-Pandemie bereits im Februar 2020 zu einer spürbaren Zurückhaltung der Bevölkerung in Bezug ihre internationale Reisetätigkeit geführt, was einen Rückgang der Auslastung von SWISS und Edelweiss verursacht und die Fluggesellschaften teilweise auch zu Anpassungen bei der von ihnen angebotenen Kapazität veranlasst habe.

18. Entscheidend für den Einbruch der Passagier- und Flugbewegungszahlen seien indes die von der Schweiz erlassenen Einreisebeschränkungen gewesen.¹⁶ Diese ausserordentlichen Einreisebeschränkungen für die Schweiz bedeuten im Grundsatz eine Einreiseverweigerung für sämtliche Ausländerinnen und Ausländer, die aus dem Ausland gemäss Anhang der COVID-19-Verordnung¹⁷ in die Schweiz einreisen wollen.¹⁸ Die ausserordentlichen Einreisebeschränkungen gelten grundsätzlich bis zu deren Aufhebung durch den Bundesrat.¹⁹

19. Neben den vom Bundesrat erlassenen Einreisebeschränkungen für die Schweiz seien auch die von zahlreichen anderen Staaten ergriffenen Massnahmen für SWISS und Edelweiss relevant. Um die Ausbreitung des Virus einzudämmen, hat die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten am 16. März 2020 empfohlen, nicht notwendige Reisen aus Drittländern in die EU zu beschränken.²⁰ Nach Einschätzung des BAZL ist auf Stufe EU frühestens Anfang Juni 2020 mit ersten massgeblichen Lockerungen zu rechnen. Die USA haben am 13. März 2020 ein Einreiseverbot für Personen, die sich innerhalb eines Zeitraums von 14 Tagen vor der Einreise in einem Schengen-Staat aufgehalten haben, erlassen.²¹ Nach heutigem Kenntnistand ist derzeit für das BAZL nicht absehbar, wann dieses Einreiseverbot aufgehoben wird. Weltweit haben praktisch alle Staaten mehr oder weniger weitgehende Reisebeschränkungen erlassen.

20. Die beschriebenen Massnahmen hätten bei SWISS und Edelweiss dazu geführt, dass die überwiegende Mehrheit der Passagiere nicht mehr berechtigt war, ihre gebuchten Flüge anzutreten. SWISS und Edelweiss hätten in der Folge sehr viele Flüge annulliert. Das BAZL hat dazu die statistischen Daten der Flugbewegungen, Passagierzahlen und Frachtzahlen der grössten Linien- und Charterflugbetriebe auf den drei Landesflughäfen der Monate November 2019 bis April 2020 eingereicht.²² Daraus ist ersichtlich, dass sich im März 2020 alle Zahlen gegenüber dem Vorjahresmonat halbiert haben und im April 2020²³ faktisch um 100 % gegenüber dem Vor-

jahresmonat zusammengebrochen sind. Die Auswirkungen der verschiedenen behördlichen Anordnungen auf die Passagierzahlen von SWISS und Edelweiss sind in untenstehender Grafik auf Basis Kalenderwoche (KW) ersichtlich. Ab dem Zeitpunkt der erwähnten Einreisebeschränkungen durch den Bundesrat (KW 11 und KW 12) sind die Passagierzahlen von SWISS und Edelweiss am Flughafen Zürich massiv eingebrochen, seit KW 15 beträgt der Einbruch praktisch 100 % (dies gilt auch für den Flughafen Genf).

¹³ CHF [4 – 5] Mia. Passagiererträge, CHF [0 – 1] Mia. Frachterträge und CHF [0 – 1] Mia. übrige Erträge.

¹⁴ CHF [700 – 800] Mio. Passagiererträge und CHF [0 – 100] Mio. Frachterträge.

¹⁵ Darstellung gemäss Anmeldung (3, 9) und Erläuterungen vom 14.5.2020 (2 - 4).

¹⁶ Der Bundesrat hat im Rahmen der COVID-19-Verordnung 2 (Fn 17) am 13.3.2020 ausserordentliche Einreisebeschränkungen an der Grenze zu Italien erlassen. Mit Beschluss vom 16.3.2020 wurden diese Einreisebeschränkungen auf Frankreich, Deutschland und Österreich und mit Beschluss vom 18.3.2020 auf Spanien sowie auf sämtliche Drittstaaten ausserhalb des Schengen-Raumes, insbesondere für das Vereinigte Königreich, Irland, Bulgarien, Rumänien, Kroatien und Zypern ausgedehnt. Am 24.3.2020 schliesslich wurden die Einreisebeschränkungen auf alle verbleibenden Schengen-Staaten mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein ausgedehnt.

¹⁷ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2), SR 818.101.24.

¹⁸ Vom Einreiseverbot erfasst werden insbesondere Einreisen von Ausländerinnen und Ausländern als Dienstleistungsempfänger, Touristen, Besucher, Teilnehmende an Veranstaltungen, zur Stellensuche oder Vorstellungsgespräche sowie zur Einreichung eines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Darunter fallen auch Personen, deren Erwerbstätigkeit oder Dienstleistungserbringung bisher nicht meldepflichtig gewesen sind (EU/EFTA).

¹⁹ COVID-19-Verordnung 2, Art. 12.

²⁰ Seit der Annahme des entsprechenden koordinierten Beschlusses werden die Reisebeschränkungen in allen EU-Ländern (ausser Irland) und allen assoziierten Schengen-Ländern (Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz) angewendet. Die meisten EU-Länder haben auch weitreichende Reisebeschränkungen für Reisen innerhalb der EU bzw. des Schengen-Raumes erlassen (z.B. gilt in Deutschland der Grundsatz, dass Reisende ohne triftigen Reisegrund nicht mehr ein- und ausreisen dürfen).

²¹ Ausnahme: insbesondere Personen mit amerikanischer Staatsangehörigkeit.

²² Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.

²³ Die Daten von Basel liegen noch nicht vor.

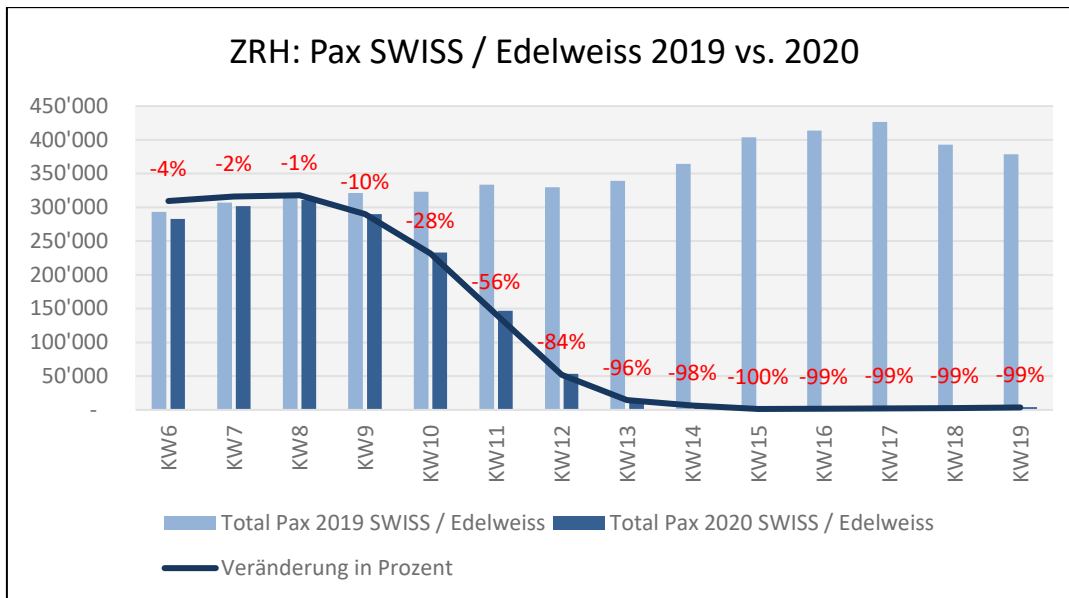


Abbildung 1: Verlauf Passagierzahlen (Pax) KW6 bis KW19, 2019 und 2020. Darstellung: BAZL.

21. Die weggebrochenen Umsätze sowie die Rückzahlung der bereits bezahlten Flugtickets im Rahmen der COVID-19-Krise belasten die finanzielle Situation stark. Der Bedarf zur Überbrückung der Liquiditätsengpässe wird auf CHF 1,5 Mia. geschätzt.

22. Gemäss dem Beratungsunternehmen Deloitte²⁴ fanden im Zuge der Analysen umfassende Diskussionen mit den Darlehensnehmern hinsichtlich möglicher «Marktlösungen» ohne Einbeziehung von Staatshilfe statt. Aufgrund der Ausgangslage hinsichtlich COVID-19 und dem faktischen Grounding der Darlehensnehmer und grundsätzlichen Unsicherheiten in Bezug auf die zukünftige Entwicklung der Luftfahrt sei offenkundig geworden, dass – jedenfalls für die gesamte Höhe des Darlehens²⁵ – keine Marktlösungen in der notwendigen Zeit bereitstehen würden. Es hätten folglich keine dritten Finanzierungspartner am Markt identifiziert werden können, welche eine Finanzierung an die Darlehensnehmer in der notwendigen Gesamthöhe von CHF 1,5 Mia. ohne Beteiligung des Bundes bereitgestellt hätten, und das unabhängig von sonstigen Konditionen wie Zins und anderer Bedingungen.

A.3.3 Form der Unterstützungsmassnahme

23. Die Unterstützung erfolgt in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen²⁶ von Banken zugunsten der beiden Linienbetriebe SWISS und Edelweiss.

A.3.4 Gesetzliche Grundlage der Unterstützungsmassnahme

24. Gemäss Art. 101 Abs. 1 LFG kann der Bund der schweizerischen Luftfahrt an den Betrieb regelmässig beflogener Linien Beiträge oder Darlehen gewähren. Empfänger solcher Leistungen des Bundes sind schweizerische Fluggesellschaften.²⁷

25. Es ist vorgesehen, SWISS und Edelweiss mittels Ausfallbürgschaften zu Gunsten der finanzierenden Banken zu unterstützen. Dabei handelt es sich um Fi-

nanzhilfen gemäss Art. 3 Abs. 1 SuG²⁸. Voraussetzung für die Gewährung von Subventionen (Finanzhilfen oder Abgeltungen) ist

- eine ausreichende gesetzliche Grundlage (vorliegend Art. 101 Abs. 1 LFG) und
- ein entsprechender Kreditbeschluss (Voranschlags- oder Verpflichtungskredit) der Bundesversammlung (vorliegend der Bundesbeschluss des Parlaments vom 6. Mai 2020, Rz 6).

26. Wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Bund die Verpflichtung tatsächlich eingehen, d.h. die entsprechenden Verträge unterzeichnen.²⁹

27. Die konkrete Gewährung der Finanzhilfe, d.h. die Unterzeichnung der Verträge, sei noch nicht erfolgt.

²⁴ Erläuterungen vom 14.5.2020, 6.

²⁵ Es wird präzisiert, dass für kleinere Beträge, welche jedoch nicht den Gesamtbedarf gedeckt und somit eine abschliessende Lösung bedeuteten hätten, Marktlösungen denkbar gewesen wären. Allerdings hätte sich durch solche, nicht ausreichende Lösungen, insbesondere die Möglichkeit verschlechtert, für eine verbleibende Lösung unter Einbeziehung des Bundes noch ausreichende und akzeptable Sicherheiten zu stellen.

²⁶ Nachfolgend werden die Begriffe Kredit und Darlehen als synonym betrachtet.

²⁷ Vgl. Botschaft über die Finanzierung des Redimensionierungskonzeptes für die nationale Zivilluftfahrt vom 7. November 2001 (Swissair), BBl 2001 6439 6473.

²⁸ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG), SR 616.1.

²⁹ Subventionen werden entweder durch Verfügung oder wie vorliegend mittels Verträgen gewährt, Erläuterungen vom 14.5.2020, Ausführung der EFV unter Berufung auf Art. 16 SuG.

A.3.5 Vertragswerke zur Konkretisierung der Unterstützungsmassnahme

28. Bei der geplanten Unterstützungsmassnahme handelt es sich um eine Bürgschaft des Bundes für einen Konsortialkredit, welcher im Wesentlichen die folgenden Verträge (nachfolgend zusammen: Vertragswerke) umfasst, die zum Zeitpunkt der vorliegenden Beurteilung im Entwurfsstadium vorliegen:

- «Revolving Credit Facility Agreement» zwischen SWISS / Edelweiss und den involvierten Banken. Als Garantgeber wird dieser Vertrag auch vom Bund zu unterzeichnen sein;³⁰
- «Surety Agreement» (Bürgschaftsvertrag bzw. Garantievertrag) zwischen dem Bund und den involvierten Banken;³¹
- «Security Agreement» (Sicherheitsvereinbarung) zwischen dem Bund und den involvierten Banken.³²

29. Als darlehensgebende Banken fungieren [...] und [...].³³

A.3.6 Umfang und Dauer der Massnahme

30. Der Bund bürgt für 85 % des Kreditvolumens, welches maximal CHF 1,5 Mia. beträgt.³⁴ Es handelt sich dabei um eine Ausfallbürgschaft³⁵ (keine Solidarbürgschaft). Die Verluste werden anteilig zu gleichen Bedingungen vom Bund und den beteiligten Banken getragen.

31. [...].³⁶

32. [...]. Der Bund hat gemäss Security Agreement ein sog. «Step-in Right», d.h. er hat das Recht – nicht aber die Pflicht –, die Finanzierung und damit auch die Sicherheiten (inkl. der Aktien der SWISS, Edelweiss bzw. Air Trust) vor der Verwertung der Banken zu übernehmen. Diesbezüglich wird in der Anmeldung betont, dass es bei der beabsichtigten Aktienpfändung in erster Linie um die Sicherung der Ansprüche der Darlehensgläubiger und des Bürgschaftsgebers gehe und der Bund keine Kapitalbeteiligung an den betreffenden Gesellschaften anstrebe.³⁷

33. Die Laufzeit des Darlehens beträgt [...] Jahre.³⁸ SWISS hat bei Bedarf die Möglichkeit, die Laufzeit zweimal um ein Jahr zu verlängern.³⁹ Die Banken bzw. der Bund haben die Möglichkeit zuzustimmen, aber nicht die Pflicht.⁴⁰

34. Die Garantie des Bundes ist grundsätzlich unbefristet⁴¹, orientiert sich jedoch zwangsläufig an der Laufzeit des Darlehens.

A.3.7 Garantieprämie

35. Der Bund erhält eine Garantieprämie auf 85 % des Darlehensbetrags (detailliertere Ausführungen dazu finden sich in Kap. C.3.2.1.1).

A.3.8 Garantiebedingungen

36. Die Bürgschaft des Bundes wird ergänzt durch den Entwurf einer «Vereinbarung über standortpolitische Auflagen an die Lufthansa-Gruppe», welche insbesondere folgende Eckwerte umfasst:⁴²

- Proportionale Entwicklung der SWISS zu den Luftfahrtgesellschaften der Lufthansa-Gruppe, soweit nicht marktspezifische Gründe entgegenstehen;
- Proportionaler Wiederaufbau der Langstrecken gemessen an der Entwicklung der deutschen Drehscheiben Frankfurt und München;
- Zulieferverkehr («Feeder») auf das Portfolio der Langstreckenverbindungen erfolgt weiterhin grossmehrfach mit den Kurzstreckenflotten der SWISS und Edelweiss;
- Zusicherung, dass den Reisebüros die bezahlten und aufgrund der COVID-19-Pandemie nicht durchgeführten Flüge bis am 30. September 2020 zurückerstattet werden;
- Klimaziele des Bundesrates gelten unverändert.

B Formelles

B.1 Zuständigkeit

37. Am 2. Juni 2002 ist das zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft beschlossene LVA in Kraft getreten. In Art. 13 LVA werden die Beihilfen geregelt.⁴³

38. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind, soweit das Abkommen nicht etwas anderes bestimmt, staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaates gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen. In den Absätzen 2 und 3 werden sodann «Vereinbarkeiten» einer staatlichen Beihilfe mit dem Abkommen geregelt.

³⁰ Anmeldung, Beilage 5.

³¹ Anmeldung, Beilage 6.

³² Anmeldung, Beilage 7.

³³ Schedule 1, Entwurf Revolving Credit Facility Agreement.

³⁴ Ziff. 2.1 (a), Entwurf Surety Agreement.

³⁵ Art. 495 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220): «Hat sich der Bürge nur zur Deckung des Ausfalls verpflichtet (Schadlosbürgschaft), so kann er erst belangt werden, wenn gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt [...]».

³⁶ Ziff. 1.1, Entwurf Revolving Credit Facility Agreement (Definition «Total Commitments»).

³⁷ Anmeldung, 5 f., Erläuterungen vom 14.5.2020, 5.

³⁸ Ziff. 1.1, Entwurf Revolving Credit Facility Agreement (Definition «Original Termination Date»).

³⁹ Ziff. 5, Entwurf Revolving Credit Facility Agreement.

⁴⁰ Ziff. 5 (e), Entwurf Revolving Credit Facility Agreement.

⁴¹ Ziff. 2.1 b, Entwurf Surety Agreement.

⁴² Anmeldung, 4 f.

⁴³ In Verbindung mit Art. 12 LVA gelten die Bestimmungen auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten.

39. Während das LVA den Gemeinschaftsorganen in den meisten Fällen die Anwendung und Kontrolle der Wettbewerbsregeln übertragen hat (Art. 11 LVA)⁴⁴, bleibt die Überwachung der staatlichen Beihilfen gemäss Art. 14 LVA im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Vertragspartei (Zwei-Säulen-System). Diese Bestimmung beinhaltet nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht für die Schweiz, alle Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit den materiellen Regeln über staatliche Beihilfen zu überprüfen.⁴⁵

40. Somit ist die Schweiz gemäss Art. 14 LVA für die Überprüfung der Beihilfen nach Art. 13 LVA in der Schweiz zuständig, wobei Sorge zu tragen ist, dass die EU-Kommission über Verfahren in Kenntnis gesetzt wird, mit denen die Einhaltung der Regeln von Art. 12 und 13 LVA sichergestellt werden.

41. Mit Art. 103 LFG wurde die WEKO mit der Aufgabe betraut, die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem LVA zu überprüfen⁴⁶:

III. Überprüfung von Beihilfen

¹ Die Wettbewerbskommission prüft, ob mit Artikel 13 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vereinbar sind:

a. die Entwürfe zu Beschlüssen des Bundesrates, welche bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige im Anwendungsbereich des Abkommens begünstigen, insbesondere Leistungen und Beteiligungen nach den Artikeln 101, 102 und 102a⁴⁷ dieses Gesetzes;

b. [...]

c. [...]

² Die Wettbewerbskommission ist bei der Prüfung vom Bundesrat und von der Verwaltung unabhängig.

³ Die für den Beschluss zuständigen Behörden berücksichtigen das Ergebnis der Prüfung.

42. Die durch den Bundesrat und das Parlament beabsichtigte Unterstützung der beiden Liniengesellschaften SWISS und Edelweiss stützt sich auf Art. 101 Abs. 1 LFG.

43. Die WEKO ist folglich zuständig, die geplanten Unterstützungsmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem LVA zu überprüfen, bevor der Bund die beabsichtigte Finanzhilfe durch Unterzeichnung der Vertragswerke gewährt.

B.2 Verfahren vor der WEKO

44. Während die Zuständigkeit der WEKO in Art. 103 LFG i.V. mit Art. 14 LVA geklärt ist, enthalten weder das LVA noch das Kartellgesetz (KG)⁴⁸ als Instrument der WEKO beihilfespezifische Verfahrensregeln.⁴⁹

45. Gemäss dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 LFG prüft die WEKO, ob die in diesem Artikel genannten Bestimmungen und Massnahmen mit Art. 13 LVA vereinbar sind. Gemäss Abs. 3 berücksichtigen die für den Beschluss zuständigen Behörden das *Ergebnis der Prüfung*.

46. Daraus folgt, dass die «endgültige Entscheidung» im Sinne von Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG über die Gewährung der Beihilfe beim Beihilfegeber (im vorliegen-

den Fall der Bund), und nicht bei der Behörde, welche die Beihilfeprüfung vornimmt (WEKO), liegt.⁵⁰

C Materielles

C.1 Anwendbares materielles Recht

47. Art. 13 LVA stellt das anwendbare materielle Recht für die Beihilfenprüfung dar. Der Beihilfetatbestand von Art. 13 LVA entspricht – mit wenigen Ausnahmen in den Absätzen 2 und 3 betreffend mögliche zulässige Beihilfen – Art. 107 AEUV.

48. In der Literatur wird das LVA als sogenannter partieller Integrationsvertrag bezeichnet, da das LVA in Art. 1 Abs. 2⁵¹ bestimme, dass, soweit die Bestimmungen des Rechts übereinstimmen, sie inhaltlich in Übereinstimmung mit den Präjudizen der Unionsgerichte und der Kommission auszulegen seien. Somit komme der in der Union bestehende *acquis* im Bereich des Luftverkehrs auch zur Anwendung. Die Anwendbarkeit der Art. 107 ff. AUEV sei allerdings auf den Bereich des Luftverkehrssektors begrenzt und finde ausserhalb dieses Bereichs keine Anwendung.⁵²

⁴⁴ Die WEKO bleibt einzig zuständig für binnenrechtliche Sachverhalte (Art. 10 LVA) sowie in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten, wobei sie in letzterem Fall EU-Recht bzw. Art. 8 und 9 LVA anwendet (Art. 11 Abs. 2 LVA).

⁴⁵ Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG) vom 10. September 2003, BBl 2003 6241, 6243.

⁴⁶ Die Zuständigkeit wurde in einem ersten Schritt am 7.3.2003 durch den Bundesrat an die WEKO übertragen. Die gesetzliche Grundlage wurde sodann mit Art. 103 LFG geschaffen. Dieser trat am 1.9.2004 in Kraft.

⁴⁷ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 6. Mai 2020, in Kraft vom 7. Mai 2020 bis zum 31. Dezember 2025 (AS 2020 1493; BBl 2020 3667); Art. 102a wurde anlässlich der ausserordentlichen Session vom 4. – 6. Mai 2020 verabschiedet, um bei Bedarf Finanzierungslösungen durch den Bund für flugnahe Betriebe zu ermöglichen, da das LFG hierfür bis anhin keine gesetzliche Grundlage enthielt.

⁴⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴⁹ Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

⁵⁰ Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56 – 61, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

⁵¹ «Zu diesem Zweck gelten die Bestimmungen, die in diesem Abkommen sowie in den im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien enthalten sind, unter den im Folgenden genannten Bedingungen. Soweit diese Bestimmungen im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des EG-Vertrags und den in Anwendung des EG-Vertrags erlassenen Rechtsvorschriften übereinstimmen, sind sie hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft auszulegen. Die nach Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen werden der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen der letztgenannten Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren dieses Abkommens vom Gemeinsamen Ausschuss festgestellt».

⁵² CLAUDIA SEITZ/STEPHAN BREITENMOSER, Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Europäischen Beihilferechts und des Subventionsrechts der WTO in Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern 2010, 139-165 mit Verweisen auf STEPHAN BREITENMOSER, Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Contents and Context («Sectoral Agreements»), CMLR 2003, 1144 ff., m.w.N.; ANDREAS KELLERHALS/ROGER ZÄCH, Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU, 2007, Rz. 21.

49. Im Anhang des LVA werden nicht alle Rechtsakte, die die Vertragspartei (EU-Kommission) für die materielle Beurteilung der Beihilfen anwendet, aufgelistet. Die Folgen der nach der Unterzeichnung des Abkommens eingetretenen Fortentwicklungen des *acquis* für die Anwendung des LVA wurden nicht abschliessend geklärt. Grundsätzlich sind EU-Regeln, welche nicht im Anhang des LVA aufgeführt sind (wie beispielsweise die *De-minimis*-Verordnung⁵³ oder die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung [AGVO]⁵⁴), nicht Teil der Schweizer Rechtsordnung. Die Schweiz ist jedoch angehalten, die Rechtsprechung der Unionsgerichte zu diesen Rechtsakten zu berücksichtigen, soweit diese für die Auslegung und das gute Funktionieren des Abkommens notwendig ist. Aus diesem Grund wurde in der Vergangenheit zumindest eine indirekte Anwendung bzw. Orientierung an diesen Rechtsakten, die nach dem Inkrafttreten des LVA in Kraft getreten sind, bejaht.⁵⁵

50. Die EU-Kommission hat zudem Akte des *soft law* (Leitlinien, Unionsrahmen, Mitteilungen) angenommen, in welchen sie darlegt, wie sie in Zukunft ihr Ermessen ausüben wird. *Soft law* ist jedoch nur in Bereichen möglich, in denen der Kommission ein Ermessensspielraum zusteht (namentlich bei der Beurteilung, ob eine in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannte Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann) und ist ohne Bindungs- und Rechtswirkung.⁵⁶ In Anbetracht des nicht bindenden Charakters von *soft law* und vor dem Hintergrund, dass Art. 13 LVA quasi Art. 107 AEUV entspricht (vgl. Rz 209), steht einer Orientierung an diesen Akten im Rahmen der Schweizer Beihilfenkontrolle nichts entgegen.

51. Für die Beurteilung, ob die vorliegend zu beurteilenden Unterstützungsmassnahmen mit dem LVA vereinbar sind, orientiert sich die WEKO insbesondere an den nachfolgend genannten EU-Mitteilungen, welche im Zusammenhang mit COVID-19 erlassen wurden.

52. Am 19. März 2020 hat die EU-Kommission auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV die Mitteilung «Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (Befristeter Rahmen)⁵⁷ verabschiedet. Im Befristeten Rahmen wird anerkannt, dass das Wirtschaftsleben in der gesamten EU durch die COVID-19-Pandemie beträchtlich gestört ist. Er bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den in den Beihilfenvorschriften vorgesehenen Spielraum in vollem Umfang zu nutzen, um die Wirtschaft zu unterstützen. Zusammen mit den zahlreichen anderen Unterstützungsmassnahmen, die die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der bestehenden Beihilfenvorschriften ergreifen können, ermöglicht der Befristete Rahmen es den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass Unternehmen aller Art ausreichend Liquidität zur Verfügung haben, um die Aufrechterhaltung der Wirtschaftstätigkeit während und nach der COVID-19-Pandemie zu gewährleisten. Zur Behebung der durch COVID-19 hervorgerufenen Störung sieht der Befristete Rahmen fünf Arten von Beihilfen vor⁵⁸:

i) **direkte Zuschüsse, rückzahlbare Vorschüsse oder Steuervorteile:** Die Mitgliedstaaten können Regelungen zur Gewährung von bis zu EUR 800'000

pro Unternehmen einführen, um dringenden Liquiditätsbedarf zu decken.

ii) **staatliche Garantien für Bankdarlehen an Unternehmen:** Die Mitgliedstaaten können mit staatlichen Garantien dazu beitragen, dass die Banken Firmenkunden mit Liquiditätsbedarf weiterhin Kredite gewähren.

iii) **vergünstigte öffentliche Darlehen an Unternehmen:** Die Mitgliedstaaten können Unternehmen zinsvergünstigte Darlehen gewähren, um zur Deckung des unmittelbaren Betriebs- und Investitionsmittelbedarfs beizutragen.

iv) **Zusicherungen für Banken, die staatliche Beihilfen an die Realwirtschaft weiterleiten:** Einige Mitgliedstaaten planen, Unternehmen – insbesondere kleine und mittlere Unternehmen – über die bestehenden Darlehenskapazitäten der Banken zu unterstützen. Im Befristeten Rahmen wird klargestellt, dass solche Fördermassnahmen als direkte Beihilfen zugunsten der Kunden der Banken und nicht zugunsten der Banken selbst betrachtet werden, und erläutert, wie etwaige Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Banken auf ein Minimum beschränkt werden können.

v) **kurzfristige Exportkreditversicherungen:** Der Rahmen erleichtert es den Mitgliedstaaten nachzuweisen, dass in einigen Ländern keine Deckung für marktfähige Risiken zur Verfügung steht, sodass der Staat bei Bedarf kurzfristige Exportkreditversicherungen anbieten kann. Die diesbezüglichen Bestimmungen im Befristeten Rahmen wurden jedoch bereits gelockert (vgl. Rz 53).⁵⁹

⁵³ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen (*De-minimis*-Beihilfenverordnung), ABl. L 352/1 vom 24.12.2013.

⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO), ABl. L 187/1 vom 26.6.2014.

⁵⁵ Vgl. RPW 2019/3b, 1047, Rz 62 – 71, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

⁵⁶ MAXIAN RUSCHE, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 9 f. (zit. RUSCHE in Immenga/Mestmäcker).

⁵⁷ Mitteilung der Kommission vom 19. März 2020 «Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (zit. Befristeter Rahmen), ABl. C 911 vom 20.3.2020, S. 1–9; <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320(03)&from=EN)> (15.5.2020).

⁵⁸ Vgl. auch Pressemitteilung vom 19.3.2020 «Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt Befristeten Rahmen an, damit die Mitgliedstaaten die Wirtschaft infolge des COVID-19-Ausbruchs wirksamer unterstützen können», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_496> (15.5.2020).

⁵⁹ Neu erachtet die EU-Kommission bis zum 31.12.2020 alle wirtschaftlichen und politischen Risiken, die mit Ausfuhren in die im Anhang der Mitteilung über die kurzfristigen Exportversicherung aufgeführten Länder verbunden sind, als vorübergehend nicht marktfähige Risiken (vgl. Änderung des Befristeten Rahmens [Fn 60]).

53. Am 3. April 2020 verabschiedete die Kommission die Mitteilung «Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (Änderung des Befristeten Rahmens)⁶⁰. Der Befristete Rahmen wurde geändert⁶¹ und **um weitere fünf Arten von Beihilfemassnahmen erweitert**⁶², um es den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die Erforschung, Erprobung und Herstellung coronavirusrelevanter Produkte zu beschleunigen, Arbeitsplätze zu schützen und die Wirtschaft weiter zu unterstützen. Der geänderte Befristete Rahmen gilt bis Ende Dezember 2020. Um für Rechtssicherheit zu sorgen, wird die Kommission vor Ablauf dieser Frist prüfen, ob eine Verlängerung erforderlich ist.⁶³

54. Am 8. Mai 2020 verabschiedete die Kommission eine weitere Mitteilung «Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (zweite Änderung des Befristeten Rahmens).⁶⁴ Mit dieser zweiten Änderung werden die bereits durch den Befristeten Rahmen und die bestehenden Beihilfevorschriften abgedeckten Kategorien von Massnahmen durch Massnahmen bzw. Kriterien **ergänzt**, nach denen die Mitgliedstaaten bei Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen Unternehmen in Not **Rekapitalisierungen und nachrangiges Fremdkapital gewähren** können und setzt dabei Voraussetzungen hierfür.⁶⁵

C.2 Vorliegen einer Staatlichen Beihilfe gemäss 13 LVA

55. In diesem Kapitel wird in einem ersten Schritt geprüft, ob es sich bei den angemeldeten Unterstützungsmassnahmen um staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 13 Abs. 1 LVA handelt, bevor in einem zweiten Schritt geprüft wird, ob diese mit dem LVA vereinbar sind bzw. als vereinbar erklärt werden können (Kap. C.3).

C.2.1 Voraussetzungen

56. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** der Schweiz oder eines Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen**, mit diesem Abkommen unvereinbar, soweit sie **den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen**.

57. Damit eine Beihilfe mit dem LVA unvereinbar ist, müssen die folgenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: Staatlichkeit (Zurechenbarkeit an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mitteln; Kap. C.2.2), Begünstigung (wirtschaftlicher Vorteil [Kap. C.2.3] und Selektivität [Kap. C.2.4]), Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung [Kap. C.2.5] sowie das Vorliegen eines Unternehmens als Beihilfeempfänger.⁶⁶

58. Wenn auch nur eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, fällt die Massnahme nicht unter Art. 13 LVA.⁶⁷ Die Tatbestandsmerkmale werden nachfolgend einzeln geprüft (Kap. C.2.2).

⁶⁰ Mitteilung der Kommission vom 3. April 2020 «Änderung des befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (zit. Änderung des Befristeten Rahmens), ABl. C 112I vom 4.4.2020, S. 1–9; <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404(01)&from=EN)> (15.5.2020).

⁶¹ Mit der Änderung des Befristeten Rahmens werden auch die bestehenden Formen der Unterstützung erweitert, die die Mitgliedstaaten Unternehmen in Not gewähren können. Zum Beispiel können die Mitgliedstaaten nun bis zu einem Nennwert von EUR 800'000 pro Unternehmen zinslose Darlehen oder Garantien für Darlehen zur Deckung von 100 % des Risikos gewähren oder Eigenkapital bereitstellen. Dies kann auch mit sogenannten De-minimis-Beihilfen (um die Beihilfe pro Unternehmen auf bis zu EUR 1 Mio. zu erhöhen) und mit anderen Arten von Beihilfen kombiniert werden. Besonders nützlich dürfte es sein, den dringenden Liquiditätsbedarf kleiner und mittlerer Unternehmen sehr rasch zu decken (Fn 63).

⁶² Unterstützung für Forschung und Entwicklung (FuE) im Zusammenhang mit dem Coronavirus; Unterstützung für den Auf- und Ausbau von Erprobungseinrichtungen; Unterstützung für die Herstellung von Produkten, die für die Bewältigung des Coronavirus-Ausbruchs relevant sind; Gezielte Unterstützung in Form einer Steuerstundung und/oder Aussetzung der Sozialversicherungsbeiträge; Gezielte Unterstützung in Form von Lohnzuschüssen für Arbeitnehmer.

⁶³ Vgl. Pressemitteilung vom 3.4.2020 «Staatliche Beihilfen: Kommission erweitert Befristeten Rahmen, damit die Mitgliedstaaten angesichts des Coronavirus-Ausbruchs Erforschung, Erprobung und Herstellung coronavirusrelevanter Produkte beschleunigen, Arbeitsplätze schützen und die Wirtschaft weiter unterstützen können», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_570> (15.5.2020).

⁶⁴ Mitteilung der Kommission vom 8. Mai 2020 «Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19», ABl. C 164, vom 13.5.2020, S. 3 – 15, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_de.pdf> (15.5.2020).

⁶⁵ Voraussetzungen hinsichtlich (i) der Erforderlichkeit, der Geeignetheit und des Umfangs der Massnahmen, (ii) der Beteiligung des Mitgliedstaats am Kapital von Unternehmen und der Vergütung, (iii) des Ausstiegs des Mitgliedstaats aus der Beteiligung an den betroffenen Unternehmen, (iv) der Governance, sowie ein (v) Verbot der Quersubventionierung und Übernahmeverbot, vgl. Pressemitteilung vom 8.5.2020 «Staatliche Beihilfen: Kommission weitet Befristeten Rahmen auf die Gewährung von Rekapitalisierungen und nachrangigem Fremdkapital aus, damit die Wirtschaft infolge des Coronavirus-Ausbruchs besser gestützt werden kann», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_838> (15.5.2020).

⁶⁶ Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*; Während in der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe) die Tatbestandsmerkmale «Vorliegen eines Unternehmens», «Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat», «Finanzierung der Massnahme aus staatlichen Mitteln», «Gewährung eines Vorteils», «Selektivität der Massnahme» und «Auswirkungen der Massnahme auf den Wettbewerb und den Handel» einzeln aufgelistet werden (Ziff. 5), stellen in der Literatur (vgl. namentlich ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 10 ff. und 247 ff. [zit. MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker]) – in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 107 AEUV – die «Staatlichkeit» und die «Begünstigung» neben der «Wettbewerbsverfälschung» und «Handelsbeeinträchtigung» die zu prüfenden Tatbestandsmerkmale dar. Für die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale müssen jedoch die Untervoraussetzungen der «Zurechenbarkeit an den Staat» und der «Finanzierung aus staatlichen Mitteln» (für die «Staatlichkeit» sowie des «wirtschaftlichen Vorteils» und der «Selektivität») (für die «Begünstigung») erfüllt sein. Für andere Autoren stellt zwar die «Staatlichkeit» (Zurechenbarkeit und staatliche Mittel) ein einziges Tatbestandselement dar, der «wirtschaftliche Vorteil» und die «Selektivität» jedoch zwei getrennte Tatbestandselemente (vgl. CHRISTOPH ARHOLD, in: Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5, Beihilfenrecht, München 2018, Art. 107 AEUV, Rz 123 [zit. MüKoEuWettbR-ARHOLD]). Diese Kategorisierung scheint auch von der EU-Kommission im Rahmen gewisser COVID-19-Beihilfenprüfungen gewählt worden zu sein (Fn 71).

⁶⁷ MüKoEuWettbR-ARHOLD, Art. 107 AEUV, Rz 126.

C.2.2 Staatlichkeit (Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mitteln)

59. Bezugnehmend auf die europäische Norm der Beihilfe umfasst das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit («staatliche oder aus staatlichen Mitteln») zwei Tatbestandsmerkmale, die – anders als der Wortlaut von Art. 13 LVA und 107 AEUV vermuten liesse – kumulativ vorliegen müssen, damit das Verbot greift: Die Massnahme muss dem Staat *zurechenbar* sein und die Gewährung des Vorteils muss aus *staatlichen Mitteln* stammen.⁶⁸

C.2.2.1 Zurechenbarkeit an den Staat

60. Die vorliegende Massnahme wurde durch den Bund gestützt auf Art. 101 Abs. 1 LFG ergriffen. Die Eidgenossenschaft ist Vertragspartei des die Unterstützung gewährenden Konsortialkredits (Kap. A.3.5). Die Massnahme ist folglich dem Staat zuzurechnen.

C.2.2.2 Finanzierung aus staatlichen Mitteln

61. Eine staatliche Garantie bietet den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat ganz oder teilweise auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen (Kap. C.2.3) und ein *Verlust staatlicher Ressourcen*, selbst wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen.⁶⁹ Zum Verlust staatlicher Ressourcen sind ebenfalls allfällige Vergütungen an die Darlehensintermediäre (z.B. Banken) zu zählen, die ansonsten vom Darlehensnehmer zu tragen wären (vgl. Rz 100). Wird eine Garantie dereinst gezogen, wird der Staat in der Höhe des garantierten Betrags belangt.

62. Die mutmassliche Begünstigung der SWISS und Edelweiss bzw. der finanzielle Vorteil (Kap. C.2.3), den diese Fluggesellschaften durch die Staatsgarantie erfahren, stammt folglich aus staatlichen Mitteln.⁷⁰

C.2.3 Wirtschaftlicher Vorteil

63. Eine Beihilfe liegt gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA nur vor, wenn bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen begünstigt werden. Eine solche Begünstigung⁷¹ setzt zum einen voraus, dass einem oder mehreren Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil gegenüber den «normalen Marktbedingungen» eingeräumt wird; zum anderen darf dieser Vorteil nicht allen Unternehmen in vergleichbarer rechtlicher und tatsächlicher Lage eingeräumt werden, sondern muss bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen besserstellen (sog. *Selektivität*, siehe Kap. C.2.4).⁷²

64. Ein Vorteil ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne das Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Ein Vorteil liegt vor, wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift. Die genaue Art der Massnahme ist dabei irrelevant.⁷³

65. So kann ein beihilferechtlich relevanter Vorteil nicht nur in positiven staatlichen Leistungen – Subventionen

im engeren Sinne –, sondern in jeglichen Massnahmen liegen, die in anderer Form die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.⁷⁴ Bei staatlichen Garantien in Form von Bürgschaften liegt eine Begünstigung des Kreditnehmers vor, wenn der Staat mit der Garantie ein Risiko übernimmt, hierfür vom Kreditnehmer aber nicht mit einer der Risikoträgerfunktion entsprechenden marktüblichen Prämie vergütet wird. Aufgrund der staatlichen Garantie kann der Kreditnehmer sodann Kredit zu einem niedrigeren Zinssatz oder gegen weniger Sicherheiten aufnehmen, als er normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar wäre. Obwohl eine effektive staatliche Zahlung erst mit der Inanspruchnahme der Garantie erfolgt, liegt die Vorteils- und damit Beihilfengewährung bereits in der Bürgschafts- bzw. Garantieübernahme selbst. Der wirtschaftliche Vorteil des Kreditnehmers liegt im Differenzbetrag zwischen den marktüblichen⁷⁵ und den tatsächlich erlangten Konditionen für die Bereitstellung einer Garantie – nicht in der Garantie oder dem Kredit. Werden im Markt vergleichbare Garantien nicht angeboten, so liegt das Beihilfeelement in der Differenz zwischen dem marktüblichen Entgelt für einen vergleichbaren nicht garantierten

⁶⁸ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 274; EU-Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 38; EuGH 17.3.1993, Rs. C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun Schifffahrts AG*, Rz 19; EuGH 13.3.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra AG*, Rz. 58.

⁶⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften), ABl. C 155 vom 20.6.2008, S. 10–22, Ziff. 2.1 Abs. 2.

⁷⁰ Vgl. EU-Kommission «[The measure] is financed through State resources, since the measure takes the form of State guarantees», *State Aid SA.56812* (2020/N), 11.4.2020 – *Sweden COVID-19: Loan guarantee scheme to airlines*, Ziff. 33, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/1/202016/285407_2147916_112_2.pdf> (15.5.2020).

⁷¹ Nachfolgend werden in Anlehnung an das Prüfschema der EU-Kommission im Rahmen der Entscheide zu COVID-19-Beihilfen der wirtschaftliche Vorteil und die Selektivität, welche gemäss Lehre Unterkategorien des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung darstellen (vgl. Fn 66), als eigenständige Tatbestandsmerkmale geprüft, vgl. dazu beispielsweise *State Aid SA.56812* (2020/N), Ziff. 32–37 (Fn 70); *Aide d'État SA.56765* (2020/N), 31.3.2020 – *France COVID-19 - Moratoire sur le paiement de taxes aéronautiques en faveur des entreprises de transport public aérien*, Ziff. 20–23, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/1/202017/285237_2150596_52_7.pdf> (15.5.2020); *State Aid SA. 56963* (2020/N), 13.4.2020 – *Italy Guarantee scheme under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, Ziff. 26–31, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/1/202016/285508_2148533_54_2.pdf> (15.5.2020).

⁷² MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 39.

⁷³ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 66–68.

⁷⁴ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 40.

⁷⁵ Zur Ermittlung des entsprechenden marktüblichen Entgelts ist den Merkmalen der Garantie und des Kredits Rechnung zu tragen. Dazu gehören der Betrag und die Laufzeit der Transaktion, die vom Kreditnehmer geleistete Sicherheit und andere sich auf die Bewertung der Einbringungsquote auswirkende Aspekte, die Ausfallwahrscheinlichkeit aufgrund der finanziellen Lage des Kreditnehmers, der Geschäftsbereich des Kreditnehmers, Prognosen und andere wirtschaftliche Faktoren, Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften (Fn 69), Ziff. 3.2 Bst. d Abs. 3.

Kredit einerseits, den gesamten Finanzierungskosten des garantierten Kredits einschliesslich der Kreditzinsen und der Garantieprämie andererseits.⁷⁶

66. Im vorliegenden Fall wurde in den eingereichten Dokumenten aufgezeigt, dass die Unterstützung des Bundes an die Darlehensnehmer insbesondere in der Ermöglichung des *Zugangs* zu einem Bankdarlehen in der notwendigen Höhe (CHF 1,5 Mia.) besteht, für welches ansonsten *de facto* aufgrund des zumindest gegenwärtig «fehlenden Marktes» keine Lösung bestanden hätte.⁷⁷ Aufgrund der gleichen Risikoüberlegungen hätte kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in diesem Marktumfeld der SWISS und der Edelweiss eine Bürgschaft über CHF 1,275 Mia. gewährt – und dies unabhängig von der Höhe der allfälligen Garantieprämie.

67. Die Bürgschaft des Bundes stellt somit einen wirtschaftlichen Vorteil für die begünstigten Unternehmen SWISS und Edelweiss in Form von Zugang zu Liquidität dar, den sie ohne die Massnahme nicht erhalten hätten.

C.2.4 Selektivität

68. Eine Massnahme ist selektiv, wenn sie bestimmte Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen begünstigt, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.⁷⁸ Ist eine Einzelbeihilfe zu prüfen, indiziert der wirtschaftliche Vorteil regelmässig die Selektivität.⁷⁹

69. Bei den Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss handelt es sich um eine Einzelbeihilfe und nicht um ein Beihilferegime. So werden andere Fluggesellschaften durch die Massnahme nicht unterstützt. Die vorgesehene Unterstützungsmassnahme ist folglich selektiv.

C.2.5 Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

70. Die beiden Tatbestandsmerkmale Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung müssen beide erfüllt sein, werden in der Praxis jedoch regelmässig gemeinsam geprüft und als untrennbar miteinander verbunden betrachtet.⁸⁰

C.2.5.1 Wettbewerbsverfälschung

71. Ist eine vom Staat gewährte Massnahme *geeignet*, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern⁸¹, so wird sie als Massnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsverfälschung – oder die Auswirkung auf den Handel (Kap. C.2.5.2) – erheblich oder wesentlich ist.⁸²

72. Eine Beihilfenvergabe kann zudem nicht als Reaktion auf eine Beihilfenvergabe durch andere Staaten gerechtfertigt werden. Durch eine derartige «Ausgleichs»-Massnahme würde die Wettbewerbsverfälschung nur kumuliert.⁸³

73. Die vorgesehenen Unterstützungsmassnahmen sind geeignet, die Wettbewerbsposition von SWISS und Edelweiss gegenüber ihren Wettbewerbern zu verbes-

sern, ungeachtet dessen, dass einige der Wettbewerber allenfalls ebenfalls Staatshilfe erhalten werden.

C.2.5.2 Handelsbeeinträchtigung

74. Es muss nicht festgestellt werden, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten bzw. zwischen den Vertragsparteien des LVA hat, sondern lediglich ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte.⁸⁴ Staatliche Beihilfen beeinträchtigen den Handel zwischen den Vertragsparteien, wenn sie geeignet sind, das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen zu beeinflussen.⁸⁵

75. Die Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss sind ohne weiteres geeignet, das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen zu beeinflussen und beeinträchtigen damit den Handel zwischen den Vertragsparteien.

C.2.6 Ergebnis

76. Alle Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 LVA sind erfüllt. Die vorgesehenen Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss stellen folglich staatliche Beihilfen dar.

77. In einem zweiten Schritt ist nun zu prüfen, ob diese staatlichen Beihilfen mit dem LVA vereinbar sein können.

C.3 Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem LVA

78. In Analogie zur Beihilfeprüfung in der EU unterscheiden die Ausnahmetatbestände eng eingegrenzte Legalausnahmen in Art. 13 Abs. 2 LVA und weiterreichende, mit erheblichen Ermessensspielräumen verbundene Erlaubnistatbestände in Art. 13 Abs. 3 LVA. Beide Ausnahmvorschriften sind eng auszulegen. In der EU hat der Mitgliedstaat, der sich auf die Voraussetzungen dieser Ausnahmvorschriften beruft, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen.⁸⁶

⁷⁶ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 102; Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 109 f.; Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften (Fn 69), Ziff. 2.1 Abs. 2, 2.2, 4.1, 4.2.

⁷⁷ Erläuterungen vom 14.5.2020, 7.

⁷⁸ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 168, 170.

⁷⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 39.

⁸⁰ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 186.

⁸¹ Staatliche Förderungen können den Wettbewerb selbst dann verfälschen, wenn sie nicht dazu beitragen, dass das Empfängerunternehmen expandieren und Marktanteile gewinnen kann. Es reicht aus, dass eine Beihilfe die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Lage ohne Beihilfe stärkt. Eine Beihilfe gilt in diesem Zusammenhang in der Regel bereits dann als wettbewerbsverfälschend, wenn sie ein Unternehmen begünstigt, indem sie es von Kosten befreit, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftstätigkeiten zu tragen gehabt hätte.

⁸² Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 187, 189.

⁸³ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 314.

⁸⁴ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 66), Rz 187, 189.

⁸⁵ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 316.

⁸⁶ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 1 ff.

79. Grundsätzlich ist es möglich, dass staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des COVID-19-Ausbruchs insbesondere gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV (welcher Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA entspricht) mit dem Binnenmarkt vereinbar sind oder gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV (welcher Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA entspricht) als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können.⁸⁷

C.3.1 Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA

80. Liegt einer der in Art. 13 Abs. 2 LVA genannten Tatbestände vor, so ist die fragliche Beihilfe *ipso iure* mit dem Binnenmarkt vereinbar. Es verbleibt kein Rechtsfolgenmassen. Auch diese Beihilfen unterliegen allerdings insoweit der Kontrolle der WEKO, als dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen ist.⁸⁸

81. Gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA sind Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, mit dem LVA vereinbar. Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA entspricht Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV.

82. Für «sonstige aussergewöhnliche Ereignisse» gibt es keine allgemeine Definition.⁸⁹ Im Befristeten Rahmen hat die EU-Kommission jedoch den Ausbruch von COVID-19 als «sonstiges aussergewöhnliches Ereignis qualifiziert», indem sie festhält, dass Unternehmen in besonders stark betroffenen Sektoren (z.B. Verkehr, Tourismus, Kultur, Gastgewerbe oder Einzelhandel) und/oder Organisatoren abgesagter Veranstaltungen gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV für Verluste entschädigt werden können, die diesen infolge des COVID-19-Ausbruchs entstanden sind und unmittelbar auf den Ausbruch zurückzuführen sind.⁹⁰

83. Voraussetzung dafür, dass eine staatliche Unterstützungsmassnahme gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV (bzw. Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA) mit dem Binnenmarkt (bzw. dem LVA) vereinbar ist, ist ein **Kausalzusammenhang** zwischen dem aussergewöhnlichen Ereignis (d.h. dem COVID-19-Ausbruch) und den verursachten Schäden. Dabei müssen die Schäden möglichst genau bewertet werden.⁹¹ Zudem muss eine **Überkompensation** der Beihilfeempfänger **ausgeschlossen** werden.⁹²

84. Die beabsichtigte Unterstützung mittels Staatsgarantien zur Sicherung von Darlehen zugunsten der beiden Fluggesellschaften soll den aktuellen Bedarf zur Überbrückung der Liquidität für SWISS und Edelweiss sicherstellen.⁹³ Es handelt sich somit nicht um eine Kompensation von bezifferten Schäden, sondern um die Bereitstellung von zukünftiger Liquidität. Eine solche Unterstützung scheint *in casu* – namentlich in Abwesenheit einer genauen Schadensberechnung und insbesondere aufgrund von nicht auszuschliessenden Überkompensationen – nicht gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA mit dem LVA vereinbar.⁹⁴ Eine mögliche Vereinbarkeit gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA wurde in der Anmeldung auch nicht geltend gemacht.

85. Es bleibt folglich zu prüfen, ob die Unterstützungsmassnahmen gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA als mit dem LVA vereinbart erklärt werden können (Kap. C.3.2).

C.3.2 Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA

86. Art. 13 Abs. 3 LVA gibt die Möglichkeit, staatliche Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären. Schon aus dem Wortlaut («können») wird ersichtlich, dass ein grosser Ermessensspielraum vorliegt. Dieses Ermessen muss «nach Massgabe wirtschaftlicher und sozialer Wertungen ausgeübt werden, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind».⁹⁵

87. Gemäss Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA können Beihilfen [...] zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei als mit dem LVA vereinbar angesehen werden. Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA entspricht inhaltlich Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV. In diesem Zusammenhang haben die Unionsgerichte festgestellt, dass eine solche Störung nur vorliegt, wenn das

⁸⁷ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 15 f.

⁸⁸ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 7.

⁸⁹ Anerkannte Beispiele sind Kriege, innere Unruhen, Streiks und, in Abhängigkeit vom Ausmass des Ereignisses, auch schwere nukleare Unfälle oder Industrieunfälle und Brände, die umfangreiche Verluste verursachen. Ebenfalls gehörte die Sperrung des Luftraums in den USA nach den Anschlägen des 11.9.2001 dazu. Der Ausbruch von Tierseuchen o.ä. wird nur in Ausnahmefällen, wie z.B. die BSE-Seuche oder die Dioxinverseuchung von Fleisch, zu den sonstigen aussergewöhnlichen Ereignissen gezählt, Rusche in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 19 m.w.H.

⁹⁰ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 15.

⁹¹ Die Beihilfegeber müssen genaue Angaben zu den durch das Ereignis hervorgerufenen Arten von Schäden, zu Berechnungsmethoden sowie zur Art und Höhe der Beihilfe, zur Beihilfenintensität und Kumulierung, zur zuständigen Bewilligungsbehörde und zur Verwaltung der Beihilfenregelung machen. Die EU-Kommission verlangt eine Aufschlüsselung der Finanzierung der Beihilfe und der beihilfefähigen Kosten, RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 17.

⁹² RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 17, 21.

⁹³ Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen (Fn 8).

⁹⁴ Die EU-Kommission hat die Beihilfen von Dänemark für SAS (SA.56795), von Schweden für SAS (SA.57061; Diese Genehmigung erfolgte zusätzlich zu dem bereits genehmigten Beihilfenregime für Linienfluggesellschaften mit Lizenz in Schweden gestützt auf Art. 107 Abs. 3 b AEUV, vgl. Fn 70) und von Deutschland für Condor (SA.56867) gestützt auf Art. 107 Abs. 2 b AEUV genehmigt. Die Entscheide sind derzeit (Stand 20.5.2020) noch nicht veröffentlicht. Aus der Pressemitteilung vom 15.4.2020 «EU-Kommission genehmigt dänische Garantie von bis zu 137 Mio. EUR zum Ausgleich von Einbussen, die der Fluggesellschaft SAS durch die Coronakrise entstanden sind», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_667> (20.5.2020) ist Folgendes zu entnehmen: «Die Unterstützung erfolgt in Form einer staatlichen Bürgschaft für eine revolvingierende Kreditfazilität zugunsten von SAS. Dänemark besichert eine solche revolvingierende Kreditfazilität in Höhe von bis zu rund 137 Mio. EUR. Die genauen Verluste, die SAS infolge des Ausbruchs entstanden sind, werden nach der Coronakrise auf der Grundlage der Gewinn- und Verlustrechnung der Fluggesellschaft für das Jahr 2020 berechnet. Die Methode zur Ermittlung der Verluste bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Kommission. Sollte die staatliche Unterstützung Dänemarks den durch den Coronavirusausbruch tatsächlich erlittenen Schaden von SAS übersteigen, wird ein Rückforderungsmechanismus aktiviert. Mit anderen Worten muss die gesamte öffentliche Unterstützung, die SAS über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus erhält, an Dänemark zurückgezahlt werden. Die Gefahr, dass die staatliche Beihilfe die einschlägigen Einbussen übersteigt, ist daher ausgeschlossen.» Daraus folgt, dass gestützt auf Art. 13 Abs. 2 b LVA grundsätzlich auch zukünftige Liquidität zur Verfügung gestellt werden könnte. Allerdings sind diejenigen Komponenten der Liquidität, die nachträglich nicht für die Behebung von durch COVID-19 verursachte Schäden erforderlich waren, zurückzuerstatten.

⁹⁵ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 1 ff.

gesamte Wirtschaftsleben des betreffenden Mitgliedstaats beeinträchtigt wird und nicht nur das einer seiner Regionen oder Gebietsteile. Dies steht auch mit der Notwendigkeit im Einklang, Ausnahmebestimmungen wie Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV eng auszulegen.⁹⁶

88. Die EU-Kommission hat im Befristeten Rahmen die Vereinbarkeitsvoraussetzungen festgelegt, anhand derer sie die von den Mitgliedstaaten nach Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV gewährten Beihilfen grundsätzlich prüfen wird und die nach der Anmeldung der betreffenden Mitgliedstaaten sehr rasch genehmigt werden können.⁹⁷ Angesichts der Tatsache, dass – wie die EU-Kommission im Befristeten Rahmen feststellt – alle Mitgliedstaaten vom COVID-19-Ausbruch betroffen sind und die von den Mitgliedstaaten ergriffenen Eindämmungsmassnahmen Auswirkungen für die Unternehmen haben, ist die EU-Kommission der Auffassung, dass staatliche Beihilfen gerechtfertigt sind und für einen befristeten Zeitraum nach Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können, um die Liquiditätsengpässe von Unternehmen zu beheben und sicherzustellen, dass die durch den COVID-19-Ausbruch verursachten Störungen die Existenzfähigkeit solcher Unternehmen, insbesondere von KMU, nicht beeinträchtigen.⁹⁸

89. Die Mitgliedstaaten müssen nachweisen, dass die Beihilfemassnahmen, die sie auf der Grundlage des Befristeten Rahmens anmelden, ein erforderliches, geeignetes und angemessenes Mittel sind, um eine beträchtliche Störung in ihrem Wirtschaftsleben zu beheben (Verhältnismässigkeitsprinzip, Kap.C.3.2.2) und dass alle massgeblichen Voraussetzungen des Befristeten Rahmens (Kap. C.3.2.1) erfüllt sind.⁹⁹

C.3.2.1 Voraussetzungen des Befristeten Rahmens

90. Der Befristete Rahmen (in der Fassung nach den Änderungen vom 3. April 2020 und 8. Mai 2020¹⁰⁰) listet in Ziffer 25 die Voraussetzungen auf, die neben der Verhältnismässigkeit (vgl. dazu Verhältnismässigkeitsprüfung, Kap. C.3.2.2) einer Beihilfe in Form von Garantien für Darlehen erfüllt sein müssen, damit die Massnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann.

91. Nachfolgend werden die Voraussetzungen von Artikel 25 des befristeten Rahmens aufgelistet (Kap. C.3.2.1.1) und anhand der vorliegend zu beurteilenden Unterstützungsmassnahmen geprüft (Kap. C.3.2.1.2). Anschliessend wird geprüft, ob die Garantie eine indirekte Unterstützung der Kreditinstitute darstellt (Kap. C.3.2.1.3). Abschliessend wird geprüft, ob das sog. «Step-in Right» des Bundes (vgl. Rz 32), gemäss welchem eine zukünftige Staatsbeteiligung nicht ausgeschlossen werden kann, unter die zweite Änderung des Befristeten Rahmens fällt bzw. die darin enthaltenen Voraussetzungen für Rekapitalisierungsmassnahmen erfüllt (Kap. C.3.2.1.4).

C.3.2.1.1 Ziffer 25 des Befristeten Rahmens

92. Ziffer 25 des Befristeten Rahmens hat folgenden Wortlaut:

25. Die Kommission wird solche staatlichen Beihilfen, die in Form neuer staatlicher Garantien für Einzeldarlehen zur Bewältigung des Ausbruchs von COVID-19 gewährt werden, als nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe b AEUV mit dem Bin-

nenmarkt vereinbar ansehen, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Je Einzeldarlehen wird eine Garantieprämie mit einer festgelegten Mindesthöhe erhoben, die bei längerer Laufzeit wie in der nachstehenden Tabelle dargelegt schrittweise steigt:

Art des Empfängers	Für das 1. Jahr	Für das 2. und 3. Jahr	Für das 4. bis 6. Jahr
KMU	25 bps	50 bps	100 bps
Große Unternehmen	50 bps	100 bps	200 bps

- b. alternativ dürfen die Mitgliedstaaten Regelungen anmelden und dabei obige Tabelle als Grundlage verwenden, wobei jedoch die Garantielaufzeit, die Garantieprämie und der Garantieuumfang in Bezug auf jeden zugrunde liegenden Einzeldarlehensbetrag angepasst werden dürfen, sodass z. B. ein geringerer Garantieuumfang eine längere Laufzeit ausgleichen oder niedrigere Garantieprämien ermöglichen könnte; eine Pauschalprämie für die gesamte Laufzeit der Garantie darf verwendet werden, wenn sie höher ist als die in der obigen Tabelle für jede Art von Empfänger für das erste Jahr angegebene und entsprechend der Laufzeit und des Umfangs der Garantie im Einklang mit diesem Absatz angepasste Mindestprämie;
- c. die Garantie wird spätestens am 31. Dezember 2020 gewährt;
- d. bei Darlehen mit einer längeren Laufzeit als bis zum 31. Dezember 2020 darf der Gesamtdarlehensbetrag je Empfänger nicht höher sein als:
- i. die doppelte jährliche Lohnsumme des Empfängers (einschließlich Sozialversicherungsbeiträgen und Kosten für Personal, das am Standort des Unternehmens arbeitet, aber formal auf der Lohn- und Gehaltsliste von Subunternehmen steht) für das Jahr 2019 oder das letzte verfügbare Jahr. Bei Unternehmen, die am oder nach dem 1. Januar 2019 gegründet wurden, darf der Darlehenshöchstbetrag die voraussichtliche jährliche Lohnsumme für die ersten beiden Betriebsjahre nicht übersteigen; oder
 - ii. 25 % des Gesamtumsatzes des Empfängers im Jahr 2019; oder
 - iii. sofern der betreffende Mitgliedstaat dies gegenüber der Kommission angemessen begründet (z. B. unter Verweis auf die Merkmale bestimmter Arten von Unternehmen), darf der Darlehensbetrag erhöht werden, um den Liquiditätsbedarf ab dem Zeitpunkt der Gewährung für die folgenden 18 Monate (bei KMU¹⁰¹) bzw. für die folgenden 12 Monate (bei großen Unternehmen) zu decken. Der Liquiditätsbedarf sollte auf der Grundlage einer Selbstauskunft des Empfängers festgestellt werden;¹⁰²

⁹⁶ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 17 m.w.H.

⁹⁷ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 16 f., 19.

⁹⁸ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 18.

⁹⁹ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 19.

¹⁰⁰ Änderungen des Befristeten Rahmens (Fn 60), Ziff. 15 (Änderung von Ziff. 25); Zweite Änderung des Befristeten Rahmens (Fn 64), Ziff. 26 (Änderung von Ziff. 25 Bst. d iii) und 27 (Änderung von Ziff. 25 Bst. e).

¹⁰¹ Im Sinne des Anhangs I der AGVO (Fn 54).

¹⁰² Der Liquiditätsbedarf darf sowohl Betriebsmittel- als auch Investitionskosten umfassen.

- e. bei Darlehen mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2020 darf der Darlehensbetrag höher sein als unter Randnummer 25 Buchstabe d vorgesehen, sofern der betreffende Mitgliedstaat dies gegenüber der Kommission angemessen begründet und die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe gewährleistet bleibt und von dem Mitgliedstaat gegenüber der Kommission nachgewiesen wird;
- f. die Laufzeit der Garantie ist auf maximal sechs Jahre begrenzt, sofern sie nicht im Einklang mit Randnummer 25 Buchstabe b angepasst wird, und die staatliche Garantie darf folgende Sätze nicht überschreiten:
- 90 % des Darlehensbetrags, wenn Verluste anteilig und zu gleichen Bedingungen vom Kreditinstitut und vom Staat getragen werden; oder
 - 35 % des Darlehensbetrags, wenn Verluste zunächst dem Staat und erst dann den Kreditinstituten zugewiesen werden (Erstausfallgarantie);
 - in beiden oben genannten Fällen gilt, dass der von der Garantie gedeckte Betrag anteilig sinken muss, wenn der Darlehensbetrag im Laufe der Zeit beispielsweise aufgrund einer einsetzenden Rückzahlung sinkt;
- g. die Garantie darf sowohl für Investitions- als auch für Betriebsmittelkredite gewährt werden;
- h. Unternehmen, die sich am 31. Dezember 2019 bereits in Schwierigkeiten befanden (im Sinne der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung¹⁰³), darf keine Garantie gewährt werden.“

C.3.2.1.2 Prüfung der Voraussetzungen des Befristeten Rahmens

Garantieprämie (Ziffer 25 Bst. a)

93. Für die Garantieprämie seien gemäss BAZL und zum Zeitpunkt der Anmeldung folgende zwei Optionen möglich:¹⁰⁴

- Option 1: [...].
- Option 2: [...].

94. Bei beiden Optionen werde die Marge zum Basiszinssatz [...] dazugezählt.¹⁰⁵

95. Gemäss dem Security Agreement, Ziff. 3.4 in Verbund mit Ziff. 1.1, erhält die Schweizerische Eidgenossenschaft, solange die Bürgschaft in Kraft ist, folgende Zinszahlungen:

$$0.85 * a * (b - c - d - e).$$

Dabei gelten folgende Definitionen:

- a: die aggregierte Summe aller ausstehenden Kredite [...];
- b: die «applicable margin» [...] ¹⁰⁶, [...];
- c: [...];
- d: [...] Fee [...];
- e: Kapitalkosten [...].

96. Die [...] c entspricht [...]. Die [...] Fee d ist eine Entschädigung an die Banken für ihren [...] und bei den Kapitalkosten [...] e handle es sich gemäss Auskunft des Beratungsunternehmens Deloitte¹⁰⁷ um [...] der Banken, welche die Banken zu tragen haben, da sie das Darlehen in ihrer Bilanz führen (unabhängig von einer Bundesgarantie). Für die beiden führenden Banken [...] sei eine Präsentation zur Verfügung gestellt worden, welche

die Herleitung dieser Kosten in dieser Höhe untermauert habe. Eine mündliche Rücksprache mit der SNB habe diesen Wert plausibel erscheinen lassen.

97. Diese Darstellung lässt erkennen, dass die Komponenten c, d und e den effektiven Zinssatz, den der Bund für seine Bürgschaft erhält (aufgrund der derzeitigen [...] wird sie durch die Komponente c [...]), [...].

98. Insbesondere bei der Option 2 könnte es sein, dass die Garantieprämie an den Bund unter 2 % fällt, abhängig vom Rating der [...]. Das Beratungsunternehmen Deloitte bestätigt diesen Befund und führt aus, dass diese Dynamisierung der Garantieprämie in diesem Fall das Resultat des sich verändernden Risikoprofils der Finanzierung und somit der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Garantiefalls sei. Ein Unterschreiten der Garantieprämie (ohne Berücksichtigung von separat zu berücksichtigenden Kosten aus [...] Fee und Kapitalkosten) von 2 % sei jedoch nur denkbar, wenn sich das Rating der [...] auf [...] verbessere. Und auch in diesem Fall würden die 2 % nur dann unterschritten, wenn sich gleichzeitig die [...] von gegenwärtig [...] % auf mehr als [...] % erhöht. Der kombinierte Eintritt dieser Voraussetzungen werde gegenwärtig für die Darlehenslaufzeit als vergleichsweise unwahrscheinlich erachtet.¹⁰⁸

99. Die gleiche Problematik könnte aber auch bei Option 1 entstehen, da die Komponenten c, d und e über die Zeit hinweg nicht fixiert sind. Sie würden die Komponente b abzüglich des exogen vorgegebenen LIBOR-Zinssatzes (was der «applicable margin» entspricht) im Endeffekt reduzieren. Hierzu führt das Beratungsunternehmen Deloitte aus, dass in einem eng definierten Rahmen die Möglichkeit bestehe, dass sich die Kosten aus d und e verändern könnten. Das Verständnis sei jedoch, dass die Wahrscheinlichkeit dafür hypothetisch sei. Die Veränderung von c ([...]; Ergänzung durch die WEKO) unterliegt externen Faktoren. Die Kreditmarge sei jedoch bei Option 1 jedenfalls in entsprechender Höhe fix [...]. Rein formal sei die Garantieprämie der Bruttowert der Kreditmarge (also $0.85 * a * [b-c]$). Die Kosten d und e ([...] Fee bzw. Kapitalkosten) seien letztendlich separate Kosten, welche dem Bund aufgrund der Tatsache anfallen, dass man bei der Unterstützung der Darlehensnehmer in Form der Garantie die finanzierenden Banken zwischengeschaltet haben möchte. Diese Kosten würden in dieser Form nicht anfallen, wenn der Bund die Darlehensnehmer direkt (als Darlehensgeber) finanzieren würde.

100. Zum letzten Punkt ist anzumerken, dass die Kosten bei einer vollständigen Kreditinanspruchnahme $0.85 * \text{CHF } 1,5 \text{ Mia.} * [...] = \text{CHF } [...] \text{ Mio.}$ pro Jahr betragen würden, welche der Bund zusätzlich für die Abwicklung des Darlehens über die Banken an ebendiese beisteuern müsste.

¹⁰³ AGVO (Fn 54).

¹⁰⁴ Anmeldung, 7.

¹⁰⁵ Ziff. 12, «Revolving Credit Facility Agreement».

¹⁰⁶ Anmeldung, 7.

¹⁰⁷ Erläuterungen vom 14.5.2020, 8.

¹⁰⁸ Erläuterungen vom 14.5.2020, 8.

101. In Anbetracht der vom Beratungsunternehmen Deloitte geltend gemachten sehr geringen Wahrscheinlichkeit des Unterschreitens der Garantieprämie unter 2 % betrachtet die WEKO die Voraussetzung von Art. 25 Bst. b als erfüllt. Ausserhalb des Ermessens der WEKO liegt allerdings, ob die in Rz 100 dargelegte maximale Entschädigung an die Banken für deren Verwaltungsaufwand und deren Kapitalkosten gerechtfertigt ist. Diese müsste schlussendlich geringer sein als der Aufwand für eine Abwicklung eines Liquiditätsbedarfs durch den Bund selbst.

102. Zudem geht die WEKO davon aus, dass die Kapitalkosten jenen Kosten entsprechen, die die Bank für die Absicherung des vorliegenden Bürgschaftsdarlehens zu tragen hat, ansonsten würde eine möglicherweise ungerechtfertigte Stützungsmassnahme der involvierten Banken erfolgen (vgl. dazu auch nachfolgend Kap. C.3.2.1.3, Rz 117).

Zeitpunkt der Garantiegewährung (Ziff. 25 Bst. c)

103. Die Garantie wird mit Unterzeichnung der in Kap. A.3.5 genannten Verträge gewährt. Die Unterzeichnung der Verträge soll im Anschluss an die Beurteilung der WEKO erfolgen.¹⁰⁹ Zudem vertreten der Bund und die finanzierenden Banken gegenüber SWISS die Position, dass die Verträge erst unterzeichnet würden, wenn die Lufthansa (mit Deutschland) eine zufriedenstellende Finanzierungslösung bekannt gegeben habe.¹¹⁰ Aufgrund der aktuellen Lage ist davon auszugehen, dass die Unterzeichnung der Verträge vor dem 31. Dezember 2020 erfolgen wird und die Voraussetzung von Art. 25 Bst. c somit erfüllt ist. Ob dies tatsächlich der Fall sein wird, kann die WEKO nicht beurteilen. Die vorliegende Stellungnahme steht folglich unter dem Vorbehalt, dass dieses Kriterium erfüllt ist.

Darlehensbetrag (Ziff. 25 Bst. d)

104. Der Personalaufwand der SWISS betrug im Jahr 2019 CHF [1 – 2] Mia. und derjenige der Edelweiss CHF [100 – 200] Mio. (total: CHF [1 – 2] Mia.).¹¹¹ Der doppelte jährliche Personalaufwand betrug 2019 somit CHF [2 – 4] Mia., womit das erste Kriterium erfüllt ist (CHF 1,5 Mia. < CHF [2 – 4] Mia.).

105. Der Umsatz der SWISS betrug im Jahr 2019 CHF 5,1 Mia. und derjenige der Edelweiss CHF 727 Mio. (total: CHF 5,827 Mia.).¹¹² 25 % des gemeinsamen Umsatzes 2019 betrug somit CHF 1,457 Mia., womit das zweite Kriterium nicht erfüllt ist (CHF 1,5 > CHF 1,457).

106. Gemäss Bst. d iii darf der Darlehensbetrag unter angemessener Begründung erhöht werden, um den Liquiditätsbedarf bei grossen Unternehmen ab dem Zeitpunkt der Gewährung für die folgenden 12 Monate zu decken.

107. Vorliegend wurde vom Beratungsunternehmen Deloitte ein Liquiditätsbedarf von CHF 1,5 Mia. für SWISS und Edelweiss berechnet. Nach Ansicht der WEKO bestehen jedoch Widersprüche, auf *welchen Zeitraum* sich dieser Liquiditätsbedarf erstreckt.

- Gemäss Bundesrat hätten vertiefte Abklärungen gezeigt, dass der Liquiditätsbedarf von SWISS und Edelweiss *bis Ende 2020* auf rund CHF 1,5 Mia. Franken geschätzt würde¹¹³, Diese Einschätzung

wurde vom Bundesrat auch im Schreiben an die Finanzkommissionen der eidgenössischen Räte vertreten.¹¹⁴

- Demgegenüber führt das Beratungsunternehmen Deloitte in seinem Bericht zur finanziellen Lage und Solvenz der betroffenen Fluggesellschaften und zu deren Liquiditätsplanung aus, dass sich der Liquiditätsbedarf von insgesamt CHF 1,5 Mia. unter Hinzunahme einer für SWISS und Edelweiss «permanent» notwendigen Mindestliquidität von CHF [300 – 400] bzw. [0 – 100] Mio. ergebe. Dabei werde ein Planungszeitraum *bis Frühjahr 2023* zugrunde gelegt. Ohne diese «permanenten» Mindestliquiditäten würde der Liquiditätsbedarf bis Ende 2020 ca. CHF [900 – 1000] Mio. für Swiss und CHF [0 – 100] Mio. für Edelweiss betragen.¹¹⁵

- Mit diesen mutmasslichen Widersprüchen konfrontiert, bestätigte das Beratungsunternehmen Deloitte den gemeinsamen Wert der aus Sicht der Darlehensnehmer permanent zu haltenden operativen Mindestliquidität von insgesamt CHF [0 – 500] Mio. Für SWISS zeige sich in dem zu Grunde gelegten Szenario ein Tiefststand an Liquidität von [...] CHF [500 – 1000] [...]. Bei Edelweiss zeige sich, abhängig vom Szenario, ein Liquiditätsstand per Dezember 2020 von [...] CHF [0 – 500] Mio. bis [...] CHF [0 – 500] Mio. CHF. Insgesamt sei festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der allgemeinen Unsicherheiten versucht wurde, einen Betrag festzulegen, der zumindest leicht negative Abweichungen von den Annahmen absorbieren könne, sodass nicht sofortiger zusätzlicher Finanzierungsbedarf entstehe. Die vorgenannten Beträge an Liquiditätstiefständen würde sich, auf Basis der getroffenen Annahmen, alle in einem *Zeitraum von 12 Monaten ab dem erwarteten Zeitpunkt der Gewährung* finden.¹¹⁶

108. Ob SWISS und Edelweiss tatsächlich in den 12 Monaten nach Vertragsunterzeichnung – wie von Art. 25 Bst. d iii verlangt – einen Liquiditätsbedarf von CHF 1,5 Mia. aufweisen, ist nicht von der WEKO zu beurteilen. Das Beratungsunternehmen Deloitte scheint keine Widersprüche in den verschiedenen Aussagen zu sehen. Es weist zudem in Bezug auf die Ausnahmebestimmung von Ziff. iii darauf hin, dass es sich für die betroffenen Unternehmen bei COVID-19 um einen kurzfristigen nicht vorhersehbaren exogenen Schock handle, wodurch vor allem auch kurzfristig der beschriebene hohe Liquiditätsbedarf

¹⁰⁹ Erläuterungen vom 14.5.2020, 5.

¹¹⁰ Erläuterungen vom 14.5.2020, 14.

¹¹¹ Anmeldung, 6.

¹¹² Anmeldung, 6.

¹¹³ Medienmitteilung vom 29. April 2020 «Coronavirus: Bundesrat konkretisiert Unterstützung für Luftfahrtunternehmen», <https://www.adm.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78944.html> (15.5.2020).

¹¹⁴ Anmeldung, Beilage 1, 4.

¹¹⁵ Deloitte, Projekt Flyer – Swiss / Edelweiss, Beratungsdienstleistung im Bereich Luftfahrt (COVID-19), 6 und 7.

¹¹⁶ Erläuterungen vom 14.5.2020, 6.

tätsbedarf entstehe.¹¹⁷ Nach Ansicht der WEKO ist dieses Argument jedoch zu relativieren, da der Befristete Rahmen explizit und ausschliesslich für Unterstützungsmassnahmen zur Abfederung der durch COVID-19 hervorgerufenen wirtschaftlichen Störungen konzipiert wurde.¹¹⁸

Laufzeit der Garantie und Deckung (Ziff. 25 Bst. f)

Deckung

109. Der Bund deckt mittels Ausfallbürgschaft 85 % des Darlehensbetrags, wobei Verluste anteilig und zu gleichen Bedingungen vom Bund und den beteiligten Banken getragen werden (vgl. Rz 30). Die Voraussetzungen von Art. 25 Bst. f Ziff. i und iii sind erfüllt.

Laufzeit

110. Die Laufzeit der Garantie ist grundsätzlich unbefristet, orientiert sich jedoch zwangsläufig an der Laufzeit des Darlehens, welche [...] Jahre beträgt. SWISS hat jedoch bei Bedarf die Möglichkeit, die Laufzeit zweimal um ein Jahr zu verlängern. Die Banken bzw. der Bund haben die Möglichkeit zuzustimmen, aber nicht die Pflicht (vgl. Rz 33 f.). Die maximale Laufzeit des Darlehens und folglich auch der Garantie beträgt (unter Berücksichtigung der Verlängerungsmöglichkeit) [...] Jahre, was die maximal erlaubte Laufzeit gemäss Ziffer 25 Bst. f übersteigt.

111. Das BAZL begründet diese Abweichung damit, dass die Laufzeit auf den Business Plan von SWISS und Edelweiss abgestützt worden sei. Dabei seien insbesondere die Entwicklung des erwarteten Geschäftsverlaufs und die Fähigkeit, Rückzahlungen zu tätigen, berücksichtigt worden. Zudem sei die von der EU maximal zulässige Deckung des Darlehensbetrags (90 % gemäss Art. 25 Bst. f. Ziff. i. des Befristeten Rahmens) unterschritten worden, was nach Ansicht des BAZL im Gegenzug eine gegenüber den Vorgaben der EU um ein Jahr ausgedehnte Laufzeit der Garantie rechtfertigen würde. Letztlich sei es auch Sinn und Zweck der Garantie, dass diese über die Laufzeit des Darlehens eine ausreichende Sicherheit für die kreditgebenden Banken geben könne, da im Falle eines längeren Insolvenzverfahrens diese Ansprüche eben auch nach der maximal festgelegten Laufzeit gewahrt bleiben müssten. Gemäss der Beurteilung des BAZL liege damit keine unbegründete Verlängerung des Kredit- bzw. Bürgschaftsvertrages vor.¹¹⁹

112. Nach Ansicht der WEKO kann der Argumentation des BAZL gefolgt und die vorgesehene Garantielaufzeit akzeptiert werden, insbesondere da die Möglichkeit einer Garantiedeckung von 90 % nicht ausgereizt wurde und maximale Garantielaufzeit nur bei einer zweimaligen Verlängerung der Darlehenslaufzeit überschritten wird.

Finanzielle Situation am 31. Dezember 2019 (Ziff. 25 Bst. h)

113. Das BAZL hat bestätigt, dass SWISS und Edelweiss sich am 31. Dezember 2019 nicht in finanziellen Schwierigkeiten befanden¹²⁰, womit die Voraussetzung von Art. 25 Bst. h erfüllt ist.

Zusammenfassende Beurteilung der Voraussetzungen gemäss Ziff. 25 des Befristeten Rahmens

114. Die Voraussetzungen gemäss Ziffer 25 des Befristeten Rahmens können demzufolge unter den in Rz 101 f. getroffenen Annahmen als erfüllt betrachtet werden.

C.3.2.1.3 Zusätzliche Voraussetzung für Beihilfen in Form von Garantien über Kreditinstitute

115. Grundsätzlich kommen Beihilfen, die Unternehmen auf der Grundlage des Befristeten Rahmens gewährt werden und die über Banken als Finanzintermediäre fließen, diesen Unternehmen unmittelbar zugute. Sie zielen nicht darauf ab, die Existenzfähigkeit, Liquidität oder Solvenz der Banken zu erhalten oder wiederherzustellen, können aber für letztere einen indirekten Vorteil darstellen. Aus diesen Gründen sollten bestimmte Vorkehrungen bezüglich der möglichen indirekten Beihilfen zugunsten der Kreditinstitute oder anderer Finanzinstitute getroffen werden, um übermässige Wettbewerbsverfälschungen zu begrenzen.¹²¹

116. Ziff. 31 des Befristeten Rahmens¹²² hält dazu Folgendes fest:

«Die Kreditinstitute [...] sollten die Vorteile der öffentlichen Garantien [...] an die Endempfänger so weit wie möglich weitergeben. Der Finanzintermediär muss nachweisen können, dass er anhand eines Mechanismus sicherstellt, dass die Vorteile — in Form umfangreicherer Finanzierungen, riskanterer Portfolios, geringerer Besicherungsanforderungen, niedrigerer Garantieentgelte oder niedrigerer Zinssätze, als ohne solche öffentlichen Garantien oder Darlehen möglich wären — so weit wie möglich an die Endempfänger weitergegeben werden.»

117. In der Anmeldung wird diesbezüglich bestätigt, dass das tiefere Risiko aufgrund der Bundesgarantie von den beteiligten Banken an die Darlehensempfänger weitergegeben wird.¹²³ Auf Rückfragen des Sekretariats wurde vom Beratungsunternehmen Deloitte präzisiert¹²⁴, dass sich die beteiligten Banken lediglich für eine Risikoübernahme von maximal CHF 225 Mio. (nicht-garantierter Teil des Darlehens) einverstanden erklärten. Für den nicht-garantierten Teil wurde der Zins von den Banken vorgeschlagen, unter Bezugnahme auf die Bonität der SWISS und Lufthansa-Gruppe und ebenfalls abgestützt auf das Rating durch einschlägige Agenturen. Es sei daher davon auszugehen, dass dieser Zins, identifiziert für den nicht-garantierten Teil, grundsätzlich

¹¹⁷ Hierbei sei insbesondere der Anteil der Fixkosten zu berücksichtigen, aber auch die Tatsache, dass bei Wiederaufnahme der Aktivitäten (i.e. «ramp-up») kurzfristig auch Verluste in Kauf genommen werden müssen, bis wieder eine entsprechende Auslastung und der break-even Punkt erreicht würde. Diese Situation unterscheidet sich daher von einem Szenario, in welchem ein Rückgang bereits (frühzeitig) erkennbar sei und Anpassungen bei Kosten etc. auch laufend und früher eingeleitet werden können, Erläuterungen vom 14.5.2020, 6.

¹¹⁸ Vgl. Befristeter Rahmen (Fn 57), Rdnr. 8 f.

¹¹⁹ Anmeldung, 6 f.

¹²⁰ Anmeldung, 4 f.

¹²¹ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 8, 28 ff.

¹²² In der Fassung nach der zweiten Änderung des Befristeten Rahmens.

¹²³ Anmeldung, 7.

¹²⁴ Erläuterungen vom 14.5.2020, 6 f.

marktkonform sei. Zwar bezahlt der Darlehensnehmer einen einheitlichen Zins für das ganze Darlehen, 85 % davon erhält jedoch der Bund in Form einer Garantiepremie (abzüglich der an die Banken zu entrichtenden Beträge für den Verwaltungsaufwand und den Kapitalkostenaufwand, vgl. Rz 93 ff.).

118. Aus obigen Erklärungen folgt, dass die Banken den aus der Garantie resultierenden wirtschaftlichen Vorteil an die Darlehensnehmer «weiterzuleiten» scheinen, bzw. einen solchen nicht erfahren, da die Zinskonditionen das mit einem Darlehen über CHF 225 Mio. verbundene Risiko abdecken.

C.3.2.1.4 Voraussetzungen für Rekapitalisierungsmassnahmen gemäss der zweiten Änderung des Befristeten Rahmens

119. In der zweiten Änderung des Befristeten Rahmens legt die EU-Kommission Kriterien fest, auf deren Grundlage die Mitgliedstaaten Unternehmen, die wegen des COVID-19-Ausbruchs in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, öffentliche Unterstützung in Form von Eigenkapitalinstrumenten und/oder hybriden Kapitalinstrumenten bereitstellen können.¹²⁵

120. Es stellt sich die Frage, ob das in den Verträgen vorgesehene «Step-in Right», dessen Ausübung gegebenenfalls dazu führen könnte, dass der Bund [0 – 100] % des Aktienkapitals der SWISS und der Edelweiss übernimmt (vgl. Rz. 32), in den Anwendungsbereich der zweiten Änderung des Befristeten Rahmens fällt und wenn ja, die Voraussetzungen für Rekapitalisierungsmassnahmen, welche mit dem LVA vereinbar erklärt werden können, erfüllt sind.

121. Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Bund grundsätzlich keine Kapitalbeteiligung an den betroffenen Fluggesellschaften beabsichtigt. Auf Rückfrage des Sekretariats wurde von den Rechtsvertretern nochmals präzisiert, dass es sich bei der Verpfändung der Aktien zugunsten der Banken um ein marktübliches Strukturierungselement handle. Das Pfand über diese Aktien, wie auch sämtliche weiteren Sicherheiten, könnte im Falle eines *Event of Default* zur Verwertung gelangen. Eine Verwertung wiederum könne – entsprechend den branchenüblichen Standards für derartige Sicherheitenverträge – u.a. auch mittels Selbsteintritt erfolgen. Das «Step-in Right» des Bundes erlaube diesem, im Falle eines *Event of Default* in die Rechte der Banken einzutreten (gegen vollständige Entschädigung der Banken). Mit Ausübung des «Step-in Right» werde der Bund mithin Kreditgeber und damit auch direkt aus den Sicherheitenverträgen (inkl. der Pfänder über die Aktien) berechtigt und könne diese im Falle eines *Enforcement* vollstrecken. In keinem Fall jedoch bestehe irgendein Wandelrecht oder auch eine Automatik betreffend Selbsteintritt. Letzterer sei einzig eine Option des Bundes nach einem «Step-in» und im Rahmen eines *Enforcements*.¹²⁶

122. In Anbetracht der Tatsache, dass dem Bund durch die Verträge lediglich die Möglichkeit eines Selbsteintritts gewährt wird und somit gegenwärtig unbekannt bzw. unvorhersehbar ist, ob diese Option zukünftig allenfalls realisiert wird, ist vorliegend von einer Prüfung dieser Hypothese abzusehen. Eine beihilferechtliche Prüfung

wäre allenfalls zu gegebener Zeit unter den dann geltenden Rahmenbedingungen vorzunehmen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass COVID-19-Rekapitalisierungsmassnahmen gestützt auf die zweite Änderung des Befristeten Rahmens nur bis zum 30. Juni 2021 gewährt werden dürfen.

C.3.2.2 Verhältnismässigkeit

C.3.2.2.1 Einleitende Bemerkungen

123. Die europäische Rechtsprechung setzt dem weiten Ermessensspielraum der EU-Kommission auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 AEUV Grenzen. So ist die EU-Kommission insbesondere immer verpflichtet, die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale der Notwendigkeit der Beihilfe (einschliesslich des Anreizeffekts) und der Verhältnismässigkeit zu prüfen.¹²⁷ Diese ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale wurden im Befristeten Rahmen übernommen, indem präzisiert wird, dass die beantragten Unterstützungsmassnahmen ein *erforderliches, geeignetes und angemessenes* Mittel darstellen müssen, um eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben des die Beihilfe gewährenden Staates zu beheben.¹²⁸

124. Die von der europäischen Rechtsprechung geforderten und im Befristeten Rahmen explizit erwähnten Tatbestandsmerkmale der Geeignetheit bzw. Eignung der Massnahme, Erforderlichkeit und Angemessenheit stellen die drei kumulativen Elemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, welche auch im Schweizer Recht gelten.¹²⁹

125. Auch im Schweizer Recht fordert der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass Verwaltungsmassnahmen, bzw. vorliegend die staatliche Handlung, zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels – vorliegend der Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – geeignet (Kap. C.3.2.2.2) und notwendig (Kap. C.3.2.2.3) sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem *vernünftigen Verhältnis* zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Kap. C.3.2.2.4). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat dabei Verfassungsrang. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein.¹³⁰

126. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung. Er findet vor allem in der Eingriffsverwaltung Anwendung, spielt aber auch in der Leistungsverwaltung eine zunehmend wichtige Rolle. So weist das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur individualschützenden Charakter auf, sondern setzt im Einzelfall auch der übermässigen Inanspruchnahme der von der Allgemeinheit finanzierten Einrichtungen durch Private Grenzen.¹³¹

¹²⁵ Zweite Änderung des Befristeten Rahmens (Fn 64), Ziff. 44.

¹²⁶ Erläuterungen vom 14.5.2020, 5.

¹²⁷ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 21, 24.

¹²⁸ Befristeter Rahmen (Fn 57), Ziff. 19.

¹²⁹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann), 121, N 521.

¹³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 119 f., N 514, 517.

¹³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 121, N 520.

127. Nachfolgend werden die drei Elemente der Verhältnismässigkeit einzeln geprüft (Eignung der Massnahme, Kap. C.3.2.2.2; Erforderlichkeit der Massnahme, C.3.2.2.3; Zumutbarkeit der Massnahme, C.3.2.2.4). Anschliessend wird auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission Bezug genommen (Kap. C.3.2.2.5), bevor ein Fazit zur Verhältnismässigkeit im vorliegenden Fall gezogen wird (Kap. C.3.2.2.6).

C.3.2.2.2 Eignung der Massnahme

128. Die Verwaltungsmassnahme, bzw. die staatliche Handlung, muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – zu erreichen. Das Element der Geeignetheit dient der Prüfung der Präzision staatlichen Handelns. Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme.¹³²

129. Die beantragten Unterstützungsmassnahmen müssen somit ein geeignetes Mittel darstellen, um eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben des die Beihilfe gewährenden Staates zu beheben, bzw. zur Behebung *beizutragen* (vgl. Befristeter Rahmen, Rdnr. 17).

130. Um die Eignung der vorliegend beabsichtigten Massnahmen beurteilen zu können, muss zunächst ein Bild über die volkswirtschaftliche Bedeutung der SWISS und der Edelweiss für das Funktionieren des schweizerischen Wirtschaftslebens gewonnen werden. Erst darauf gestützt lässt sich erkennen, ob deren Unterstützung dem Zweck dient, eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben beheben zu helfen. Ist die volkswirtschaftliche Bedeutung gering, so indiziert dies auch einen geringeren potentiellen Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens.

131. Zur Eruierung der volkswirtschaftlichen Bedeutung im weiteren Sinne und der Relevanz für das Funktionieren einer Volkswirtschaft im engeren Sinne müssen geeignete Messgrössen als Indikatoren gefunden werden. Um das Funktionieren der schweizerischen Wirtschaft greifen zu können, bietet es sich an, dieses als «System» zu verstehen, in welchem die Produktion von einzelnen Dienstleistungen und Produkten entlang von Wertschöpfungsketten voneinander abhängen.

132. Dabei ist es wichtig, den Endkonsum von der Vorleistungsnachfrage zu unterscheiden: Der Endkonsum ergibt sich durch die Nachfrage am Ende der Wertschöpfungskette und damit durch das Bedürfnis der Nachfragerinnen und Nachfrager bzw. der Gesellschaft nach einer bestimmten Leistung, bspw. ein Flug in den Auslandsurlaub. Dahinter stehen Nutzerpräferenzen, die sich ändern können, bspw. durch ein gestiegenes Umweltbewusstsein oder durch ein durch die Reise bedingtes erhöhtes Risiko einer Ansteckung mit übertragbaren Krankheiten. Das heisst, dass sich die *Existenz* einer Lieferkette schlussendlich durch den Endkonsum von Produkten und Dienstleistungen ergibt. Die Beeinflussung des Endkonsums hat somit keinen Einfluss auf die *Funktionsfähigkeit* der Wirtschaft an sich, sondern auf

die Bestimmung, welche Wertschöpfungsketten aus Sicht der Nachfragebedürfnisse bestehen sollen.

133. Die Prüfung der Eignung ist in folgende Schritte aufgeteilt: Zunächst werden die Zielsetzung und die Funktionsfähigkeit einer Wirtschaft unter Zuhilfenahme der systemischen Relevanz greifbarer gemacht (Abschnitt C.3.2.2.2.1). Anschliessend erfolgt die Beurteilung der Eignung (Abschnitt C.3.2.2.2.2). Hierzu werden vier Schritte gemacht: (1) Betrachtung der Relevanz der Zivilluftfahrt auf gesamtwirtschaftlich aggregierter Ebene, (2) separate Betrachtung der Luftfracht, (3) separate Betrachtung der Hub-Funktion eines Flughafens und einer Fluggesellschaft und (4) Betrachtung der Zusammenhänge von Luftfracht und der Hub-Funktion eines Flughafens und einer Fluggesellschaft. Der Zweck dieses schrittweisen Vorgehens liegt darin, Bereiche mit einer systemischen Relevanz möglichst gut zu isolieren und dabei die Rolle von SWISS und Edelweiss zu identifizieren.

C.3.2.2.2.1 Systemische Relevanz und Zielsetzung

134. Um die Relevanz von einzelnen Luftfahrtgesellschaften für das «System», wie in Rz 131 beschrieben, beurteilen zu können, muss diese «Systemrelevanz» zunächst definiert werden. Hierbei bietet es sich an, sich am Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010 (nachfolgend: Schlussbericht der Expertenkommission) zu orientieren.

135. Dieser stellt den Begriff der «systemischen Relevanz» in den Mittelpunkt der Einstufung eines einzelnen Unternehmens als «too big to fail» (TBTF), also die Einstufung als Unternehmen, das vom Staat nicht untergehen gelassen werden kann. Gemäss der Expertenkommission sind folgende Bedingungen zu erfüllen, damit ein Unternehmen als «systemrelevant» kategorisiert werden kann.¹³³

- Das Unternehmen erbringt Leistungen, die für die Volkswirtschaft zentral sind und auf die grundsätzlich nicht verzichtet werden kann.¹³⁴
- Andere Marktteilnehmer können die systemrelevanten Leistungen des Unternehmens nicht innerhalb der Frist ersetzen, die für die Volkswirtschaft tragbar ist.¹³⁵

136. Für die praktische Einstufung eines Unternehmens als TBTF zieht die Expertenkommission die Grösse und

¹³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 122, N 522.

¹³³ Schlussbericht der Expertenkommission, 12.

¹³⁴ Im Vordergrund stehen dabei Netzwerke und die Grundversorgung mit lebenswichtigen Gütern. Im Bereich des Finanzsektors stellen die Infrastruktur für den Zahlungsverkehr (Liquiditätsversorgung) oder die Finanzintermediation (Kreditwesen und Anlagemöglichkeiten) Beispiele für derartige, unabdingbare wirtschaftliche Leistungen dar.

¹³⁵ Unter widrigen Marktbedingungen kann die Bereitstellung dieser Leistungen durch andere Marktteilnehmer zusätzlich erschwert sein. Die Zeit, welche für die Bereitstellung eines Ersatzes durch den Markt benötigt wird, bestimmt somit auch den Zeitrahmen für eine allfällige Intervention des Staates.

Marktkonzentration¹³⁶, die Vernetzung¹³⁷ und die mangelnde Substituierbarkeit¹³⁸ als Kriterien heran und gelangt nach einer Überprüfung der einzelnen Wirtschaftszweige zum Fazit, dass sich die Problematik des TBTF in der Schweiz einzig auf den Bankensektor beschränke.¹³⁹

137. Dabei wird von der Expertenkommission jedoch angemerkt, dass die Substitution einzelner Unternehmen durch andere Marktteilnehmer dann in Frage gestellt werden kann, wenn verschiedene Unternehmen, welche weder besonders gross oder vernetzt sind, aufgrund eines identischen Risikoprofils in einer Krisensituation [Hervorhebungen durch die WEKO] gleichzeitig in Schwierigkeiten geraten (sog. Gemeinschaftsrisiken). Gleichzeitig führt die Expertenkommission aus, dass die Anwendung von Massnahmen, die auf individuelle TBTF-Unternehmen ausgerichtet seien, zur Reduktion von Risiken, die von einer Vielzahl gleichartiger Unternehmen ausgehen, jedoch nicht zielführend sei und daher nicht im Fokus ihrer Analyse stehen würden.¹⁴⁰

138. Die gegenwärtige COVID-19-Krise stellt zweifelsohne ein Gemeinschaftsrisiko dar. Vor dem Hintergrund der Ausführungen der Expertenkommission stellt sich daher grundsätzlich die Frage, ob die Stützung von Einzelunternehmen zur Reduktion von Risiken, die von einer Vielzahl gleichartiger Unternehmen – hier von Unternehmen in Wertschöpfungsketten innerhalb der Zivilluftfahrt – ausgehen, zielführend ist. Aus Sicht eines funktionierenden und möglichst unverzerrten Wettbewerbs ist – auf generell abstrakter Ebene – grundsätzlich eine möglichst breite Unterstützung von Unternehmen, die zueinander im Wettbewerb stehen einer Einzelunterstützung vorzuziehen – gegeben, dass die Unterstützung erfolgen soll.

139. Wenngleich die vorliegende Ausgangslage nun keine reine TBTF-Problematik auf Stufe eines Einzelunternehmens darstellt, sind die grundsätzlichen Überlegungen der Expertenkommission zur systemischen Relevanz (vgl. Rz 135) dennoch im Hinblick auf die Operationalisierung und Erfüllung der Zielsetzung der Massnahmen, nämlich der Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben, nützlich.

140. Durch die Beitragsfunktion der Massnahmen ergeben sich eine mittelbare und unmittelbare Zielsetzung der Beihilfe an SWISS und Edelweiss. Die mittelbare Zielsetzung ist der Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben, wobei sich diese an der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft bemisst. Die unmittelbare Zielsetzung ist die Erreichung eines bestimmten Umfangs des Beitrags. Die Festsetzung eines bestimmten Umfangs *ex ante* ist allerdings schwierig. Schliesslich wäre eine konkrete Zielvorgabe wichtig für die Prüfung der Verhältnismässigkeit, insbesondere der Erforderlichkeit (vgl. nachfolgend Kap. C.3.2.2.3). Vorliegend wird deshalb auf die Zielgenauigkeit bzw. Präzision (vgl. Rz 128) abgestellt, d.h., es wird darauf geachtet, dass die Streuung der Effekte der Massnahme möglichst auf jene Bereiche ausgerichtet wird, die für das Funktionieren des Wirtschaftslebens besonders relevant sind.

141. Sowohl für die mittel- als auch für die unmittelbare Zielsetzung ist dabei der *Grad an systemischer Relevanz*, d.h. einer gewissen Relevanz für das Funktionieren

einer Wirtschaft bzw. eines Systems, der zu unterstützenden Wirtschaftseinheiten relevant. Das heisst, im Gegensatz zum Expertenbericht, wird hier eine Abstufung der systemischen Relevanz in Betracht gezogen, die sich am Ausmass der Relevanz eines wirtschaftlichen Angebots für das Funktionieren des Wirtschaftslebens bemisst. Je höher die relative Relevanz von in Betracht gezogenen Wirtschaftseinheiten, bspw. Unternehmen, für das System ist, desto zielgenauer können die Massnahmen ausgerichtet werden und desto höher wird der Effekt der Massnahme bei entsprechendem Mitteleinsatz bei der Unterstützung dieser Einheiten ausfallen.

C.3.2.2.2 Beurteilung der Eignung

142. Für Beurteilung der Eignung der vorliegend zu beurteilenden Stützungsmassnahme an SWISS und Edelweiss steht das mittelbare Ziel oder die Frage im Vordergrund, ob diese Stützungsmassnahme einen positiven Beitrag – unabhängig von seiner Grösse – zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben haben kann. Dazu muss das Vorhandensein von einer gewissen systemischen Relevanz des Angebotes für die Volkswirtschaft und einer limitierten Substituierbarkeit (vgl. dazu auch Kap. C.3.2.2.3) dieses Angebots (vgl. Rz 135) abgeschätzt werden.

143. In Anlehnung an den Schlussbericht der Expertenkommission (vgl. Kap. C.3.2.2.2.1 und insbesondere Rz 135 f.) werden daher zunächst die Anteile der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) an der Gesamtwertschöpfung und an der Beschäftigung analysiert. Ausgehend davon werden dann die Bereiche der Luftfracht und der Hubfunktionen eines Flughafens und von Fluggesellschaften näher betrachtet.

¹³⁶ Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn die Grösse beziehungsweise führende Stellung innerhalb eines Marktes verhindert, dass die unverzichtbaren Aktivitäten eines Unternehmens durch andere weitergeführt werden können. Zur Beurteilung der Grösse kann die Bilanzsumme einer Firma im Verhältnis zum BIP herangezogen werden. Die Marktanteile in systemrelevanten Märkten sind ein Mass für die Bedeutung einzelner Unternehmen.

¹³⁷ Ein Unternehmen kann vielfältige und komplexe Geschäftsbeziehungen mit z. B. Kunden, Zulieferern und Investoren auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene aufweisen. Ein Ausfall würde somit schwerwiegende Konsequenzen für eine Vielzahl weiterer Akteure mit sich bringen und könnte durch einen Ansteckungsprozess der gesamten Wirtschaft erheblichen Schaden zufügen.

¹³⁸ Die Substituierbarkeit von volkswirtschaftlich relevanten Funktionen durch den Markt nimmt tendenziell mit der Grösse oder der Vernetzung des entsprechenden Unternehmens ab. Marktspezifische Faktoren wie Krisen können zudem die Übernahme eines Unternehmens oder wichtiger Teile davon zusätzlich erschweren oder gar verhindern. Auch kann eine Übertragung der Funktion an andere Leistungserbringer innert nützlicher Frist nicht möglich sein. Von besonderer Bedeutung zur Beurteilung der Substituierbarkeit ist dabei die Dauer, während derer das Unternehmen systemrelevante Funktionen nicht mehr wahrnehmen kann.

¹³⁹ In anderen Branchen existierten ebenfalls grosse Unternehmen und deren Insolvenz würde zweifelsohne eine erhebliche Belastung darstellen. Ihre systemrelevanten Funktionen könnten im Regelfall jedoch genügend rasch durch den Markt substituiert werden, oder sie könnten mit vertretbarem Aufwand durch eine Auffanggesellschaft sichergestellt werden. Daher sei aus volkswirtschaftlicher Sicht, insbesondere um den für den Wohlstand wichtigen Strukturwandel nicht zu behindern, eine staatliche Rettung nicht angebracht und schon gar nicht zwingend; Schlussbericht der Expertenkommission, 12 f. und 21.

¹⁴⁰ Schlussbericht der Expertenkommission, 12, Fn 11.

Anteile der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) an der Gesamtwertschöpfung und an der Beschäftigung

144. Um die volkswirtschaftliche Relevanz der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) im gesamtwirtschaftlichen Kontext einordnen zu können, soll in diesem Abschnitt zunächst ein Blick auf die Wertschöpfung und Beschäftigung in diesem Sektor geworfen werden.

145. Wie im Anhang F.1 detaillierter ausgeführt liegen sowohl der gesamtwirtschaftliche Wertschöpfungs- als auch der Beschäftigungsanteil der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) als Ganzes und insbesondere des «Airline-related» Segments¹⁴¹ im sehr tiefen einstelligen Prozentbereich und indizieren – für sich genommen – eine unterdurchschnittliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung dieser beiden Bereiche. Fluggesellschaften sind ein Teil des «Airline-related» Segments, wobei die SWISS hier einen Anteil von rund [...] approximiert durch die jährlich durchgeführten Flugbewegungen haben dürfte. Der entsprechende Anteil von Edelweiss dürfte dementsprechend im tiefen [...] liegen.

146. Die Betrachtung der Wertschöpfungs- und Beschäftigungsanteile muss allerdings vor dem Hintergrund der Relevanz für das Funktionieren des Wirtschaftslebens, das heisst insbesondere im Hinblick auf die Funktion von Wertschöpfungs- und Lieferketten, differenziert betrachtet werden. Passagierflüge in das Ausland stellen in der Regel keine Inputfaktoren in andere Wirtschaftsprozesse, die zur schweizerischen Gesamtwertschöpfung beitragen, dar. Sie realisieren einen Endkonsum, wie er in Rz 132 beschrieben wurde. Zulieferer und Auftragnehmer der Luftfahrtbranche (ausserhalb der Flugplatzareale) sowie Geschäftsreisen und touristische Reisen in die Schweiz können jedoch als mit der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) zusammenhängende Wirtschaftseinheiten bzw. Tätigkeiten mit Folgeeffekten für die schweizerische Wertschöpfung (BIP) betrachtet werden. Die Effekte werden durch die indirekten und katalytischen Effekte approximiert (vgl. Rz 222, Anhang F.1). Zum katalytischen Effekt, gehört auch die Standortattraktivität der Schweiz, zu der insbesondere eine bessere Luftverkehrs-anbindung infolge von Hub-Anbindungen an internationale Destinationen beiträgt. Diese ist allerdings schwer zu quantifizieren (vgl. Rz 227, Anhang F.1). Sowohl der indirekte als auch der katalytische Effekt sind mit Werten unterhalb der 1 %-Grenze sehr klein (vgl. Rz 225 f., Anhang F.1).

147. Gesamthaft zeigt sich daher eine im Vergleich zu anderen Branchen (vgl. hierzu insb. Rz 229 ff., Anhang F.1) unterdurchschnittliche Relevanz der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht), sofern man hierzu auf deren direkten, indirekten sowie katalytischen Wertschöpfungs- und Beschäftigungseffekte abstellt. Dies würde für sich genommen darauf hindeuten, dass die Unterstützung der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) einen eher geringen Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben haben dürfte.

148. Trotz dieses Befundes drängt sich ein näherer Blick auf die Hub-Funktionen eines Flughafens und von Fluggesellschaften sowie auf die Luftfracht auf. Bei diesen Bereichen ist nicht auszuschliessen, dass sie für das Funktionieren einer Volkswirtschaft von einer gewissen systemischen Relevanz sind (vgl. Rz 141) und daher

v.a. die mittelbare Zielerreichung (die Erreichung eines Beitrags zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben) ausgeprägt sein dürfte (vgl. Rz 140 f).

Relevanz der Luftfracht für das Funktionieren des Wirtschaftslebens

149. Gemäss der Studie «Luftfracht als Wettbewerbsfaktor des Wirtschaftsstandortes der Schweiz»¹⁴² sei die Luftfracht ein elementarer und alltäglicher Bestandteil der Schweizer Wertschöpfungsketten.

150. Die nachfolgende Abbildung zeigt die mengen- und wertmässigen Export- und Importanteile der Luftfracht am gesamten Export- bzw. Importhandel.

¹⁴¹ Das Segment «Airline-related» umfasst die eng mit der Beförderung von Personen und Fracht verbundenen Unternehmen, z. B. Airlines, General Aviation, Bodenabfertigung, Catering, Technische Betriebe, Treibstoff-Firmen, Fracht, Speditionslogistik etc. (vgl. Rz 231).

¹⁴² JOACHIM EHRENTAL/JÖRG S. HOFSTETTER/WOLFGANG STÖLZLE, Luftfracht als Wettbewerbsfaktor des Wirtschaftsstandortes Schweiz – Zur Stärkung der Schweizer Wirtschaft und zur Sicherung hochwertiger Arbeitsplätze im Inland, Cuvillier Verlag Göttingen, 2010 (zit. EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE), 7.

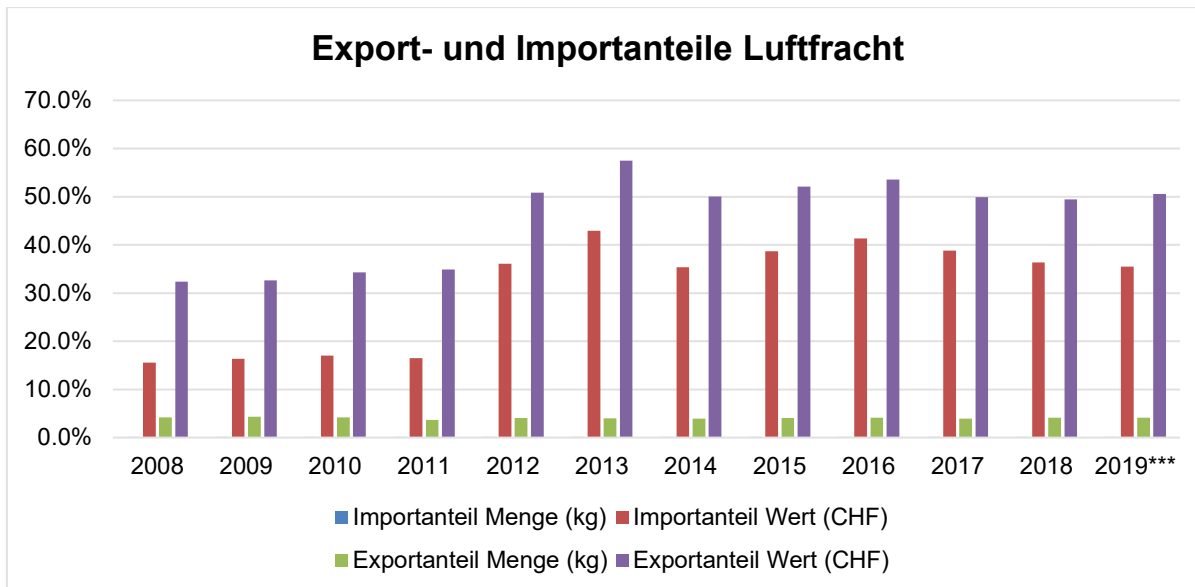


Abbildung 2: Mengen- und wertmässige Import- und Exportanteile der Luftfracht am Gesamthandel. Ab 2012 (importseitig): Ursprungsland statt Erzeugungsland; ab 2012: inkl. Gold- und Silberbarren sowie Münzen im Gesamttotal (Total 2); ab 2013: Neue Methode bei der Erhebung der Stromflüsse. ***Provisorische Daten für 2019. Quelle: Eidgenössische Zollverwaltung (EZV).

151. Auffallend ist, dass die wertmässigen Exportanteile bis und mit 2011 bei rund 30 % lagen und sich seit dann auf dem Niveau von ca. 50 % bewegen. Dies dürfte möglicherweise auf die Zunahme von Gold- und Silberbarren sowie Münzen im Gesamttotal zurückzuführen sein. Unabhängig davon zeigt sich, dass die Luftfracht beim wertmässigen Export eine bedeutende Rolle spielt und über dem entsprechenden – ebenfalls substanziellen – Importanteil von rund 16 % vor 2012 und rund 38 % nach 2012 liegt.

152. Die mengenmässigen Anteile liegen beim Import bei nahezu 0 % und beim Export bei ca. 4 %. Dies deutet darauf hin, dass vor allem wertintensive (gemessen am Gewicht) Güter exportiert und importiert werden. Für das Jahr 2008 identifizieren EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142) v.a. im Bereich der Maschinen, medi-

zinischen und chemischen Erzeugnisse sowie Uhren eine hohe Bedeutung der Luftfracht für den Aussenhandel.¹⁴³

153. EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142) stellen zudem fest, dass die Exporte im Wesentlichen den Arbeitsmarkt und die Innovationskraft der Schweizer Wirtschaft stärken würden. Bei den Luftfracht-Importen würde sich ein differenzierteres Bild zeigen: Die Luftfracht-Importe würden entweder direkt von der Schweizer Bevölkerung konsumiert, insbesondere Lebensmittel, oder sie gingen als Vorprodukte in die Wertschöpfung ein.¹⁴⁴

154. Ein Blick auf die an die Studie anschliessenden Jahre 2008 bis 2018 lässt für die nachfolgenden Produktkategorien¹⁴⁵ einen relativen hohen Anteil am wertmässigen Luftfracht-Export erkennen:

Produktkategorien	Anteil
Maschinen und Ausrüstungen; Büromaschinen und Computer; elektronische Maschinen; Radio-, Fernseher- und Kommunikationsequipment; Medizin-, Messerzeugnisse; optische Erzeugnisse; Uhren ¹⁴⁶	Rund 14 – 43 %
Pharmazeutische und paracheimische Erzeugnisse einschliesslich Pestizide und andere agrochemische Erzeugnisse	Rund 24 – 30 %
Chemische Erzeugnisse und Chemiefasern; Gummi- und Kunststoffwaren; Spalt- und Brutstoffe	Rund 15 – 30 %

Tabelle 1: Warenkategorien mit relativ hohem Anteil am wertmässigen Luftfracht-Export in den Jahren 2008 bis 2018. Die Werte geben einen ungefähren Rahmen für die tatsächlichen Werte. Quelle: EZV.

¹⁴³ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 24.

¹⁴⁴ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 24 f.

¹⁴⁵ Kategorisierung gemäss EZV.

¹⁴⁶ In dieser Kategorie fallen insbesondere Medizin-, Mess-, steuerungs- und regelungstechnische Erzeugnisse, optische Erzeugnisse und Uhren ins Gewicht.

155. Nach Gewicht seien gemäss EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142) 2008 insbesondere Agrarerzeugnisse wie frisches Obst, Gemüse und Fleisch für den direkten Verbrauch durch die Schweizer Bevölkerung eingeführt worden. Daneben seien hochwertige feinmechanische Apparaturen und Instrumente importiert worden. Hinzu gekommen seien eine breite Palette weiterer Produkte, darunter für die Grundversorgung der Schweiz wichtige Transporte wie Spenderor-

gane für Transplantationen. Die Vielzahl der per Luftfracht importierten Güter zeige sich in der Betrachtung der Luftfracht-Importe nach Wert. An erster Stelle stünde hier die Sammelkategorie «Sonstige Erzeugnisse», gefolgt von pharmazeutischen und medizinischen Produkten sowie einer Reihe wertvoller Rohstoffe.¹⁴⁷

156. In den Jahren 2008 bis 2018 hatten die nachfolgenden Produktkategorien¹⁴⁸ einen relativen hohen Anteil am wertmässigen Luftfracht-Import:

Produktkategorien	Anteil
Maschinen und Ausrüstungen; Büromaschinen und Computers; elektronische Maschinen; Radio-, Fernseher- und Kommunikationsequipment; Medizin-, Messerzeugnisse; optische Erzeugnisse; Uhren	Rund 26 – 29 %
Chemische Erzeugnisse und Chemiefasern; Gummi- und Kunststoffwaren; Spalt- und Brutstoffe	Rund 11 bis 16 %
Anderes frisches Obst und Gemüse	Rund 11 – 15 %
Nahrungs- und Genussmittel	Rund 10 %
Textilien und Bekleidung; Leder und Lederwaren	Rund 10 %

Tabelle 2: Warenkategorien mit relativ hohem Anteil am wertmässigen Luftfracht-Import in den Jahren 2008 bis 2018. Die Werte geben einen ungefähren Rahmen für die tatsächlichen Werte. Quelle: EZV.

157. Die in Tabelle 2 ausgewiesenen Produktkategorien und deren Importanteile bestätigen den in Rz 155 beschriebenen Befund von EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142). Sie stützen auch deren Folgerung, dass die Luftfracht ein «[...] alltäglicher Bestandteil Schweizer Wertschöpfungsketten [ist]». ¹⁴⁹ In den Branchen wie Maschinenbau, Pharma und Chemie werde Luftfracht nicht mehr als Notlösung, sondern als integraler Bestandteil der Wertschöpfungskette angesehen. Die Faktoren Zeit, Sicherheit, Kapitalbindung sowie eine Vielzahl produktspezifischer Anforderungen spielten dabei eine entscheidende Rolle für die Wahl von Luftfracht anstatt anderer Transportmöglichkeiten.¹⁵⁰

158. Insbesondere der relativ hohe Wertschöpfungsanteil des Pharmasektors¹⁵¹ (vgl. Tabelle 5, Anhang F.1) und der Uhren- und Datenverarbeitungssektor¹⁵² untermauern die Wichtigkeit der Luftfracht-Importe für diese Bereiche der Volkswirtschaft.

159. EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142) haben im Sommer 2009 eine schweizweite Befragung von Empfängern und Versendern von Luftfracht sowie von Logistikdienstleistungen durchgeführt.¹⁵³ Diese zeigte im Hinblick auf die Substitutionsmöglichkeiten der Luftfracht zu anderen Verkehrszweigen zudem, dass für einen erheblichen Anteil der antwortenden Verlager Luftfrachttransporte über die Schweizer Flughäfen nicht durch andere Transportarten ersetzbar seien. Es könne daraus geschlossen werden, dass Luftfracht nicht nur für Exporte, sondern auch für Importe von hoher Bedeutung für die Schweizer Wirtschaft sei.¹⁵⁴

160. Das BAZL führt hierzu ergänzend aus, dass Luftfracht primär für den Transport von hochwertigen Gütern eingesetzt werde. Die Schweizer Luftfracht unterstütze damit insbesondere diejenigen Wirtschaftszweige, die hochwertige Güter importieren und exportieren. Die Mehrheit der Güter sei diebstahlgefährdet und müsse unter speziellen Schutzmassnahmen transportiert werden. Ein weiterer wesentlicher Teil sei temperaturgeführt. Eine Verschlechterung der Luftfrachtanbindung würde damit auch negative Konsequenzen für diese in der Regel hoch technologisierten Wirtschaftszweige nach sich ziehen.¹⁵⁵

¹⁴⁷ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 25.

¹⁴⁸ Kategorisierung gemäss EZV.

¹⁴⁹ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 8.

¹⁵⁰ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 31.

¹⁵¹ NOGA 21, «Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen».

¹⁵² NOGA 26, «Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten und Uhren».

¹⁵³ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 20.

¹⁵⁴ EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 26.

¹⁵⁵ Erläuterungen vom 14.5.2020, 13.

161. In Anhang F.2, Tabelle 7 und Tabelle 10 wird auch ersichtlich, dass über die Zeit seit 2018 der wesentliche Teil der Luftfracht (gemessen am Gewicht) über Zürich abgewickelt wird (mit einem Anteil von rund 90 %) und dass dabei v.a. die SWISS mit Anteilen von ca. [70-80] % der weitaus wichtigste Player ist. [...] und [...] sind mit Anteilen von ca. [0 – 10] % die zweit- bzw. dritt-wichtigsten Anbieter von Luftfracht. Edelweiss spielt mit rund [0 – 10] % Anteil eine eher untergeordnete Rolle, welche mit den Anteilen von [...] und [...] (je ca. [0 – 10] %) vergleichbar ist. Genf und Basel haben mit Luftfrachtanteilen in den Jahren 2018 und 2019 von ca. 8.5 % bzw. 0.1 % eine geringe Bedeutung in diesem Bereich.

Zwischenfazit

162. Insgesamt kann gestützt auf diese Angaben und Informationen darauf geschlossen werden, dass die Luftfracht ein wichtiger Bestandteil für die Funktionsweise von inländischen Wertschöpfungsketten ist und nur bedingt durch andere Verkehrszweige (bspw. Bahn- oder Strassenverkehr) substituiert werden kann.

163. Mit Abstand am relevantesten sind für die Abwicklung der Luftfracht der Flughafen Zürich und die SWISS. Genf und Basel als Flughäfen und Edelweiss sind von untergeordneter Relevanz.

Relevanz der Hub-Funktion einer Fluggesellschaft für das Funktionieren des Wirtschaftslebens

164. Als Diskussionsgrundlage für die Betrachtung der Relevanz einer Fluggesellschaft mit Hub-Funktion für das Funktionieren des Wirtschaftslebens muss diese Funktion und die Eigenschaften eines Hub-Flughafens zunächst definiert werden.

Definition Hub-Flughafen

165. Nach Auskunft des BAZL gelte als Hub ein Flughafen, der als Umsteigeknoten für Flugpassagiere diene. In der Schweiz sei der Flughafen Zürich der einzige Hub-Flughafen (Anteil Umsteigepassagiere: rund 30 %, Stand 2019). Der Anteil Umsteigepassagiere der Flughäfen Genf und Basel sei vernachlässigbar.¹⁵⁶ Folgende Kriterien müssten nach Auskunft des BAZL erfüllt sein, um bei einem Flughafen von einem «Drehkreuz» oder «Hub» sprechen zu können:¹⁵⁷

- Zahlreiche Umsteigemöglichkeiten zwischen Flügen derselben Fluggesellschaft oder Fluggesellschaften einer Allianz.
- Zubringerfunktion der Kurz- und Mittelstreckenflüge für Mittel- und Langstreckenflüge derselben Fluggesellschaft oder Allianz.
- Auflistung der Umsteigeverbindungen im Flugplan der Fluggesellschaft als One-Stop-Flüge, d.h. Flugkombinationen, die mit einem Flugzeugwechsel verbunden sind.
- Der planmässig umsteigebedingte Zeitaufwand darf nicht ausser Verhältnis zu der Gesamtreisezeit liegen (Maximum Connecting Time), die für einen (potenziellen) Non-Stop benötigt würde.

Definition Hub-Funktion einer Fluggesellschaft

166. Gemäss BAZL besteht die Hub-Funktion einer Fluggesellschaft darin, über einen (oder mehrere) Hubs

Umsteigeverbindungen anzubieten, um die nötige Auslastung der grossen Langstreckenflugzeuge sicherzustellen. In der Schweiz sei die SWISS eine Hub-Airline, die das Drehkreuz am Hub Zürich betreibe.

Relevanz für das Funktionieren des Wirtschaftslebens

167. Gemäss BAZL¹⁵⁸ sei der volkswirtschaftliche Nutzen eines Hub-Flughafens (bzw. einer Airline, die an einem bestimmten Flughafen einen Hub betreibt) unumstritten. Eine Studie von BAK Economics und INFRAS im Jahr 2017 unterstreiche die Bedeutung des Flughafens Zürich für die heute hohe Erreichbarkeit der Schweiz.¹⁵⁹ Gemessen am Erreichbarkeitsmodell von BAK Economics sei Zürich heute global und kontinental nach wie vor sehr gut erreichbar und daher attraktiv für international tätige Unternehmen. Direkte Luftverkehrsverbindungen in wichtige Handelszentren und ein dichtes Verbindungsnetz in Europa seien eine zentrale Voraussetzung für die Funktionsweise einer international ausgerichteten Wirtschaft und Gesellschaft wie die der Schweiz.

168. Gemäss einem Gutachten über Lärmgebühren am Flughafen Zürich, das ebenfalls auf die oben referenzierte Studie von BAK Economics und INFRAS verweist, habe die Erreichbarkeit jedoch in den letzten Jahren absolut gesehen stagniert, relativ zu Konkurrenzstandorten in Europa sei sie sogar deutlich rückläufig.¹⁶⁰

169. Gemäss BAZL gibt es im geografischen Umfeld von Zürich verschiedene andere europäische Hubs, welche die interkontinentale Anbindung der Schweiz übernehmen könnten.¹⁶¹ Insofern kann ein gewisser Wettbewerb zwischen diesen Hubs und jenem im Zürich betreffend die interkontinentale Anbindungsfunktion, welche näher zu analysieren wäre, nicht ausgeschlossen werden.

170. Der Wert des Hub-Betriebs am Flughafen Zürich bestehe gemäss BAZL jedoch insbesondere darin, zahlreiche Non-Stop-Langstreckenverbindungen anzubieten, die ohne Umsteige-Passagiere nicht rentabel zu betreiben wären. Eine Fluggesellschaft, die das Drehkreuz in Zürich betreibe, sei deshalb für die optimale Anbindung der Schweiz unverzichtbar. Je mehr Destinationen ab einem Flughafen direkt angefliegen würden, desto einfacher sei der Transport und der internationale Austausch von Personen, Gütern und Produktionsfaktoren, was für die wirtschaftliche Aktivität bzw. Funktionsweise einer modernen, offenen Volkswirtschaft eine grundlegende Voraussetzung darstelle. Mit der zunehmenden Globalisierung entscheide die Erreichbarkeit eines Standortes massgeblich darüber, in welchem Umfang eine Region am wirtschaftlichen Wachstumsprozess teilhaben könne. Internationale Mobilität sei aber nicht nur für Schweizer

¹⁵⁶ Erläuterungen vom 14.5.2020, 9.

¹⁵⁷ Erläuterungen vom 14.5.2020, 9.

¹⁵⁸ Erläuterungen vom 14.5.2020, 9 f.

¹⁵⁹ Das BAZL verweist auf BAK Economics und INFRAS, Management Summary Studie «Volkswirtschaftliche Bedeutung des Flughafens Zürich: Ergebnisse für das Jahr 2016», 2017, Zürich. Flughafen Zürich AG, abrufbar unter <https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/laerm-politik-und-umwelt/volkswirtschaft> (14.5.2020).

¹⁶⁰ ANDREAS WITTMER, Lärmgebühren am Flughafen Zürich, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL), 2018, St. Gallen, 14.

¹⁶¹ Anmeldung, 8.

Unternehmen, sondern auch für international ausgerichtete Forschungs- und Kulturinstitute eine wesentliche Voraussetzung für den Erhalt und die Förderung von Vielfalt und Qualität.¹⁶²

171. Im Hinblick auf eine Quantifizierung anhand der Wertschöpfung als Indikator beziffert das in Rz 168 erwähnte Gutachten über Lärmgebühren am Flughafen Zürich¹⁶³ den direkten Wertschöpfungseffekt des Flughafens Zürich im Jahr 2016 auf CHF 4,1 Mia. (0,6 % des BIP im Jahr 2016¹⁶⁴). Der indirekte und der induzierte Effekt werden auf CHF 900 Mio. (0,1 % des BIP im Jahr 2016¹⁶⁵) bzw. auf CHF 5,8 Mia. (0,9 % des BIP im Jahr 2016¹⁶⁶) beziffert (zur Definition der Effekte vgl. Anhang F.1 und Rz 146). Zum sogenannten katalytischen Effekt (z. B. Ausgaben der mit dem Flugzeug angereisten Touristen, oder die Standortattraktivität) macht die Studie keine Angaben. Dieser Effekt ist denn auch schwierig zu quantifizieren (vgl. ebenfalls Anhang F.1).¹⁶⁷

SWISS und Edelweiss als Hub-Fluggesellschaften

172. Die Hub-Funktionsleistung von SWISS bestehe gemäss BAZL insbesondere in der Anzahl direkt angeflogener Langstreckendestinationen, die ohne Umsteigepassagiere nicht rentabel zu betreiben wären sowie der angebotenen Frachtkapazität. Rund [40 – 50] % der abfliegenden Passagiere der SWISS ab dem Flughafen Zürich seien Umsteigepassagiere, rund [0 – 10] % der Umsteiger würden von Edelweiss zugeführt. SWISS könnte ohne Umsteigepassagiere derzeit (Stand: 2019) nur [...] Langstrecken betreiben, so dass ein positiver Beitrag an die Overhead-Kosten anfalle.¹⁶⁸

173. Im 2019 seien auf [...] von SWISS bedienten Langstrecken auch andere Fluggesellschaften aktiv gewesen, sie würden also mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei einem Wegfall von SWISS weiterbedient werden. Im Falle eines Wegfalls der SWISS sei davon auszugehen, dass andere Fluggesellschaften die Übernahme einer Strecke nur in Betracht ziehen würden, wenn die Strecke mindestens 4 Mal pro Woche mit einer Auslastung¹⁶⁹ von 70 % durch Lokalpassagiere aus der Schweiz angefliegen werden könne.¹⁷⁰

174. Ohne SWISS blieben der Schweiz nur die [10 – 20] bestehenden Wettbewerbsstrecken (d.h. sie würden heute nicht nur von SWISS angeboten) plus allenfalls die [0 – 10] erwähnten zusätzlichen Destinationen von den heute 22 angebotenen Langstreckenzielen erhalten. Die Reduktion der Konnektivität wäre gemäss BAZL beträchtlich, mit den entsprechenden Folgen für die Schweizer Volkswirtschaft.¹⁷¹

175. Edelweiss operiere derzeit ausschliesslich vom Flughafen Zürich und habe einen Fokus auf Schweizer Gäste. Hinzukommen würden solche aus den benachbarten Regionen (v.a. Bodenseeregion). Vor diesem Hintergrund könne Edelweiss als ein «point-to-point» Anbieter bezeichnet werden. Jedoch seien die Hub-Funktionalitäten am Flughafen Zürich für Edelweiss von existenzieller Bedeutung. [70 – 80] % Prozent der Passagiere von Edelweiss würden ihre Reise am Flughafen Zürich beginnen, was besonders auf die Kurzstreckenflüge zutreffe ([80 – 90] %), während auf der Langstrecke nur rund jeder [...] Gast seine Reise in Zürich beginne ([40 – 50] %). Edelweiss sei in das Hub-System

der SWISS eingebunden und benötige dies für die Wirtschaftlichkeit der Flüge sowie ihr Angebot. Der Grossteil der Umsteigepassagiere von Edelweiss werde von SWISS zugeführt. Auf die gleiche Weise «füttere» Edelweiss das Netzwerk von SWISS.¹⁷²

176. Ohne Umsteigepassagiere würden mindestens [0 – 10] Langstrecken von Edelweiss (entsprechend [20 – 50] % der Destinationen, je nach Saison) vollständig entfallen.¹⁷³ Ein Grossteil der Langstrecken-Destinationen könnte zwar mit der verbleibenden Anzahl Schweizer Gäste theoretisch noch bedient werden, jedoch überwiegend nur noch eine Frequenz pro Woche und dies nur während der absoluten Hochsaison.¹⁷⁴ Mit einer derartigen Reduktion und Saisonalität, v.a. auf Schweizer Schulferien fokussiert, liesse sich jedoch eine ganzjährige, fixkosten-intensive Langstreckenoperation als Ganzes nicht mehr wirtschaftlich durchführen. Daher würden diese Langstrecken ebenfalls teilweise oder ganz eingestellt werden müssen, da so keine ausreichende Kostendeckung mehr erzielt werden könne.¹⁷⁵

177. Im Hinblick auf die Relevanz von SWISS und Edelweiss für den Transport des Passagieraufkommens am Flughafen Zürich kann festgestellt werden, dass deren gemeinsamer Anteil im 2018, im 2019 und in den Monaten Januar bis April 2020 bisher bei rund [60 – 70] % gelegen hat (SWISS rund [50 – 60] % und Edelweiss rund [0 – 10] %). Die drei nächstgrösseren Konkurrenten sind [...] (ca. [0 – 10] %), [...] (ca. [0 – 10] %) und [...] (ca. [0 – 10] %; vgl. Anhang F.2, Tabelle 7).

Zwischenfazit

178. Insgesamt kann aufgrund dieser Indikationen davon ausgegangen werden, dass Zürich als Hub-Flughafen

¹⁶² Erläuterungen vom 14.5.2020, 9 f.

¹⁶³ ANDREAS WITTMER, Lärmgebühren am Flughafen Zürich, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL), 2018, St. Gallen.

¹⁶⁴ Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Volkswirtschaft > Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung > Bruttoinlandprodukt > Bruttoinlandprodukt, lange Serie (14.5.2020).

¹⁶⁵ Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Volkswirtschaft > Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung > Bruttoinlandprodukt > Bruttoinlandprodukt, lange Serie (14.5.2020).

¹⁶⁶ Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Volkswirtschaft > Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung > Bruttoinlandprodukt > Bruttoinlandprodukt, lange Serie (14.5.2020).

¹⁶⁷ Die Beschäftigungsanteile dieser drei Effekte an der gesamten schweizerischen Beschäftigung in Vollzeitäquivalenten im Jahr 2016 sind 0,5 % (direkter Effekt), 0,1 % (indirekter Effekt) und 1,0 % (induzierter Effekt), Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit > Erwerbstätige > Entwicklung der Erwerbstätigenzahlen > Erwerbstätige (Inlandkonzept), insgesamt und in Vollzeitäquivalenten nach Geschlecht und Nationalität, brutto- und saisonbereinigte Werte. Durchschnittliche Quartals- und Jahreswerte (14.5.2020).

¹⁶⁸ [...] Erläuterungen vom 14.5.2020, 10.

¹⁶⁹ Gemessen am Seat Load Factor (SLF).

¹⁷⁰ [...] Erläuterungen vom 14.5.2020, 10.

¹⁷¹ Erläuterungen vom 14.5.2020, 10 f.

¹⁷² Erläuterungen vom 14.5.2020, 10 f.

¹⁷³ Varadero, Orlando, San Diego, Calgary, Ho Chi Minh City, Mahé. Erläuterungen vom 14.5.2020, 10 f.

¹⁷⁴ Cancún, Havana, Punta Cana, San José, Rio de Janeiro, Buenos Aires, Tampa, Las Vegas, Denver - keine dieser Destinationen von Zürich aus werde derzeit von einer anderen Fluggesellschaft bedient. Erläuterungen vom 14.5.2020, 10 f.

¹⁷⁵ Erläuterungen vom 14.5.2020, 10 f.

eine Anbindungsfunktion und Erhöhung der Standortattraktivität für die Schweizer Volkswirtschaft hat. SWISS und Edelweiss haben hier gemessen am Passagiergeschäft den weitaus grössten Anteil, wobei die SWISS heraussticht.

179. Edelweiss scheint insb. in Anbetracht der Destinationen vorwiegend auf die Bedienung von Feriendestinationen fokussiert zu sein. Ihr Beitrag zur Hub-Funktion, die von SWISS durch das Streckennetz von SWISS begründet wird, scheint von untergeordneter Bedeutung zu sein. Jedenfalls wird aus den vorliegenden Angaben nicht deutlich, inwiefern Edelweiss einen markanten Einfluss auf die Hub-Funktionalität von SWISS hat. Vielmehr scheint Edelweiss vom Hub-System der SWISS zu profitieren (vgl. Rz 175).

180. Alleine gemessen am Wertschöpfungs- und Beschäftigungsanteil ist die wirtschaftliche Relevanz des Hub-Flughafens jedoch eher gering. Der Hub dürfte auch mit den im grenznahen Ausland liegenden Hub-Flughäfen und den grossen europäischen Hub-Flughäfen in einem gewissen Wettbewerb stehen. Dieser dürfte insbesondere von der Passagierseite ausgehenden Substitutionseffekten getrieben sein.

181. Die Hub-Funktion und deren Relevanz für die Funktionsweise ist angesichts der schwer quantifizierbaren katalytischen Effekte (vgl. Rz 171), welche insb. für die Standortattraktivität herangezogen werden können, schwierig zu beurteilen. Zweifelsohne hat ein Hub aber eine Relevanz für die passagierseitige Endnachfrage nach Flügen. Diese ist allerdings – im Gegensatz zur Standortattraktivität – nur bedingt und höchstens indirekt relevant für die Aufrechterhaltung von Wertschöpfungs- und Lieferketten (vgl. auch Rz 146).

182. Wie sich nachfolgend zeigt, muss die Hub-Funktion allerdings auch im Kontext mit der Luftfracht, welche eine Relevanz für die Funktion der Wirtschaft hat (vgl. Rz 162), gesehen werden.

Verbund von Hub- und Luftfrachtfunktionen von SWISS und Edelweiss

183. Der Zusammenhang von Hub- und Luftfrachtfunktion muss zum besseren Verständnis vor dem Hintergrund der historischen Entwicklungen und dem Aufkommen von sogenannten «Low-Cost-Carriers» (nachfolgend: LCC) betrachtet werden.¹⁷⁶

184. Im Zuge der Liberalisierung des europäischen Wirtschaftsraumes vor rund 30 Jahren und der Öffnung des gemeinsamen europäischen Marktes hätten sich gemäss BAZL neue Möglichkeiten, insb. zur Etablierung von LCC ergeben. Diese hätten sich auf Kurz- und Mittelstreckenflügen zu den grössten Konkurrenten der angestammten nationalen Fluggesellschaften entwickelt.¹⁷⁷

185. Die betreffenden Geschäftsmodelle der LCC zeichneten sich durch die folgenden Merkmale aus:¹⁷⁸

- Dezentrales Angebot (d.h. Operation von dezentralen Flugplätzen, die nicht primär von Hub-Fluggesellschaften bedient würden) von primär internationalen Punkt-zu-Punkt-Verbindungen;
- konsequentes Kostenmanagement; und

- abgestufte Ticketpreise in Abhängigkeit der effektiv bezogenen Leistungen (v.a. Gepäck, Catering).

186. Der Markteintritt der LCC habe die Geschäftsmodelle der angestammten nationalen Fluggesellschaften in zweifacher Hinsicht angegriffen: Einerseits sei das Angebot an neuen und bestehenden Flugverbindungen erhöht worden und andererseits hätten die Preise für Kurz- und Mittelstreckenflüge aufgrund der tieferen Kostenstrukturen der LCC deutlich unter dem bisherigen Niveau der traditionellen Anbieter gelegen. Die nationalen Fluggesellschaften hätten sich daher verändern müssen, um weiter am Markt bestehen zu können. Dazu hätten sie sich mit Erfolg strategisch an folgenden Eckpunkten orientiert:¹⁷⁹

1. Konsolidierung und Zusammenschluss mit anderen Flugbetrieben und Entwicklung hin zu Netzwerkfluggesellschaften, welche ab einem oder im Gruppenverbund ab mehreren *Hubs* operieren würden.
2. Aufgrund der Globalisierung und der Verlagerung globaler Produktions- und Wertschöpfungsprozesse habe das *Frachtgeschäft* zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Die «leeren» Kapazitäten im Frachtraum eines Flugzeuges und ein global umspannendes Netzwerk von untereinander abgestimmten Luftverkehrsverbindungen habe ein Angebot geschaffen, um die internationalen Güter- und Warenströme schnell, zuverlässig und günstig abwickeln zu können.
3. Durch die zusätzlichen Frachterträge sei es möglich geworden, die Kurz- und Mittelstreckenverbindungen zu konkurrenzfähigen – jedoch für dieses Segment defizitären – Ticketpreisen anzubieten und damit annäherungsweise ein Gleichgewicht im Wettbewerb zu den LCC herstellen zu können.

187. LCC würden sich aufgrund ihres Punkt-zu-Punkt-Netzwerkes nicht für die Abfertigung der globalen Frachtströme eignen. Hinzu käme, dass der Betrieb eines Frachtnetzwerkes komplex sei und auch entsprechende operationelle Funktionen erfordere, welche den Grundsätzen der Einfachheit eines LCC-Geschäftsmodells nicht entsprechen würden.¹⁸⁰

188. Der Betrieb einer Hub-Airline sei durch das abgestimmte Zusammenspiel von Kurz-, Mittel- und Langstreckenverbindungen möglich. Ohne Luftfracht seien die Kurz- und Mittelstreckenverbindungen einer Netzwerkgesellschaft nicht rentabel zu betreiben.¹⁸¹ Und ohne diese Verbindungen («Feeder») könne ab dem Hub Zürich das heutige Angebot der Langstreckenverbindungen nicht aufrechterhalten werden.¹⁸²

¹⁷⁶ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁷⁷ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁷⁸ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁷⁹ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁸⁰ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁸¹ Dieser Befund wird durch EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE gestützt, wonach in der Schweiz das Angebot an Passagierflügen direkt vom Luftfrachtaufkommen abhängt. Ohne Frachtzuladung wären bis zu 90 % der in der Schweiz angebotenen Passagierflüge auf Lang- und Mittelstrecken nicht kostendeckend durchführbar; EHRENTAL/HOFSTETTER/STÖLZLE (Fn 142), 8.

¹⁸² Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

189. Die Sicherstellung dieser gegenseitigen Abhängigkeiten seien daher eine entscheidende Voraussetzung für die Erhaltung der Hub-Funktionsleistungen (Langstrecke und Fracht). Daraus ergebe sich, dass die Luftfracht für das Angebot von Passagierflügen einer Hub-Fluggesellschaft eine wichtige Voraussetzung ist und umgekehrt das Luftfrachtgeschäft und dessen Kunden von den Vorteilen der hohen Konnektivität einer Hub-Fluggesellschaft massgebend profitieren könnten. Diese Zusammenhänge würden sowohl für die Schweiz, wie auch für den übrigen europäischen Wirtschaftsraum gelten.¹⁸³

190. Das BAZL führt im Hinblick auf die Substituierbarkeit der Lieferketten der Luftfracht bei einem Ausfall von SWISS und/oder Edelweiss aus, dass sich dies vorliegend nicht abschliessend beantworten liesse. Aufgrund der Zahlen liesse sich jedoch feststellen, dass der Grossteil der Ein- und Ausfahrten der Schweiz über SWISS / Edelweiss erfolge und der Anteil der reinen Frachtflugbetriebe (mit [10 – 20] % am Gesamtvolumen Luftfracht Schweiz) vergleichsweise gering sei.¹⁸⁴

191. Letzterer Punkt wird auch durch einen näheren Blick auf die Daten bestätigt. So zeigt auch ein Blick auf das reine Luftfrachtgeschäft, dass dies v.a. über Zürich abgewickelt wird und Genf von eher untergeordneter Rolle ist (vgl. Tabelle 11, im Anhang F.2; insb. die letzten sechs Zeilen). In Basel sticht die reine Fracht deshalb hervor, weil die dort starken Passagierfluggesellschaften fast keine Fracht auf ihren Flügen mitführen (Zeilen «gemischt»).

192. Es scheine für die Unternehmen der Schweizer Volkswirtschaft daher einen überwiegenden Nutzen für die Abwicklung des Luftfrachtgeschäfts mit SWISS / Edelweiss zu geben. Der Hauptvorteil dieses heute bestehenden Angebots liege auch bei den hohen, i.d.R. täglichen Frequenzen der Luftverkehrsverbindungen und der Einbettung in die sicheren und kurzen Lieferketten innerhalb dieses Netzwerkes.¹⁸⁵

Zwischenfazit

193. Die Hub-Funktion einer Fluggesellschaft ist sowohl für deren Passagier- als auch deren Luftfracht-Geschäft eine Voraussetzung. Dabei bedingt das Passagier- das Luftfrachtgeschäft und umgekehrt. Das reine Luftfrachtgeschäft (nur Flüge mit Fracht) spielt in der Schweiz eine untergeordnete Rolle.

Zwischenfazit zur Eignung der Beihilfemassnahmen

194. Die vorgesehenen Beihilfemassnahmen sind v.a. in Folge der Relevanz der Luftfracht für die Funktionsweise von einzelnen inländischen Wertschöpfungsketten ein geeignetes Mittel, um zur Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz beizutragen. Von überragender Relevanz sind hierbei der Flughafen Zürich als Hub und die SWISS als Hub-Gesellschaft.

C.3.2.2.3 Erforderlichkeit der Massnahme

195. Die Verwaltungsmassnahme, bzw. die staatliche Handlung, muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den an-

gestrebten Erfolg ausreichen würde. Das Element der Erforderlichkeit dient der Prüfung der Intensität staatlichen Handelns.¹⁸⁶

196. Bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe erforderlich ist, ist der Anreizeffekt der Beihilfe zu berücksichtigen.¹⁸⁷ Gemäss EuGH besteht die Daseinsberechtigung für die Gewährung einer Beihilfe darin, dem betreffenden Unternehmen einen Anreiz zu geben, ein bestimmtes Verhalten an den Tag zu legen, das ohne Gewährung dieser Beihilfe nicht erfolgt wäre.¹⁸⁸ Die Beihilfe muss dementsprechend für die Erreichung der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten Ziele erforderlich sein.¹⁸⁹

197. Im Hinblick auf den Anreizeffekt der Massnahme wurde von Deloitte dargelegt, dass SWISS und Edelweiss ihren geltend gemachten Liquiditätsbedarf nicht auf dem Markt ohne staatliche Garantie decken hätten können (vgl. Rz 22, 66), weshalb nachfolgend nicht mehr näher auf diesen Aspekt der Erforderlichkeit eingegangen wird.

C.3.2.2.3.1 Beurteilung der Erforderlichkeit

198. Die Ausführungen im Abschnitt C.3.2.2.2 zur Eignung der Massnahme haben auch folgende Beobachtungen hervorgerufen:

- Zur Aufrechterhaltung der Wertschöpfungs- und Lieferketten und damit für das Funktionieren des Wirtschaftslebens trägt im Bereich der Luftfahrt vorwiegend die Luftfracht bei. Das Passagiergeschäft, exkl. Geschäftsreisen (vgl. hierzu auch Rz 146), dient hauptsächlich der Deckung der Endnachfrage und hat damit nur indirekt einen Effekt zur Aufrechterhaltung der Wertschöpfungsketten.
- Die Luftfracht wird in Europa erst im Verbund mit dem Passagiergeschäft rentabel und *vice versa*, wobei die Anbindung und damit die Hub-Funktion ein massgeblicher Faktor ist.
- Von herausragender Relevanz für Abwicklung der Luftfracht sind in der Schweiz der Flughafen Zürich als Hub-Flughafen und die SWISS als Hub-Fluggesellschaft.
- Edelweiss spielt sowohl im Passagier- als auch im Luftfrachtgeschäft eine untergeordnete Rolle, wenngleich sie in das Hub-Streckennetz der SWISS eingebunden ist. Edelweiss' Hauptausrichtung scheint das Bedienen von Fernferiendestinationen zu sein,

¹⁸³ Erläuterungen vom 14.5.2020, 12.

¹⁸⁴ Erläuterungen vom 14.5.2020, 13.

¹⁸⁵ Erläuterungen vom 14.5.2020, 13.

¹⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 123, N 527.

¹⁸⁷ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 56), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 24.

¹⁸⁸ Würde das durch die Beihilfe beanreizte Verhalten vom begünstigten Unternehmen auf jeden Fall, auch ohne Erhalt der Beihilfe, an den Tag gelegt, würde die Beihilfe tatsächlich dazu führen, ein Unternehmen von den Kosten zu befreien, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen gehabt hätte. Die Beihilfe zeitigt keinen Anreizeffekt und ist folglich nicht erforderlich für das damit bezweckte Ziel.

¹⁸⁹ EuGH 21.7.2011, Rs. C-459/10 P, *Freistaat Sachsen/Kommission*, Rz 32 -35, 39.

womit sie primär die Endnachfrage am Ende einer Wertschöpfungskette bedient. Ein markanter Beitrag von Edelweiss zum Hub-System von SWISS ist nicht ersichtlich, vielmehr scheint Edelweiss vom Hub-System der SWISS zu profitieren (vgl. Rz 179).

- Während eine gewisse Substituierbarkeit der Hub-Funktion auf Passagierseite nicht ausgeschlossen scheint (vgl. Rz 180), ist diese im Bereich der Luftfracht und dabei insb. bei SWISS zweifelhafter (vgl. Rz 159, 161 und 190).

199. Vor dem Hintergrund dieser Beobachtungen könnte man daran zweifeln, dass die Unterstützung der Edelweiss einen Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens leistet und hierfür erforderlich ist.

200. Ausgehend von diesen Zweifeln könnte es vorzugswürdig sein, dass sich die Unterstützungsmassnahmen – im Sinne einer möglichst zielgenauen Unterstützung der SWISS – möglichst auf das Passagier- und Luftfrachtgeschäft am Hub in Zürich konzentrieren. Weil Passagier- und Luftfrachtgeschäft unmittelbar voneinander und von der Aufrechterhaltung einer Hub-Funktion abhängig sind, erscheint eine rein luftfrachtspezifische Ausrichtung der Beihilfemassnahmen als weniger zweckmässig und praktikabel.

201. Wie dieser Skepsis in Bezug auf die Erforderlichkeit der Unterstützung der Edelweiss für den Beitrag zur Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz vorliegend Rechnung getragen wird, wird in Kap. C.3.2.2.5 erläutert.

C.3.2.2.4 Angemessenheit/Zumutbarkeit der Massnahme

202. In der Lehre und in der Rechtsprechung wird oft auch von «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn» gesprochen. Darunter wird die Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung, bzw. der Zumutbarkeit der Massnahme verstanden.¹⁹⁰

203. Gemäss der klassischen Definition der Angemessenheit bzw. der Zumutbarkeit ist eine Verwaltungsmassnahme, bzw. eine staatliche Handlung, nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den «betroffenen Privaten» bewirkt, wahrht.¹⁹¹

204. Vorliegend greift das staatliche Handeln, d.h. die staatliche Beihilfe, nicht in die Freiheit eines Privaten ein, sondern in den Wettbewerb als schützenswerte Institution.¹⁹² Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – und den durch den Eingriff beeinträchtigten Wettbewerb vergleicht. Der staatliche Eingriff muss durch ein das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb überwiegendes anderes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.¹⁹³

C.3.2.2.4.1 Beurteilung der Angemessenheit/Zumutbarkeit

205. Das Interesse, welches dem Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb gegenübersteht, liegt, wie

vorangehend erwähnt, in der Behebung der beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens und damit vorliegend an der Aufrechterhaltung der Funktionen von SWISS und Edelweiss, welche eine gewisse systemische Relevanz im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft haben.

206. Zur Beurteilung der Angemessenheit ist es daher zweckvoll, die Konsequenzen der Unterlassung der vorgeschlagenen Beihilfemassnahmen abzuschätzen. Diese Konsequenzen sind nun allerdings mit erheblicher Unsicherheit behaftet. So könnte der geltend gemachte Liquiditätsbedarf der SWISS und Edelweiss, gestützt auf die Angaben des BAZL, der EFV und von Deloitte, ohne staatliche Beihilfe nicht bedient werden. Gestützt auf die Angaben des BAZL¹⁹⁴ ist allerdings insb. der Fortbestand der Anbindungsfunktion in Zürich und damit auch die Funktion als Luftfrachtanbieter von SWISS in Verbund mit Edelweiss gefährdet. Es sei gemäss BAZL ungewiss, ob diese Funktionen bei einem Wegfall der SWISS durch den Markt substituiert werden könnten (vgl. dazu auch Rz 190).¹⁹⁵

207. Im Falle eines Ausfalls der SWISS besteht auch eine Unsicherheit der zeitnahen und möglichst friktionslosen Substituierung ihrer Funktionen. Der Aufbau einer Drehkreuzfunktion könnte einige Zeit in Anspruch nehmen. Die reibungslose Aufrechterhaltung der Lieferketten könnte damit beeinträchtigt werden.

208. Entgegen den in Rz 199 genannten Bedenken bzw. Zweifeln erachtet die WEKO deshalb die geplanten Unterstützungsmassnahmen als zumutbar.

C.3.2.2.5 Vergleich mit der Praxis der EU-Kommission in Bezug auf die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit COVID-19 Beihilfen

209. Wie in Kap. C.1 erwähnt ist die WEKO gestützt auf Art. 1 Abs. 2 LVA gehalten, die Bestimmungen des LVA in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des EuGH und der EU-Kommission auszulegen. Auch wenn die Schweiz gestützt auf diese Bestimmung nicht verpflichtet ist, das LVA im Lichte der EU-Praxis nach der Vertragsunterzeichnung auszulegen, hat sich die WEKO in der Vergangenheit zumindest

¹⁹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 126, N 555.

¹⁹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 129), 126, N 556.

¹⁹² Das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen rechtfertigt sich durch deren negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt [bzw. den Handel zwischen den Vertragsparteien des LVA], die namentlich aus der Störung der Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb (Wettbewerbsverfälschung) aus der Beeinträchtigung der Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten [bzw. den Vertragsparteien des LVA] und aus der damit verbundenen Behinderung der praktischen Wirksamkeit der Grundfreiheiten folgen. Beihilfen sind wettbewerbsfremd, weil sie begünstigten Unternehmen im Wettbewerb Vorteile verschaffen, die nicht auf eigener Leistung beruhen, MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 66), Einl., Rdnr. 2, 4.

¹⁹³ Vgl. dazu analoge Ausführungen zum Eingriff in private Interessen, HÄFELIN/MÜLLER (Fn 129), S. 138, N 614 f.

¹⁹⁴ Anmeldung, Abschnitt 4.

¹⁹⁵ Anmeldung, Abschnitt 4.

an der relevanten EU-Praxis orientiert.¹⁹⁶ Diese Orientierung an der EU-Praxis erfolgt vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Auslegung des LVA durch beide Vertragsparteien anzustreben ist. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die WEKO sich an der EU-Praxis in Zusammenhang mit COVID-19-Beihilfen für den Luftverkehrsbereich orientiert.

210. Obwohl die EU-Kommission im Befristeten Rahmen unmissverständlich festhält, dass die Mitgliedstaaten nachweisen müssen, dass die Beihilfemassnahmen, die sie auf der Grundlage des Befristeten Rahmens anmelden, ein erforderliches, geeignetes und angemessenes Mittel sind, um eine beträchtliche Störung in ihrem Wirtschaftsleben zu beheben (Befristeter Rahmen, Ziff. 19), scheint sie in den bisherigen Entscheidungen betreffend COVID-19-Beihilfen zugunsten von Fluggesellschaften und Flughäfen die drei Elemente des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht separat zu prüfen.

211. Im Rahmen der Prüfung eines schwedischen Beihilfenregimes zugunsten von Linienfluggesellschaften mit schwedischer Lizenz stellte die EU-Kommission fest, dass diese Massnahme eine von vielen Massnahmen sei, die der schwedische Staat zur Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben beschlossen habe. Der Umfang der Massnahme sei dergestalt, dass vernunftgemäss von der Realisierung von Auswirkungen auf die gesamte schwedische Wirtschaft ausgegangen werden könne. Die unter das Beihilfenregime fallenden Fluggesellschaften würden zudem eine wichtige Rolle in der internationalen Anbindung spielen. Es wurde folglich bejaht, dass die Massnahme erforderlich, geeignet und angemessen sei, um eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben von Schweden zu beheben.¹⁹⁷ Auch im Rahmen der Prüfung von belgischen Unterstützungsmassnahmen zugunsten der wallonischen Flughäfen wurden die drei Elemente des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht einzeln geprüft. Es wurde einzig ausgeführt, dass im Falle eines Ausfalls der wallonischen Flughäfen negative Folgen für die wallonische und damit belgische Wirtschaft zu erwarten wären.¹⁹⁸

212. Unter Berücksichtigung der bisherigen veröffentlichten Praxis der EU-Kommission zu Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV in Bezug auf den Bereich der Luftfahrt, die in der gegenwärtigen COVID-19-Pandemie der Auslegung der Verhältnismässigkeit einen grossen Spielraum zuzuerkennen scheint, und der Prämisse, dass sich die WEKO in ihrer Auslegung der Bestimmungen des LVA an den Präjudizen der Unionsgerichte und der Kommission orientiert, wird die Unterstützung von Edelweiss, einer Schwestergesellschaft von SWISS, sowie die vom Typ des Flughafens unabhängige Beihilfezusprechung trotz der in Rz 199 f. dargelegten Zweifel vorliegend ebenfalls als erforderlich betrachtet.

C.3.2.2.6 Fazit zur Verhältnismässigkeit

213. Die WEKO erachtet die vorliegend gemeldeten Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss als geeignet, zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens in der Schweiz beizutragen.

214. Mit den Unterstützungsmassnahmen soll die mittelbare Zielsetzung in der Form eines Beitrages zur Behe-

bung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens in der Schweiz erreicht werden. Es sind zwar Zweifel erlaubt, ob im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels die vorgeschlagenen Beihilfemassnahmen in vollem Umfang notwendig sind. Es wäre auch denkbar, dass die gezielte Unterstützung der SWISS ohne Edelweiss zur Aufrechterhaltung ihrer Funktionen (Anbindungsfunktion im Verbund mit der Funktion im Bereich der Abwicklung der Luftfracht) am Hub-Flughafen Zürich ein milderes und zielgenaueres Mittel darstellt. Unter Berücksichtigung der Praxis der EU-Kommission betreffend die Auslegung der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Beihilfemassnahmen in der gegenwärtigen COVID-19-Pandemie (vgl. Kap. C.3.2.2.5) erachtet die WEKO die vorliegend gemeldeten Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss aber letztlich als erforderlich.

215. Die WEKO erachtet die vorliegenden Beihilfemassnahmen auch als angemessen bzw. zumutbar.

C.3.2.3 Fazit zu Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA

216. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorliegenden Unterstützungsmassnahmen die Voraussetzungen des Befristeten Rahmens insb. für Beihilfen in Form von Garantien für Darlehen (Kap. C.3.2.1) sowie die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (Kap. C.3.2.2) erfüllen. Sie können folglich gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA als mit dem LVA vereinbar erklärt werden.

D Kosten

217. Gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. d der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)¹⁹⁹ erheben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen Gebühren für Gutachten und sonstige Dienstleistungen. Obwohl die vorliegende Beihilfeprüfung kein Verfahren nach dem Kartellgesetz darstellt, beauftragt Art. 103 LFG die WEKO direkt zur Beihilfeprüfung. Diese gilt es als sonstige Dienstleistung gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG einzustufen. Aus diesem Grund ist das vorliegende Verfahren gebührenpflichtig und die GebV-KG anwendbar.

¹⁹⁶ Vgl. RPW 2019/3b, 1047, Rz 68 ff., *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

¹⁹⁷ State Aid SA.56812 (2020/N) (Fn 70), Rz 42 - 44.

¹⁹⁸ « *En particulier, une telle défaillance entraînerait une perte d'emplois directs et indirects importante pour la région wallonne. Par ailleurs, une telle défaillance menacerait un des aspects clefs de la stratégie industrielle de la région wallonne basée notamment sur le secteur aéroportuaire et la logistique. Enfin, au vu de leur importance particulière dans l'économie belge, le rôle des aéroports wallons sera primordial pour remédier aux effets de la crise du COVID-19 dans l'économie régionale et nationale lorsque la crise touchera à sa fin. Les aéroports wallons auront en effet un rôle essentiel pour d'une part reconnecter les entreprises belges avec leur clients et fournisseurs internationaux et d'autre part relancer le tourisme en Belgique. Ainsi, les risques liés à une possible défaillance des aéroports wallons révèlent le rôle systémique de ces opérateurs dans l'économie belge, et d'autant plus dans le contexte de la crise sanitaire actuelle* », State Aid SA.56807(2020/N) – *Belgique COVID-19: Mesures de soutien en faveur des aéroports wallons – Moratoire sur les redevances de concession*, Rz 49 – 55, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202018/285418_2152754_103_2.pdf> (20.5.2020).

¹⁹⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

218. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist namentlich gebührenpflichtig, wer sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 GebV-KG veranlasst.

219. Die Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss wurden der WEKO vom BAZL zur Prüfung nach Art. 103 LFG i.V.m. Art. 14 LVA unterbreitet. Das BAZL gilt somit als Veranlasser der Beihilfenprüfung. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GebV-KG bezahlen Behörden des Bundes keine Gebühren.

220. Die vorliegende Beihilfeprüfung ist somit nicht gebührenpflichtig.

E Ergebnis

Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

Die gemeldeten Unterstützungsmassnahmen stellen eine staatliche Beihilfe gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA dar und können gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA als mit dem LVA vereinbar erklärt werden.

F Anhang

F.1 Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt insgesamt und des «Airline-related» Segments gemessen an der Wertschöpfung und der Beschäftigung

221. Gemäss dem Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz²⁰⁰ (nachfolgend: Lupo 2016) generieren der Betrieb der Luftfahrtinfrastrukturen und das Angebot an Verkehrsdienstleistungen der Zivilluftfahrt in der Schweiz eine beträchtliche Wertschöpfung und zahlreiche Arbeitsplätze. Sie seien überdies für die Standortattraktivität der Schweiz sehr bedeutend. Die wirtschaftliche Entwicklung und Wohlstand würden mithin wesentlich von einem leistungsfähigen Luftfahrtsystem abhängen.²⁰¹

222. Betreffend die *Wertschöpfung* kann auf *direkte* und *indirekte* sowie in dadurch induzierte und katalytische Effekte abgestellt werden:²⁰²

- *Direkte Effekte:*

Wertschöpfung und Beschäftigung durch Unternehmen der Luftfahrtbranche, z. B. Fluggesellschaften, Flughäfen, Abfertigungsunternehmen, Retail, Gastro (auf den Flugplatzarealen).

- *Indirekte Effekte:*

Wertschöpfung und Beschäftigung durch Zulieferer und Auftragnehmer der Luftfahrtbranche (ausserhalb der Flugplatzareale).

Der direkte und indirekte Effekt ergeben einen Indikator für die volkswirtschaftliche Bedeutung im engeren Sinne. Weitere Effekte sind der induzierte und der katalytische Effekt:

- *Induzierte Effekte:*

Umfasst die Wertschöpfung und Beschäftigung, die durch Multiplikatorwirkungen entstehen, indem die Beschäftigten und die Kapitalgeber der Unternehmen des direkten und indirekten Effekts ihr Einkommen wieder ausgeben. Diese Ausgaben fallen in verschiedensten Konsumgüterbranchen an.

- *Katalytische Effekte:*

Effekte, die durch die Nutzung der Flugverkehrsdienstleistungen entstehen (und nicht durch die Luftfahrtbranche und ihre Zulieferer). Sie könnten insgesamt nicht exakt quantifiziert werden, seien aber unternehmensseitig volkswirtschaftlich sehr relevant:

Passagierseitig: z.B. Ausgaben der mit dem Flugzeug angereisten Touristen.

Unternehmensseitig: Standortattraktivität, Bedeutung als «Kerninfrastruktur».

Wird der induzierte Effekt zum direkten und indirekten Effekt hinzuaddiert, so ergibt sich ein Indikator für die volkswirtschaftliche Bedeutung im weiteren Sinne.

223. Auf diese Effekte Bezug nehmend und die Beschäftigung in Vollzeitäquivalenten (VZÄ) aufführend weist der Lupo 2016 (Fn 200) die folgenden Effekte für das Jahr 2014 aus.

	Wertschöpfung (in CHF Mio.)	Beschäftigung (in VZÄ)
Direkter Effekt	8 200	44 280
Indirekter Effekt	3 900	22 670
Volkswirtschaftliche Bedeutung im engeren Sinn	12 100	66 950
Induzierter Effekt	12 400	71 500
Volkswirtschaftliche Bedeutung im weiteren Sinn	24 500	138 450

Tabelle 3: Wertschöpfung und Beschäftigung der Zivilluftfahrt im Jahr 2014, absolut.

224. Der katalytische Effekt beziffert der Lupo 2016 auf über CHF 5500 Mio. an Wertschöpfung und auf über 51 550 VZÄ.

²⁰⁰ Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz (Lupo 2016) vom 24.2.2016, BBI 2016.

²⁰¹ Lupo 2016 (Fn 200), 1871 f.

²⁰² Lupo, 1872 und iNFRAS, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, Schlussbericht, Zürich, 30.5.2011 (zit. iNFRAS 2011), 6 f.

225. Das BIP der Schweiz zu laufenden Preisen betrug im Jahr 2014 CHF 649,72 Mrd.²⁰³ Im Jahr 2014 betrug die Beschäftigung 4 012 315 VZÄ.²⁰⁴ Bezogen auf diese gesamtwirtschaftlichen Werte ergeben sich für die voran aufgeführten Effekte folgende relative Werte in Prozent.

	Wertschöpfungsanteil	Beschäftigungsanteil
Direkter Effekt	1,3%	1,1%
Indirekter Effekt	0,6%	0,6%
Volkswirtschaftliche Bedeutung im engeren Sinn	1,9%	1,7%
Induzierter Effekt	1,9%	1,8%
Volkswirtschaftliche Bedeutung im weiteren Sinn	3,8%	3,5%

Tabelle 4: Wertschöpfung und Beschäftigung der Zivilluftfahrt im Jahr 2014, relativ.

226. Für den katalytischen Effekt allein ergeben sich ein Wertschöpfungsanteil von 0,8 % und ein Anteil an der Gesamtbeschäftigung in VZÄ von 1,3 %. Unter Hinzunahme des katalytischen Effektes zur in Tabelle 4 ausgewiesenen volkswirtschaftlichen Bedeutung im weiteren Sinne resultiert ein Wertschöpfungsanteil von 4,6 % und ein Anteil an der Gesamtbeschäftigung in VZÄ von 4,7 %.

227. Bei der Betrachtung der indirekten, induzierten und katalytischen Effekte muss beachtet werden, dass insbesondere der letzte katalytische Effekt auf Unternehmensseite besonders schwierig zu schätzen ist.²⁰⁵ Der katalytische Effekte bezieht sich zudem stärker auf die Standortattraktivität und damit weniger auf die Relevanz für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftslebens, welches hier im Fokus steht.

228. Die Gesamtwirkung der Zivilluftfahrt entspricht somit ungefähr dem Dreifachen der direkten Wirkung. Dabei gilt es zu bedenken, dass diese Betrachtung die Bedeutung der Zivilluftfahrt überzeichnen könnte. Würde man diese Vorgehensweise für alle anderen Bereiche der Volkswirtschaft ähnlich anwenden, so ergäbe sich in der Summe aller Effekte ein Mehrfaches der effektiven Wertschöpfung und Beschäftigung in der Schweiz.

229. In der nachfolgenden Tabelle werden die Bruttowertschöpfung (BWS) und deren Anteile von 50 Branchen für einen Vergleich der direkten Effekte der Zivilluftfahrt ausgewiesen. Die Werte von 2017 sind provisorisch.²⁰⁶

²⁰³ Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Volkswirtschaft > Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung > Bruttoinlandprodukt > Bruttoinlandprodukt, lange Serie (3.5.2020).

²⁰⁴ Bundesamt für Statistik, Statistiken finden > Arbeit und Erwerb > Erwerbstätigkeit und Arbeitszeit > Erwerbstätige > Entwicklung der Erwerbstätigenzahlen > Erwerbstätige (Inlandkonzept), insgesamt und in Vollzeitäquivalenten nach Geschlecht und Nationalität, brutto- und saisonbereinigte Werte. Durchschnittliche Quartals- und Jahreswerte (3.5.2020).

²⁰⁵ iNFRAS 2011 (Fn 202), 7.

²⁰⁶ Bundesamt für Statistik > Statistiken finden > Volkswirtschaft > Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung > Produktionskonto (5.4.2020).

Bruttowertschöpfung (BWS)		2017		2014	
NOGA	Branchen	BWS	Relativ	BWS	Relativ
01 - 03	Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei	4'391	0.7%	4'684	0.7%
05 - 09	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	833	0.1%	766	0.1%
10 - 12	Herstellung von Nahrungsmitteln und Tabakerzeugnissen	12'656	2.0%	11'665	1.9%
13 - 15	Herstellung von Textilien und Bekleidung	1'134	0.2%	1'220	0.2%
16	Herstellung von Holz-, Flecht-, Korb- und Korkwaren (ohne Möbel)	3'014	0.5%	3'131	0.5%
17	Herstellung von Papier, Pappe und Waren daraus	786	0.1%	1'054	0.2%
18	Herstellung von Druckerzeugnissen; Vervielfältigung	1'667	0.3%	1'880	0.3%
19 - 20	Kokerei, Mineralölverarbeitung und Herstellung von chemischen Erzeugnissen	7'344	1.1%	7'142	1.1%
21	Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen	34'517	5.3%	26'170	4.2%
22	Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	2'840	0.4%	2'813	0.4%
23	Herstellung von Glas und Glaswaren, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden	2'445	0.4%	2'947	0.5%
24	Metallerzeugung und -bearbeitung	1'649	0.3%	1'701	0.3%
25	Herstellung von Metallerzeugnissen	9'072	1.4%	8'875	1.4%
26	Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten und Uhren	19'461	3.0%	24'752	3.9%
27	Herstellung von elektrischen Ausrüstungen	5'018	0.8%	5'169	0.8%
28	Maschinenbau	11'840	1.8%	11'657	1.9%
29	Herstellung von Automobilen und Automobilteilen	634	0.1%	753	0.1%
30	Sonstiger Fahrzeugbau	1'963	0.3%	2'136	0.3%
31	Herstellung von Möbeln	1'000	0.2%	1'145	0.2%
32	Herstellung von sonstigen Waren	3'584	0.6%	3'371	0.5%
33	Reparatur und Installation von Maschinen und Ausrüstungen	1'788	0.3%	1'721	0.3%
35	Energieversorgung	8'170	1.3%	8'121	1.3%
36 - 39	Wasserversorgung, Beseitigung von Umweltverschmutzungen	1'946	0.3%	1'907	0.3%
41 - 43	Baugewerbe/Bau	35'323	5.4%	33'402	5.3%
45	Handel und Reparatur von Motorfahrzeugen	7'689	1.2%	7'131	1.1%
46	Grosshandel	59'585	9.2%	61'339	9.8%
47	Detailhandel	24'414	3.8%	25'210	4.0%
49 - 51	Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen, Schifffahrt, Luftfahrt	19'106	2.9%	17'230	2.7%
52	Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr	5'459	0.8%	5'070	0.8%
53	Post-, Kurier- und Expressdienste	3'236	0.5%	3'279	0.5%
55	Beherbergung	3'772	0.6%	3'944	0.6%
56	Gastronomie	7'291	1.1%	7'132	1.1%
58 - 60	Verlagswesen, audiovisuelle Medien und Rundfunk	3'410	0.5%	3'597	0.6%
61	Telekommunikation	8'124	1.3%	7'742	1.2%
62 - 63	Informationstechnologische und Informationsdienstleistungen	15'662	2.4%	14'162	2.3%
64 (2)	Erbringung von Finanzdienstleistungen	30'845	4.8%	34'637	5.5%
65 (3)	Versicherungen	29'227	4.5%	27'782	4.4%
68	Grundstücks- und Wohnungswesen	49'089	7.6%	45'653	7.3%
69 - 71	Erbringung von freiberuflichen und technischen Dienstleistungen	37'058	5.7%	34'775	5.5%
72	Forschung und Entwicklung	7'461	1.2%	6'697	1.1%
73 - 75	Sonstige freiberufliche, wissenschaftliche und technische Tätigkeiten	3'953	0.6%	3'529	0.6%
77 - 82	Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen	18'558	2.9%	17'025	2.7%

84 (4)	Öffentliche Verwaltung	69'502	10.7%	67'126	10.7%
85	Erziehung und Unterricht	3'920	0.6%	3'679	0.6%
86	Gesundheitswesen	36'568	5.6%	33'229	5.3%
87 - 88	Heime und Sozialwesen	15'886	2.4%	14'309	2.3%
90 - 93	Kunst, Unterhaltung und Erholung	4'011	0.6%	4'309	0.7%
94 - 96	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	9'436	1.5%	9'495	1.5%
97	Private Haushalte mit Hauspersonal	2'288	0.4%	2'058	0.3%
98	Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen durch private Haushalte für den Eigenbedarf	0	0.0%	-	0.0%
	Total vor Berichtigungen	648'624	100.0%	628'321	100.0%

Tabelle 5: Bruttowertschöpfung einzelner Branchen, zu laufenden Preisen, in Mio. Franken. Berichtigungen (Gütersteuern und Gütersubventionen) sind nicht ausgewiesen.

230. Damit bewegt sich der Tabelle 4 ausgewiesene Wertschöpfungsanteil der Zivilluftfahrt von 1,3 % zwischen dem Median (1,0 %) und dem Mittelwert (2,0 %) der in Tabelle 5 ausgewiesenen Branchen im Jahr 2017. Dasselbe trifft für das Jahr 2014 mit einem Median von 0,9 % und einem Mittelwert von 2,0 % zu. Insgesamt lässt sich darauf gestützt schlussfolgern, dass die Zivilluftfahrt für die Schweiz – gemessen am Wertschöpfungsanteil – einen unterdurchschnittlichen Stellenwert hat.

231. Die Zivilluftfahrt setzt sich in der bisherigen Literatur, auf die sich auch der Lupo 2016 (Fn 200) stützt, zu deren Bedeutung in drei verschiedene Segmente zusammen (INFRAS 2011 [Fn 202], 50; vgl. Fn 141):

- Das Segment «*Airline-related*» umfasst die eng mit der Beförderung von Personen und Fracht verbundenen Unternehmen, z. B. Airlines, General Aviation, Bodenabfertigung, Catering, Technische Betriebe, Treibstoff-Firmen, Fracht, Speditionslogistik etc.
- Das Segment «*Airport-related*» umfasst die eng mit der Bewirtschaftung des Flugplatzes verbundenen

Unternehmen, z.B. Flugplatzbetreiber, Polizei, Flugsicherung, Zoll etc.

- Das Segment «*Retail/Gastro/Service-related*» umfasst die Unternehmen, welche zum «Non-Aviation»-Bereich zählen, wie Restaurants, Einkaufsläden, Autovermietungen, Reisebüros, Taxis etc.

232. Vorliegend interessiert von diesen drei Segmenten vorwiegend das «*Airline-related*» Segment. Der direkte Effekt dieses Segments betrug im Jahr 2008 CHF 4390 Mio. an Wertschöpfung und 23 250 an Beschäftigung in VZÄ, wobei der Anteil am gesamten indirekten Effekt der drei Segmente²⁰⁷ 63.2 % für die Wertschöpfung und 65.4 % für die Beschäftigung in VZÄ betrug (INFRAS 2011 [Fn 202], 51).

233. Kombiniert man diese Anteile aus dem Jahr 2008 mit jenen in Tabelle 4 und nimmt man dabei an, dass diese Anteile auch für die indirekten, induzierten und katalytischen Effekte gelten, dann ergeben sich betreffend das «*Airline-related*» Segment folgende Wertschöpfungs- und Beschäftigungsanteile.

	Wertschöpfungsanteil	Beschäftigungsanteil
Direkter Effekt	0,8%	0,7%
Indirekter Effekt	0,4%	0,4%
Volkswirtschaftliche Bedeutung im engeren Sinn	1,2%	1,1%
Induzierter Effekt	1,2%	1,2%
Volkswirtschaftliche Bedeutung im weiteren Sinn	2,4%	2,3%

Tabelle 6: Wertschöpfung und Beschäftigung des «*Airline-related*» Segments, relativ

²⁰⁷ Ohne «off-airport»-Bereiche wie z. B. Flugschulen abseits von Flugplätzen.

234. Für den katalytischen Effekt allein resultieren ein Wertschöpfungsanteil von 0,5 % und ein Anteil an der Gesamtbeschäftigung in VZÄ von 0,8 %. Unter Hinzunahme des katalytischen Effektes zur Tabelle 4 ausgewiesenen volkswirtschaftlichen Bedeutung im weiteren Sinne resultiert ein Wertschöpfungsanteil von 2,9 % und ein Anteil an der Gesamtbeschäftigung in VZÄ von 3,1 %. Die Anmerkungen in Rz 227 f. gelten analog.

235. Damit bewegt sich der in Tabelle 6 ausgewiesene Wertschöpfungsanteil des «Airline-related» Segments von 0,8 % unterhalb des Medians von 1,0 % der in Tabelle 5 ausgewiesenen Branchen im Jahr 2017. Dassel-

be trifft für das Jahr 2014 mit einem Median von 0,9 % zu. Insgesamt lässt sich darauf gestützt schlussfolgern, dass das «Airline-related» Segment für die Schweiz – gemessen am Wertschöpfungsanteil – einen Stellenwert hat, der unter jenem der meisten anderen in Tabelle 5 ausgewiesenen Branchen liegt.

F.2 Flugbewegungen, Passagierzahlen und Frachtzahlen

236. Die nachfolgenden Tabellen weisen statistische Daten zu den Flugbewegungen ab und zu den drei Landesflughäfen Zürich, Genf und Basel sowie Passagier- und Frachtzahlen aus.

Zürich	Total 2018						Total 2019						Total Jan - Apr 2020					
	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil
Total Zürich	244'078		3'106'973		381'722		242'719		3'147'874		354'744		43'694		5'063'626		71'693	
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 7: Zürich: Flugbewegungen, Passagierzahlen, Fracht in Tonnen (2018, 2019 und Januar bis April 2020)²⁰⁸

Genf	Total 2018						Total 2019						Total Jan - Apr 2020					
	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil
Total Genf	143'144		1'757'278		36'374		143'970		17'826'509		31'996		32'453		3'738'959		6'451	
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 8: Genf: Flugbewegungen, Passagierzahlen, Fracht in Tonnen (2018, 2019 und Januar bis April 2020)²⁰⁹

Basel	Total 2018						Total 2019						Total Jan - Mar 2020					
	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht t	Anteil
Total Basel	67'868		8'559'352		556		71'097		9'068'066		451		11'564		1'281'295		69	
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 9: Basel: Flugbewegungen, Passagierzahlen, Fracht in Tonnen (2018, 2019 und Januar bis April 2020)²¹⁰

	Total 2018						Total 2019						Total 2020 ytd					
	Bewegungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht inkl. Post (t)	Anteil	Bewegungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht inkl. Post (t)	Anteil	Bewegungen	Anteil	Passagiere	Anteil	Fracht inkl. Post (t)	Anteil
Total Zürich	244'078	53.6%	3'106'973	54.3%	381'722	91.2%	242'719	53.0%	3'147'874	53.9%	354'744	91.6%	55'797	49.3%	6'691'903	50.0%	67'553	87.3%
Total Genf	143'144	31.5%	1'757'278	30.7%	36'374	8.7%	143'970	31.4%	17'826'509	30.5%	31'996	8.3%	24'370	21.5%	2'484'209	18.6%	4'843	6.3%
Total Basel	67'868	14.9%	8'559'352	15.0%	556	0.1%	71'097	15.5%	9'068'066	15.5%	451	0.1%	33'046	28.2%	4'198'738	31.4%	4'964	6.4%
TOTAL	455'090		87'296'303		418'652		457'786		58'973'322		387'191		112'213	100.0%	13'374'860	100.0%	77'360	100.0%

Tabelle 10: Flugbewegungen, Passagierzahlen, Fracht in Tonnen über alle drei Landesflughäfen (2018, 2019 und Januar bis April 2020)²¹¹

208 Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.
 209 Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.
 210 Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.
 211 Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.

Tabelle 11: Reine Luftfracht (2018, 2019 und Januar bis April 2020); Erläuterungen vom 14.5.2020, Beilage 1.

		Total 2018				Total 2019				Total 2020 ytd			
		Starts / Landungen	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Fracht t	Anteil	Starts / Landungen	Anteil	Fracht t	Anteil
Zürich	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Genf	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Basel	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
			Anteil am Total		Anteil am Total		Anteil am Total		Anteil am Total		Anteil am Total		Anteil am Total
Total Zürich (rein Fracht)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total Genf (rein Fracht)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total Basel (rein Fracht)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total Zürich (gemischt)	244'078		381'722		242'719		354'744		55'797		67'553		
Total Genf (gemischt)	143'144		36'374		143'970		31'996		24'370		4'843		
Total Basel (gemischt)	67'868		556		71'097		451		33'046		4'964		

B 2.7

2. Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics

Stellungnahme vom 29. Juni 2020 in Sachen Prüfung gemäss Art. 103 LFG betreffend Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics wegen allfällig mit dem LVA nicht vereinbarter staatlicher Beihilfen gemäss Art. 13 LVA für Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

A Sachverhalt**A.1 Gegenstand**

1. Die Schweizerische Eidgenossenschaft (nachfolgend: Bund) beabsichtigt, die von der Corona-Pandemie betroffenen flughnahen Betriebe in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Dahrlehen zu unterstützen.¹

2. Das Bundesamt für Zivilluftfahrt (nachfolgend: BAZL) hat per E-Mail vom 9. und 21. Juni 2020 die geplante Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics Switzerland AG (nachfolgend: SR Technics), einem Unternehmen, das vorwiegend in den Bereichen der Unterhalts-, Reparatur- und Überholungsleistungen für kommerzielle Flugzeuge, Bauteillösungen und technische Triebwerkslösungen² tätig ist, der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Prüfung gemäss Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG)³ unterbreitet (nachfolgend: Anmeldung⁴). Danach hat die WEKO zu prüfen, ob es sich bei den geplanten Unterstützungsmassnahmen um eine mit dem Luftverkehrsabkommen (LVA)⁵ vereinbare staatliche Beihilfe handelt.

A.2 Verfahren**A.2.1 Verfahren betreffend die Ausarbeitung der Unterstützungsmassnahmen**

3. SR Technics hat um konkrete finanzielle Unterstützung des Bundes ersucht.⁶

4. Der Bundesrat beauftragte an seiner Sitzung vom 8. April 2020 das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zusammen mit dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), einen Vorschlag auszuarbeiten, um die von der Corona-Pandemie stark betroffene Luftfahrtindustrie der Schweiz vorübergehend mit Liquidität zu unterstützen.⁷

5. An seiner Sitzung vom 29. April 2020 entschied der Bundesrat, neben den Fluggesellschaften SWISS und Edelweiss auch die flughnahen Betriebe zu unterstützen. Der Bundesrat beschloss, den Eidgenössischen Räten Verpflichtungskredite⁸ von insgesamt CHF 1,875 Mia. zu beantragen⁹: CHF 1,275 Mia. zur Sicherung der Darlehen an Schweizer Fluggesellschaften¹⁰ und CHF 600 Mio. zur Unterstützung von flughnahen Betrieben an den Landesflughäfen.¹¹

¹ Bei flughnahen Betrieben handle es sich um verschiedene Unternehmen, welche im Rahmen von vertraglichen Verhältnissen die Infrastrukturen der Flughäfen nutzen könnten und in der Regel im Auftrag der Flugbetriebe vor allem die logistischen, bodengestützten Aspekte des Flugbetriebes verantworten würden (Abwicklung und Beförderung der Passagiere, des Gepäcks, der Fracht und des Caterings zu den Flugzeugen, Beladung und Betankung der Flugzeuge, Reinigung der Flugzeuge, Sicherheitsdienste, Treibstofflieferungen und Betrieb der Tankanlagen) oder kleinere und grössere Flugzeugwartungen ausführen, vgl. Schreiben des Bundesrates an die Finanzkommissionen der Eidgenössischen Räte vom 29. April 2020 betr. Dritte Nachmeldung zum Nachtrag 1/20 - Verpflichtungskredite zur Unterstützung der kritischen Infrastrukturen der Luftfahrt während der COVID-19-Krise; Nachtragskredit (zit. Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen), 2.

² Nachfolgend werden diese Dienstleistungen als «Maintenance, Repair, Overhaul»- bzw. MRO- oder Instandhaltungsdienstleistungen im weiteren Sinne bezeichnet, wenngleich sich nur die ersten drei genannten Leistungen auf das Akronym MRO im engeren Sinne beziehen.

³ Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 784.0).

⁴ Die Anmeldung setzt sich aus der Anmeldung Teil 1 vom 9. Juni 2020 und der Anmeldung Teil 2 vom 21. Juni 2020 zusammen (vgl. Rz 10 ff.).

⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit dem 1.6.2002), SR 0.748.127.192.68.

⁶ Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen (Fn 1), 2.

⁷ Medienmitteilung vom 8. April 2020 «Coronavirus: Bundesrat prüft Überbrückungsfinanzierung für Luftfahrtindustrie», <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78741.html>> (23.6.2020).

⁸ Sollen über das laufende Voranschlagsjahr hinaus wirkende finanzielle Verpflichtungen eingegangen werden, so ist in der Regel ein Verpflichtungskredit einzuholen (Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 7.10.2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt [Finanzhaushaltsgesetz, FHG; SR 611.0]). Der Verpflichtungskredit setzt den Höchstbetrag fest, bis zu dem der Bundesrat für einen bestimmten Zweck finanzielle Verpflichtungen eingehen kann (Art. 21 Abs. 2 FHG). Gemäss Art. 21 Abs. 4 Bst. e FHG sind Verpflichtungskredite für die Übernahme von Bürgschaften und sonstigen Gewährleistungen erforderlich.

⁹ Die Bundesversammlung [...] beschliesst über neue [...] Verpflichtungskredite und Zahlungsrahmen mit dem Voranschlag und seinen Nachträgen oder mit besonderen Beschlüssen. Sie nimmt die Staatsrechnung ab (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13.12.2002 über die Bundesversammlung [Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10]). Sie wählt dafür die Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 25 Abs. 2 ParlG). Sie legt in Kreditbeschlüssen den Zweck und die Höhe der Kredite fest. Ausserdem kann sie darin die Rahmenbedingungen der Kreditverwendung, den zeitlichen Ablauf der Projektverwirklichung und die Berichterstattung durch den Bundesrat näher regeln (Art. 25 Abs. 3 ParlG).

¹⁰ Vgl. dazu Stellungnahme der WEKO vom 20. Mai 2020 in Sachen Prüfung gemäss Art. 103 LFG betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss wegen allfällig unzulässiger staatlicher Beihilfen gemäss Art. 13 LVA (zit. Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss).

¹¹ Vgl. Medienmitteilung vom 29.4.2020 «Coronavirus: Bundesrat konkretisiert Unterstützung für Luftfahrtunternehmen», <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78944.html>> (23.6.2020).

6. Mit Schreiben vom 29. April 2020 an die Finanzkommissionen der Eidgenössischen Räte begründete der Bundesrat seinen Antrag für den Verpflichtungskredit für die Unterstützung von flugnahen Betrieben. Für den Fall, dass Darlehen und/oder eine Beteiligung notwendig werden würden, wurde ein Nachtragskredit von CHF 600 Mio. beantragt.¹² Anlässlich der ausserordentlichen Session vom 4. - 6. Mai 2020¹³ bewilligte das Parlament am 6. Mai 2020 gestützt auf Art. 167 BV¹⁴ und Art. 102a LFG den vom Bundesrat beantragten Verpflichtungskredit und einen damit verbundenen Nachtrag in der Höhe von CHF 600 Mio.¹⁵

7. Damit der Bund Unternehmen der Fracht- und Gepäckabwicklung, des Unterhalts und der Verpflegung an den Landesflughäfen unterstützen kann, brauchte es eine neue gesetzliche Grundlage im LFG, welche vom Parlament am 6. Mai 2020 verabschiedet wurde.¹⁶

8. Die Unterzeichnung der für die Gewährung der staatlichen Beihilfe zugunsten von SR Technics notwendigen Verträge sei, Stand heute, für die erste Hälfte Juli 2020 vorgesehen.

9. Der Bundesrat werde voraussichtlich am 1. Juli 2020 über die Freigabe¹⁷ der staatlichen Beihilfe an SR Technics entscheiden.¹⁸ Das Vorliegen der (positiven oder negativen) Stellungnahme der WEKO zu diesem Zeitpunkt sei eine Voraussetzung für den Entscheid des Bundesrates.¹⁹

A.2.2 Einbezug der Wettbewerbsbehörden

10. Bereits vor der offiziellen Anmeldung der geplanten Unterstützungsmassnahme kontaktierte das BAZL das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) erstmals am 26. Mai 2020 betreffend die geplante Anmeldung der Unterstützungsmassnahme in Form von Garantien für Darlehen zugunsten von SR Technics.

11. Mit Schreiben vom 28. Mai 2020 wies das Sekretariat das BAZL – im Hinblick auf eine Anmeldung dieser Unterstützungsmassnahme – auf eine Bestimmung des europäischen Rechts hin, wonach Unternehmen, die sich am 31. Dezember 2019 bereits in Schwierigkeiten befanden, keine Garantie gewährt werden.²⁰ Bezugnehmend auf den Unternehmensbegriff im Beihilfenrecht sei in der Anmeldung zu bestätigen, dass sowohl die HNA-Gruppe (vgl. Rz 19 f.) als auch die SR Technics am 31. Dezember 2019 nicht bereits in finanziellen Schwierigkeiten gewesen sei.

12. Ebenfalls am 28. Mai 2020 unterbreitete das BAZL dem Sekretariat den Vorschlag, die Anmeldung in zwei Teilen einzureichen. Grund dafür sei, dass die Verhandlungen zwischen SR Technics, den Banken und der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) noch nicht abgeschlossen seien und deshalb noch keine Vertragsentwürfe vorliegen würden, die eingereicht werden könnten. So sollten in einem ersten Teil alle Informationen, welche nicht das Kreditkonstrukt betreffen, eingereicht werden (z.B. Informationen über den Tätigkeitsbereich von SR Technics, «Systemrelevanz», Notwendigkeit der Unterstützung etc.). Der zweite Teil würde dann die noch fehlenden Informationen und die definitiven Vertragsentwürfe enthalten. Das Sekretariat erklärte sich grundsätzlich damit einverstanden, die Anmeldung ausnahmsweise in zwei Teilen anzunehmen, um den Zeit-

druck für eine Stellungnahme in der finalen Phase zu reduzieren.

13. Am 9. Juni 2020 erhielt die WEKO den ersten Teil der Anmeldung der vorliegend zu prüfenden Beihilfe zugunsten von SR Technics (nachfolgend: Anmeldung Teil 1).

14. Mit Schreiben vom 16. Juni 2020 stellte das Sekretariat Anschlussfragen an den ersten Teil der Anmeldung dem BAZL zu. Dieses antwortete mit Schreiben vom 20. Juni 2020 auf diese Fragen (nachfolgend: Erläuterungen vom 20.6.2020).

15. Ebenfalls am 16. Juni 2020 stellte das Sekretariat den drei wichtigsten Wettbewerbern und den fünf wichtigsten Kunden von SR Technics Fragen zur Substituierbarkeit und Relevanz von *line maintenance*-Dienstleistungen zu. Alle Befragten haben auf das Auskunftsbegehren geantwortet (vgl. Rz 217 ff.).

16. Am 21. Juni 2020 ging bei der WEKO der zweite Teil der Anmeldung (nachfolgend: Anmeldung Teil 2) ein.

A.3 Beschreibung der Massnahme

A.3.1 Von der Massnahme betroffene Unternehmen

A.3.1.1 Konzernstruktur und Kontrolle

17. SR Technics ist die operative Einheit der SR Technics Holdco I GmbH (nachfolgend: Holdco) mit Sitz in Kloten. SR Technics hat mehrere Tochtergesellschaften, welche mehrheitlich Ländergesellschaften sind.²¹

18. Holdco befindet sich wiederum zu 80 % im Eigentum der chinesischen HNA Group Limited (nachfolgend: HNA) und zu 20 % im Eigentum der Mubadala Development Company PJSC (nachfolgend: Mubadala) mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten.²² Dabei sei HNA gemäss Stammanteilsbuch²³ über die HNA Aviation (Hong Kong) Technics Holding Co., Limited, Hong Kong (nachfolgend: HNA Aviation), welche zu 100 % von HNA kontrolliert wird, die Eigentümerin der Aktien

¹² Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen (Fn 1), 6 ff.

¹³ Die Sitzungen in Kürze (SDA) - Ausserordentliche Session, 04. - 07. Mai 2020, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/sessionen/sda-ausserordentliche-session-2020>> (23.6.2020).

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁵ Anmeldung Teil 1, 1.

¹⁶ Vgl. Bundesgesetz über die Luftfahrt, Änderungen vom 6. Mai 2020, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200039/Schluss_abstimmungstext%201%20SN%20D.pdf> (3.6.2020).

¹⁷ Dabei soll der Verpflichtungskredit nur nach Massgabe der Bedürfnisse durch den Bundesrat aufgeteilt bzw. freigegeben werden, vgl. Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen (Fn 1), 3.

¹⁸ Anmeldung Teil 2, 1.

¹⁹ Anmeldung Teil 2, 1.

²⁰ Vgl. hierzu Kap. C.3.2.1.3.

²¹ Anmeldung Teil 1, 3. Die Holdco (bzw. SR Technics) besteht aus 13 aktiven und 5 ruhenden Gesellschaften in dreizehn Ländern (Schweiz, Serbien, Malta, Irland, Malaysia, Grossbritannien, Spanien, USA, Vereinigte Arabische Emirate, Australien, Singapur, China und Indien), Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 11.

²² Anmeldung Teil 1, 3.

²³ Anmeldung Teil 2, Beilage 1.

von Holdco. Die Minderheitsanteile an Holdco von 20 % werden durch die Aerospace Holding Company LLC, Abu Dhabi UAE (nachfolgend: Aerospace), die zu 100 % von Mubadala kontrolliert wird, gehalten.²⁴

19. HNA bietet integrierte Dienstleistungen in der Luftfahrt (Transport, Wartung und Logistik) an und ist in der internationalen Hotellerie-, Tourismus- und Catering-

branche tätig.²⁵ Mubadala, die ehemalige Eigentümerin von SR Technics, hält eine Minderheitsbeteiligung von 20 % an der Holdco. Mubadala ist eine staatlich kontrollierte Fondsgesellschaft in Abu Dhabi.²⁶

20. Die nachfolgende Abbildung stellt die Beteiligungsverhältnisse und die Gruppenstruktur schematisch dar:²⁷

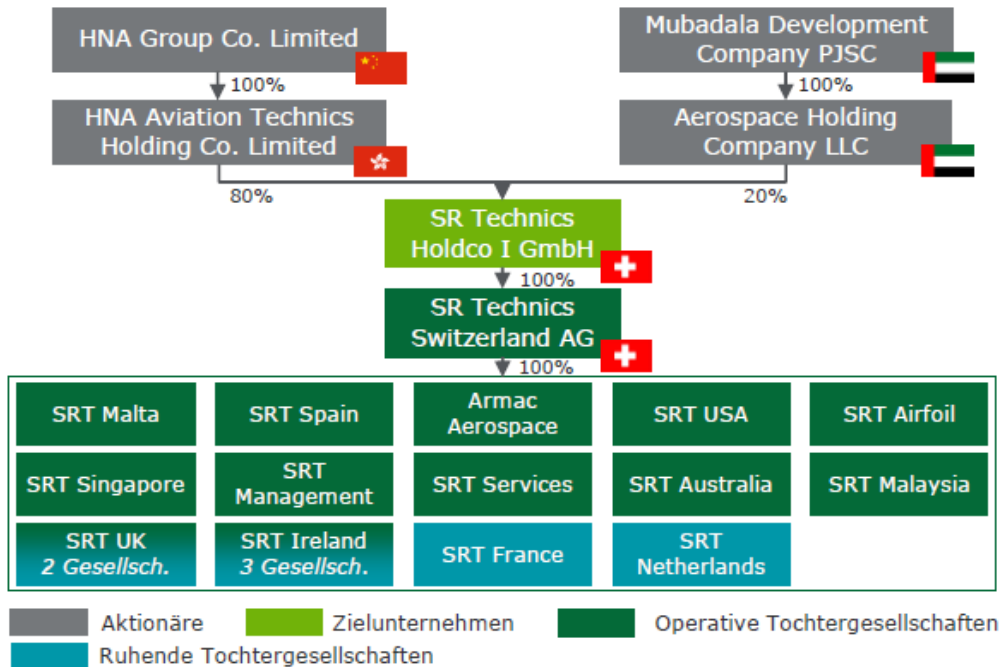


Abbildung 1: Gruppenstruktur. Quelle: Deloitte.²⁸

21. Gemäss Shareholders' Agreement vom 19. Dezember 2016²⁹ (nachfolgend: ABV) zwischen der HNA Aviation und der Aerospace stellt HNA Aviation [...] von [...] Verwaltungsratsmitgliedern und [...] von Holdco. Aerospace stellt [...] Verwaltungsräte.³⁰

22. Gemäss ABV werden alle Verwaltungsratsbeschlüsse mittels [...] getroffen, sofern die Beschlussfassung nicht durch andere anwendbare Rechtssätze auf eine andere Art erfordert wird.³¹

23. Im ABV werden Beschlussgegenstände aufgeführt, die der Zustimmung der Aerospace bedürfen. Diese betreffen jedoch keine strategischen Entscheidungen, womit die Mubadala keine Möglichkeit hat, einen bestimmenden Einfluss auf die SR Technics auszuüben.³²

24. Dementsprechend wird SR Technics alleine durch HNA kontrolliert, wobei sich diese Schlussfolgerung auch mit Bestätigungen des Managements der Schweizer Gesellschaften unter Holdco deckt.³³

A.3.1.2 Geschäftstätigkeiten der SR Technics

25. Im Hinblick auf die Geschäftstätigkeiten der SR Technics wird, bezugnehmend auf die Genehmigung bzw. Zulassung von Instandhaltungs- bzw. MRO-Betrieben³⁴ gemäss BAZL, u.a. zwischen der Zulassung für *line maintenance* und für *base maintenance* unterschieden.³⁵ Dabei soll an dieser Stelle auch festgehalten werden, dass sich die Begründung der vorliegenden

staatlichen Beihilfe in erster Linie auf das Geschäftsfeld *line maintenance* der SR Technics abstützt.³⁶ Für eine weitergehende Gliederung dieser Bereiche wird hier auf Kap. C.3.2.2.2 (Abschnitt MRO-Dienstleistungen) verwiesen.

26. Grundsätzlich werde *line maintenance* definiert als diejenige Instandhaltung, die vor einem Flug durchgeführt werden müsse, um sicherzustellen, dass das Luftfahrzeug für den (nächsten) beabsichtigten Flug tauglich sei. Wie der Name bereits ausdrücke, erfolge die Durchführung in der «Line»; d.h. während laufender Operation

²⁴ Erläuterungen vom 20.6.2020, 1.

²⁵ Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 10.

²⁶ Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 10. Die WEKO hat das ursprüngliche Zusammenschlussvorhaben im Jahr 2016 beurteilt (RPW 2016/4, 1082 ff., *HNA Aviation Group Co., Ltd/SR Technics HoldCo 1 GmbH*).

²⁷ Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 10.

²⁸ Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 10.

²⁹ Erläuterungen vom 20.6.2020, Beilage 2.

³⁰ Erläuterungen vom 20.6.2020, Beilage 2, Kap. 6.

³¹ Erläuterungen vom 20.6.2020, Beilage 2, Ziff. 6.14.

³² Vgl. ABV, Kap. 8 und Schedule 2 in den Erläuterungen vom 20.6.2020, Beilage 2. Diese Einschätzung stimmt auch mit der damaligen im ursprünglichen Zusammenschlussvorhaben, das von der WEKO beurteilt wurde, überein (RPW 2016/4, 1082, Rz 11, *HNA Aviation Group Co., Ltd/SR Technics HoldCo 1 GmbH*).

³³ Erläuterungen vom 20.6.2020, 2.

³⁴ Vgl. Fn 2.

³⁵ Anmeldung Teil 1, 5.

³⁶ Anmeldung Teil 1, 7.

zwischen zwei Flügen oder über Nacht und im Allgemeinen auf einer entsprechenden Line Station während der Bodenzeiten. Die Arbeiten würden zum Beispiel das Wechseln von Rädern, Bremsen und Komponenten beinhalten.³⁷

27. Instandhaltungsereignisse ausserhalb des Rahmens der *line maintenance* würden als *base maintenance* bezeichnet. Neben dem für die Genehmigung der *base maintenance* zwingend erforderlichen Hangar («Base») sei ein wesentlich grösserer Umfang an Werkzeugen, insbesondere Spezialwerkzeugen notwendig. Das Gesamt ereignis und/oder einzelne Aufgaben hieraus seien nicht mehr «Line-tauglich», d.h. sie seien derart komplex, dass eine umfangreichere Produktionsplanung und Arbeitsvorbereitung erforderlich seien.³⁸

A.3.1.3 Kennzahlen

28. Der Gesamtkonzern Holdco beschäftige rund 2800 Vollzeitäquivalente, davon rund 50 % in der Schweiz bzw. bei SR Technics (Stand Dezember 2019). Holdco generierte 2019 einen Jahresumsatz von total CHF [1 -

2] Mia., wovon rund CHF [0,5 - 1,5] Mia. aus dem Bereich *engine services*, rund CHF [0 - 500] Mio. aus dem Bereich *component services* und rund CHF [0 - 50] Mio. aus dem Bereich *line maintenance* resultierten.³⁹ Die übrigen Erträge würden aus kleineren Geschäftsbereichen stammen.⁴⁰

29. Über 90 % des Umsatzes werde in der Schweiz (durch SR Technics) erwirtschaftet, da der in der Schweiz angesiedelte Geschäftsbereich *engine services* im Verhältnis zu den Personalkosten sehr hohe, an die Kunden weiterverrechnete Materialkosten beinhalten würde.⁴¹

A.3.2 Weitere Unterstützungsmassnahmen für die SR Technics Holdco I GmbH in anderen Ländern

30. Holdco habe in weiteren Ländern Unterstützungsmassnahmen beantragt. Diese seien «work in progress». Sie sind in der nachfolgenden vom Unternehmen zusammengestellten Tabelle 1 zusammengefasst (Stand vom 9. Juni 2020):⁴²

SR Technics Group - Support requests abroad (work in progress)		
Entity	Government support requested (work in progress)	Taxes (holidays, support)
SR Technics Malaysia	Ongoing (smaller amounts).	Ongoing.
SR Technics Malta	Received Covid De Minimums of €k [0 - 500] from the state (subsidy for 2 months). Negotiating with Government to issue further Covid De Minimums of totally EURk [500 - 1000].	Applied for EURk [0 - 500] tax conversion to cash.
SR Technics Serbia	Subsidies of totally EURk [0 - 500] for 3 months salaries.	Deferral of taxes (ca 3 months) and contributions.
SR Technics Singapore	Small wage support (ongoing) and reduction of office rental (about SGD [0 - 50 000] for 2020).	Ongoing.
SR Technics Spain	The Spanish government is offering through banks, incentivized loan via ICO (Instituto de Crédito Oficial) of EURm [1 - 2] (ongoing).	Tax deferrals for income Taxes and social contributions.
SR Technics UK	We have engineers on furlough and received GBPk [0 - 500] from the UK government for April and May. More to receive going forward.	Ongoing.
SR Technics Americas	USDk [0 - 500] loan received for 2 years with low interests.	N/A.

Tabelle 1: Weitere Unterstützungsmassnahmen für Holdco in anderen Ländern (work in progress; Stand: 9. Juni 2020).

³⁷ Anmeldung Teil 1, 5.

³⁸ Anmeldung Teil 1, 5.

³⁹ Im Jahr 2019 seien 70 % (CHF [0 - 50] Mio.) des gesamten *line maintenance*-Umsatzes (CHF [0 - 50] in der Schweiz generiert worden (Anmeldung Teil 2, Beilage 6, 20).

⁴⁰ Anmeldung Teil 1, 3. Vgl. Kap. C.3.2.2.2 (Abschnitt MRO-Dienstleistungen) für detailliertere Erklärungen zu den Geschäftsfeldern.

⁴¹ Anmeldung Teil 1, 3.

⁴² Erläuterungen vom 20.6.2020, 8.

A.3.3 Hintergrund der Massnahme

31. Die geplante Beihilfemassnahme wird vom Bundesrat in seiner Botschaft vom 29. April 2020 zu einer dringlichen Änderung des Luftfahrtgesetzes angesichts der COVID-19-Krise⁴³ motiviert. Mit dieser Änderung, die von den eidgenössischen Räten am 6. Mai 2020 verabschiedet wurde, sollte die Rechtsgrundlage für Beteiligungen des Bundes an bestimmten Betrieben im Bereich der Luftfahrt sowie für weitere Finanzhilfen des Bundes an solche Betriebe geschaffen werden, um einen unterbrechfreien und geordneten Betrieb der Landesflughäfen zu gewährleisten. Dieser sei infolge der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen Einschränkungen unmittelbar gefährdet.⁴⁴

32. Gemäss Botschaft des Bundesrates seien für den Betrieb der Flughäfen auch die sogenannten Bodenabfertigungsdienste und Flugzeugwartungsbetriebe (flugnahe Betriebe) bedeutend. Es handle sich hierbei um verschiedene Unternehmen, welche im Rahmen von vertraglichen Verhältnissen die Infrastrukturen der Flughäfen nutzen könnten und in der Regel im Auftrag der Flugbetriebe vor allem die logistischen, bodengestützten Aspekte des Flugbetriebs verantworten würden (Abwicklung und Beförderung der Passagiere, des Gepäcks, der Fracht und des Caterings zu den Flugzeugen, Beladung und Betankung der Flugzeuge, Reinigung der Flugzeuge, Sicherheitsdienste, Treibstofflieferungen und Betrieb der Tankanlagen) oder kleinere und grössere Flugzeugwartungen ausführen.⁴⁵

33. Aus heutiger Sicht würden gemäss Botschaft des Bundesrates die Einschränkungen im Luftverkehr noch

längere Zeit anhalten. Infolge des fast vollständigen Einnahmenausfalls seien in wenigen Wochen bei allen Fluggesellschaften und Bodenabfertigungsunternehmen Liquiditätsengpässe zu erwarten. Es sei davon auszugehen, dass nur wenige der davon betroffenen Unternehmen die Engpässe selbst überbrücken könnten.⁴⁶

34. Gesuche um konkrete finanzielle Unterstützung des Bundes seien von Fluggesellschaften, aber auch von den an allen Landesflughäfen aktiven flugnahen Unternehmen eingegangen: von Swissport international⁴⁷, Gategroup⁴⁸ und SR Technics.⁴⁹

35. SR Technics biete Wartungsdienstleistungen für eine Vielzahl von Fluggesellschaften an und sei insbesondere für den Flugbetrieb von easyJet Switzerland von hoher Relevanz.⁵⁰

36. Ausgehend von diesen Erläuterungen des Bundesrates werden an dieser Stelle einerseits der Verlauf des Auftragsvolumens und andererseits der Umsätze von SR Technics in den vergangenen Monaten kurz skizziert.

37. Im Zusammenhang mit den vom Bundesrat dargelegten Einnahmeausfällen zeigen die nachfolgenden Abbildungen den Verlauf der gesamthaft und von SR Technics (Abbildung 2 bzw. Abbildung 3) mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedienten Passagier- und Frachtflüge an den drei Landesflughäfen Zürich, Genf und Basel und den erkennbaren Einfluss der COVID-19-Pandemie bzw. die darauf beschlossenen Eindämmungsmassnahmen ab März 2020 auf das Volumen dieser Dienstleistungen.⁵¹

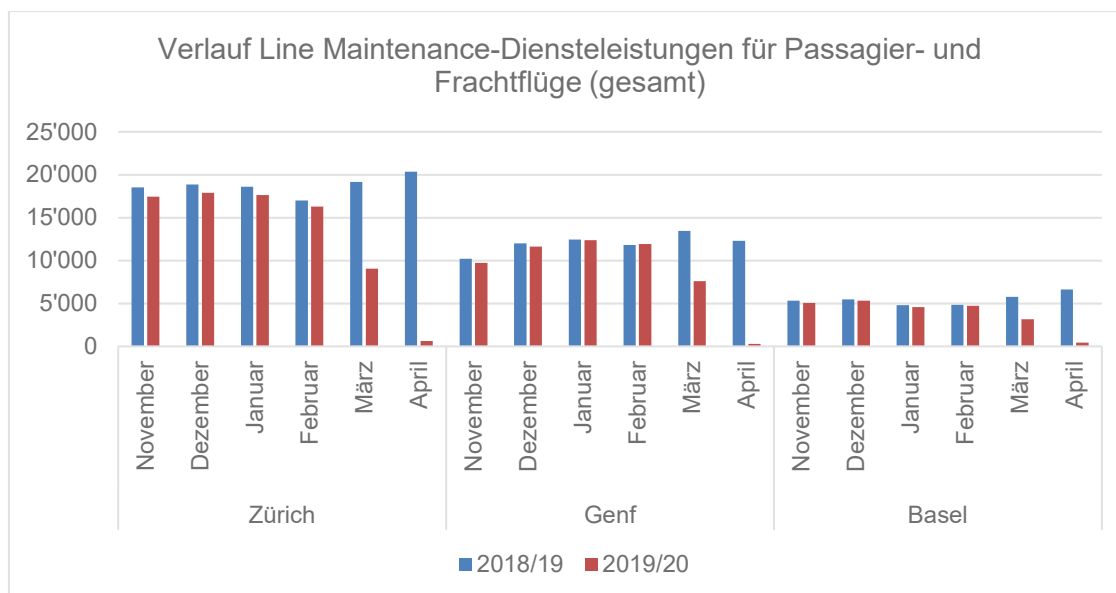


Abbildung 2: Verlauf gesamthaft mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedienten Passagier- und Frachtflüge in Zürich, Genf und Basel in den Monaten um den Jahreswechsel 2018/2019 bzw. 2019/2020. Ausgewiesen sind Flugbewegungen von Fluggesellschaft mit mehr als 10 Starts/Landungen. Datenquelle: BAZL.

⁴³ Anmeldung Teil 1, Beilage 6 (BBI 2020 3667 [-3678]).

⁴⁴ Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3668.

⁴⁵ Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3669.

⁴⁶ Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3669.

⁴⁷ Swissport international: 100-prozentige Tochtergesellschaft der chinesischen HNA Group; bis zum Ausbruch der COVID-19-Krise ca. 65 000 Beschäftigte, davon ca. 5000 in der Schweiz (Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3670).

⁴⁸ Gategroup: je zu 50 % im Eigentum der Finanzinvestoren RRJ Capital und Temasek aus Singapur; bis zum Ausbruch der COVID-19-Krise ca. 40 000 Beschäftigte, davon ca. 1300 in der Schweiz (Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3670).

⁴⁹ Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3670.

⁵⁰ Anmeldung Teil 1, Beilage 6, 3670.

⁵¹ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 20.6.2020 (CargoLinien-Fluege Schweiz - Auswertung zu SRT_2019_V3.xlsx).

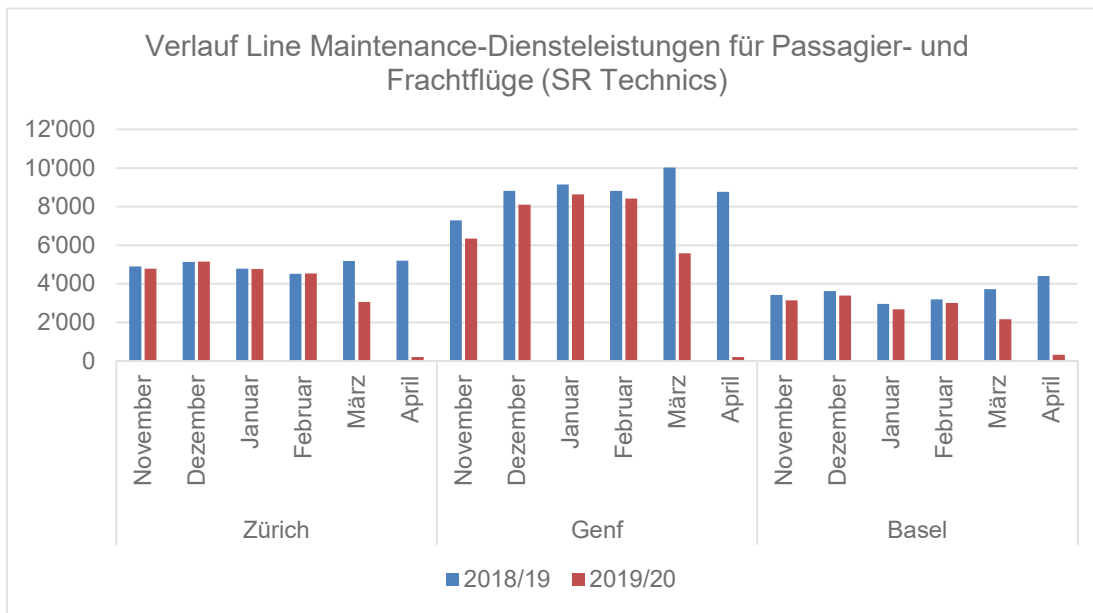


Abbildung 3: Verlauf der von SR Technics mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedienten Passagier- und Frachtflüge in Zürich, Genf und Basel in den Monaten um den Jahreswechsel 2018/2019 bzw. 2019/2020. Ausgewiesen sind Flugbewegungen von Fluggesellschaften mit mehr als 10 Starts/Landungen. Datenquelle: BAZL.

38. Deutlich erkennbar ist einerseits der Fall am Dienstleistungsvolumen ab März 2020 gegenüber dem Vorjahr und die relative Relevanz von SR Technics am Standort Genf.

39. SR Technics hielt in den ausgewiesenen Monaten für 2018/2019 durchschnittliche Anteile in der *line maintenance* von ca. 65 % in Basel, ca. 73 % in Genf und ca. 26 % in Zürich. Aus den von SR Technics allein für easyJet erbrachten *line maintenance*-Dienstleistungen ergeben sich entsprechende Anteile von ca. 48 % in Basel, 36 % in Genf und ca. 3 % in Zürich.⁵²

40. Betrachtet man alleine die Relevanz von SR Technics für Fluggesellschaften mit mehr als 10 Starts/Landungen an den drei Landesflughäfen, so bediente SR Technics in den ausgewiesenen Monaten für 2018/19 einen Anteil von 41 % an der Anzahl dieser Fluggesellschaften (ca. 15 Fluggesellschaften) in Basel, 71 % (ca. 43 Fluggesellschaften) in Genf und 70 % (ca. 40 Fluggesellschaften) in Zürich.⁵³

41. Wie später näher ausgeführt wird (vgl. Rz 190), ist SR Technics v.a. am Standort Genf für die ausländischen Fluggesellschaften relevant. Demgegenüber beziehen die Fluggesellschaften der Lufthansa Gruppe (darunter SWISS und Edelweiss) ihre Instandhaltungsdienstleistungen (inkl. *line maintenance*) konzernintern.

42. Im Hinblick auf die Umsatzentwicklung von SR Technics in den vier Geschäftsbereichen *engine services*, *component services*, *aircraft services* und *line maintenance* haben sich die Umsätze in allen Geschäftsbereichen im Monat April 2020 gegenüber dem Vorjahresmonat um ca. 40-50 % reduziert. In den Monaten zuvor befanden sich die Umsätze – über alle vier Geschäftsbereiche gesehen – auf ähnlich hohem Niveau wie in den entsprechenden Vorjahresmonaten (eine grafische Darstellung dazu findet sich in Annex 1).⁵⁴

A.3.4 Form der Unterstützungsmassnahme

43. Die Unterstützung erfolgt in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen⁵⁵ von Banken zugunsten von SR Technics.⁵⁶

A.3.5 Gesetzliche Grundlage der Unterstützungsmassnahme

44. Gemäss Art. 102a Abs. 1 Bst. b LFG kann der Bund den Unternehmen, die Dienstleistungen in den Bereichen Bodenabfertigung und Luftfahrzeuginstandhaltung erbringen, Darlehen, Bürgschaften oder Garantien gewähren.

45. Bei der vorgesehenen Ausfallbürgschaft handelt es sich um Finanzhilfen gemäss Art. 3 Abs. 1 SuG⁵⁷. Voraussetzung für die Gewährung von Subventionen (Finanzhilfen oder Abgeltungen) ist eine ausreichende gesetzliche Grundlage (vorliegend Art. 102a Abs. 1 Bst. b LFG) sowie ein entsprechender Kreditbeschluss der Bundesversammlung (vorliegend Verpflichtungs- und

⁵² Vgl. Datenzustellung BAZL vom 20.6.2020 (CargoLinien-Fluege Schweiz - Auswertung zu SRT_2019_V3.xlsx). Implizit wird die Annahme getroffen, dass es sich bei den zugrundeliegenden Daten für die Flugbewegungen von easyJet bei easyJet um eine Fluggesellschaft mit mehr als 10 Starts/Landungen handelt.

⁵³ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 20.6.2020 (CargoLinien-Fluege Schweiz - Auswertung zu SRT_2019_V3.xlsx).

⁵⁴ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 23.6.2020 (20200618_SRT Switzerland AG Revenue comparison BAZL_v2.xlsx).

⁵⁵ Nachfolgend werden «Kredit» und «Darlehen» als Synonyme verwendet.

⁵⁶ Anmeldung Teil 2, 3.

⁵⁷ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionengesetz, SuG), SR 616.1.

Nachtragskredit vom 6. April 2020). Wenn die genannten Voraussetzungen, wie vorliegend (vgl. Rz 3 ff.), erfüllt sind, kann der Bund die Verpflichtung tatsächlich eingehen, d.h. die entsprechenden Verträge unterzeichnen.⁵⁸

A.3.6 Vertragswerke zur Konkretisierung der Unterstützungsmassnahme

46. Bei der vorliegenden geplanten staatlichen Beihilfe handelt es sich um eine Ausfallbürgschaft für einen Konsortialkredit zwischen den beteiligten Banken (nachfolgend: involvierte Banken; siehe Fn 63) und SR Technics / Holdco sowie dem Bund.⁵⁹ Dieser Konsortialkredit umfasst im Wesentlichen die folgenden Verträge, die zum Zeitpunkt der vorliegenden Beurteilung im Entwurfsstadium vorliegen:

- «Revolving Credit Facility Agreement» zwischen SR Technics und den involvierten Banken. Als Ausfallbürge werde dieser Vertrag auch vom Bund zu unterzeichnen sein;⁶⁰
- «Security Agreement» (Sicherheitsvereinbarung) zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den involvierten Banken;⁶¹
- «Surety Agreement» (Bürgschaftsvertrag) zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den involvierten Banken.⁶²

47. Es handle sich bei diesem Konsortialkredit, bei dem der Bund als Bürge fungiert, um einen zusätzlichen Kredit (nachfolgend: Kredit B / Darlehen B / Fazilität B) neben einer bereits bestehenden Fazilität in der Höhe von CHF [...]. (nachfolgend: Kredit A / Darlehen A / Fazilität A), die nicht Bestandteil der Bürgschaft ist und bei der der Bund nicht involviert ist.

48. Die Fazilität B [...]. Die vertraglichen Grundlagen würden für die Kredite A und B [...]. Der Kredit A werde dabei im Rahmen [...].⁶³

A.3.7 Umfang und Dauer der Massnahme

49. Der Bund bürgere für 60 % des Kreditvolumens, welches maximal CHF 120 Mio. betragen würde. Dazu kämen 10 % für allfällig aufgelaufene Zinsen und Kommissionen. Die maximale Bürgschaftssumme beträgt somit CHF 79,2 Mio.⁶⁴ Es handelt sich dabei um eine Ausfallbürgschaft⁶⁵ (keine Solidarbürgschaft).⁶⁶ Die schlussendlichen Verluste würden anteilig und zu gleichen Bedingungen vom Bund und den beteiligten Banken getragen werden.⁶⁷

50. Im Falle einer Nichterfüllung bzw. eines Ausfalls (bspw. der Darlehensschuldner kann das Darlehen oder einen Teil davon nicht zurückzahlen) hätten die kreditgebenden Banken das Recht, [...]. Im Umfang eines allenfalls ungedeckten Betrages würde die Bürgschaft in Anspruch genommen. Es bestehe kein «Step-in-Right» seitens des Bundes, d.h. es bestehe keine Möglichkeit, dass der Bund als *ultima ratio* den Kredit ablösen und das Aktienpfand übernehmen könnte oder müsste.⁶⁸

51. Der Kredit B läuft bis am [...]. Eine vorzeitige Rückzahlung/Kündigung eines nicht beanspruchten Teils sei möglich.⁶⁹

52. Die Garantie des Bundes ist grundsätzlich unbefristet⁷⁰, orientiert sich jedoch zwangsläufig an der Laufzeit des Darlehens.

A.3.8 Garantieprämie

53. Der Bund erhält eine Garantieprämie auf 60 % des Darlehensbetrags (detailliertere Ausführungen dazu finden sich in Annex 3).

A.3.9 Garantiebedingungen

A.3.9.1 Bürgschaftsbezogene Auflagen

54. Die Bürgschaft des Bundes werde um bürgschaftsbezogene Auflagen ergänzt:⁷¹

- Das Projekt [...] ⁷² werde wie geplant umgesetzt;
- SR Technics bleibe [...] ⁷³, [...];
- Die *line maintenance*-Dienstleistungen würden an den drei Landesflughäfen Basel, Genf (inkl. P-Checks⁷⁴ easyJet) und Zürich fortgeführt;
- Angebot und Preise der *line maintenance*-Dienstleistungen müssten bedarfs- und marktgerecht ausgestaltet werden. Die dafür nötigen Ressourcen (Personal, Infrastruktur, Material) seien im erforderlichen Umfang bereitzustellen;
- SR Technics führe den Ausbildungsbetrieb gemäss EASA Part 147 Zertifikat in vergleichbarem Umfang in der Schweiz, insbesondere die Basisausbildung, und im Rahmen der nachgefragten Kurse, weiter;
- Sofern ein Personalabbau unvermeidlich werde oder bereits in Zusammenhang mit dem Projekt «Phoenix» vorgesehen sei, sei mit den Sozialpartnern nach sozialverträglichen Lösungen zu suchen.

⁵⁸ Vgl. Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 24 ff.

⁵⁹ Anmeldung Teil 2, 2.

⁶⁰ Anmeldung Teil 2, Beilage 2.

⁶¹ Anmeldung Teil 2, Beilage 3.

⁶² Anmeldung Teil 2, Beilage 4.

⁶³ Anmeldung Teil 2, 2 mit Verweis auf Beilage 2, Abschnitt 4. Sowohl für Kredit A als auch Kredit B sind [...] die involvierten Banken, Anmeldung Teil 2, Beilage 2, Part II (The Original Lenders).

⁶⁴ Anmeldung Teil 2, Beilage 2, Ziff. 1.1 (Definition «Total Facility B Commitments») und Beilage 4, Ziff. 2.1 (a) in Verbindung mit Anmeldung Teil 2, 4.

⁶⁵ Art. 495 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220): «Hat sich der Bürge nur zur Deckung des Ausfalls verpflichtet (Schadlosbürgschaft), so kann er erst belangt werden, wenn gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt [...]».

⁶⁶ Anmeldung Teil 2, 4.

⁶⁷ Anmeldung Teil 2, 4.

⁶⁸ Anmeldung Teil 2, 4.

⁶⁹ Anmeldung Teil 2, Beilage 2, Ziff. 1.1 (Definition «Termination Date») und Anmeldung Teil 2, 4.

⁷⁰ Anmeldung Teil 2, Beilage 4, Ziff. 2.1 (b).

⁷¹ Anmeldung Teil 2, 3.

⁷² Vgl. Rz 178 zu diesem Projekt.

⁷³ Vgl. Kap. C.3.2.2.2.2 (Abschnitt MRO-Dienstleistungen) für Erklärungen zu diesen Geschäftsfeldern.

⁷⁴ Vgl. Annex 4 für Erklärungen zu diesem Check.

55. Diese Ziele seien in der Vereinbarung über bürgerschaftsbezogene Auflagen verankert und würden von der Eidgenössischen Finanzkontrolle beaufsichtigt. Die Auflagen würden für die Dauer der Fazilität B bestehen.⁷⁵

A.3.9.2 Ring Fencing

56. Das BAZL könne die finanzielle Lage der HNA-Gruppe (in deren Eigentum sich SR Technics bzw. Holdco mehrheitlich befinden) nicht abschliessend beurteilen. Durch ein geeignetes *ring fencing* solle deshalb sichergestellt werden, dass die staatliche Beihilfe nur im Rahmen von SR Technics und innerhalb der Schweiz verwendet werden könne. Damit solle verhindert werden, dass die übrigen Gesellschaften der HNA-Gruppe indirekt in den Genuss der staatlichen Beihilfe kommen könnten. Dieses *ring fencing* sei auch aufgrund von Art. 102a LFG notwendig, der vorsieht, dass entsprechende Finanzhilfen ausschliesslich zur Sicherstellung von Dienstleistungen in der Schweiz verwendet werden.⁷⁶ Für die Ausgestaltung des *ring fencing* sei auf Annex 2 verwiesen.

B Formelles

B.1 Zuständigkeit

57. Am 2. Juni 2002 ist das zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft beschlossene LVA in Kraft getreten. In Art. 13 LVA werden die Beihilfen geregelt.⁷⁷

58. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind, soweit das Abkommen nicht etwas anderes bestimmt, staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaates gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen. In den Absätzen 2 und 3 werden sodann «Vereinbarkeiten» einer staatlichen Beihilfe mit dem Abkommen geregelt.

59. Während das LVA den Gemeinschaftsorganen in den meisten Fällen die Anwendung und Kontrolle der Wettbewerbsregeln übertragen hat (Art. 11 LVA)⁷⁸, bleibt die Überwachung der staatlichen Beihilfen gemäss Art. 14 LVA im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Vertragspartei (Zwei-Säulen-System). Diese Bestimmung beinhaltet nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht für die Schweiz, alle Beihilfen auf ihre Vereinbarkeit mit den materiellen Regeln über staatliche Beihilfen zu überprüfen.⁷⁹

60. Somit ist die Schweiz gemäss Art. 14 LVA für die Überprüfung der Beihilfen nach Art. 13 LVA in der Schweiz zuständig, wobei Sorge zu tragen ist, dass die EU-Kommission über Verfahren in Kenntnis gesetzt wird, mit denen die Einhaltung der Regeln von Art. 12 und 13 LVA sichergestellt werden.

61. Mit Art. 103 LFG wurde die WEKO mit der Aufgabe betraut, die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem LVA zu überprüfen⁸⁰:

III. Überprüfung von Beihilfen

1 Die Wettbewerbskommission prüft, ob mit Artikel 13 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vereinbar sind:

a. die Entwürfe zu Beschlüssen des Bundesrates, welche bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige im Anwendungsbereich des Abkommens begünstigen, insbesondere Leistungen und Beteiligungen nach den Artikeln 101, 102 und 102a⁸¹ dieses Gesetzes;

b. [...]

c. [...]

2 Die Wettbewerbskommission ist bei der Prüfung vom Bundesrat und von der Verwaltung unabhängig.

3 Die für den Beschluss zuständigen Behörden berücksichtigen das Ergebnis der Prüfung.

62. Die durch den Bundesrat und das Parlament beabsichtigte Unterstützung der flugnahen Betriebe, darunter der SR Technics, stützt sich auf Art. 102a Abs. 2 Bst. b LFG (vgl. Rz 44).

63. Die WEKO ist folglich zuständig, die geplante Unterstützungsmassnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem LVA zu überprüfen, bevor der Bundesrat voraussichtlich am 1. Juli 2020 über die Freigabe der staatlichen Beihilfe in der vorliegend zu beurteilenden Ausgestaltung entscheidet (Kap. A.3.6 - A.3.9.)

B.2 Verfahren vor der WEKO

64. Während die Zuständigkeit der WEKO in Art. 103 LFG i.V. mit Art. 14 LVA geklärt ist, enthalten weder das LVA noch das Kartellgesetz (KG)⁸² als Instrument der WEKO beihilfespezifische Verfahrensregeln.⁸³

65. Gemäss dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 LFG prüft die WEKO, ob die in diesem Artikel genannten Bestimmungen und Massnahmen mit Art. 13 LVA vereinbar sind. Gemäss Abs. 3 *berücksichtigen* die für den Beschluss zuständigen Behörden das *Ergebnis der Prüfung*.

⁷⁵ Anmeldung Teil 2, 3 und Beilage 3, Ziffer 5.

⁷⁶ Anmeldung Teil 2, 6.

⁷⁷ In Verbindung mit Art. 12 LVA gelten die Bestimmungen auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten.

⁷⁸ Die WEKO bleibt einzig zuständig für binnenrechtliche Sachverhalte (Art. 10 LVA) sowie in Bezug auf Strecken zwischen der Schweiz und Drittstaaten, wobei sie in letzterem Fall EU-Recht bzw. Art. 8 und 9 LVA anwendet (Art. 11 Abs. 2 LVA).

⁷⁹ Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG) vom 10. September 2003, BBl 2003 6241, 6243.

⁸⁰ Die Zuständigkeit wurde in einem ersten Schritt am 7. März 2003 durch den Bundesrat an die WEKO übertragen. Die gesetzliche Grundlage wurde sodann mit Art. 103 LFG geschaffen. Dieser trat am 1. September 2004 in Kraft.

⁸¹ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 6. Mai 2020, in Kraft vom 7. Mai 2020 bis zum 31. Dezember 2025 (AS 2020 1493; BBl 2020 3667); Art. 102a wurde anlässlich der ausserordentlichen Session vom 4. – 6. Mai 2020 verabschiedet, um bei Bedarf Finanzierungslösungen durch den Bund für flugnahe Betriebe zu ermöglichen, da das LFG hierfür bis anhin keine gesetzliche Grundlage enthielt.

⁸² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁸³ Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

66. Daraus folgt, dass die «endgültige Entscheidung» im Sinne von Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG über die Gewährung der Beihilfe beim Beihilfegeber (im vorliegenden Fall dem Bund), und nicht bei der Behörde, welche die Beihilfeprüfung vornimmt (WEKO), liegt.⁸⁴

C Materielles

C.1 Anwendbares materielles Recht

C.1.1 Luftverkehrsabkommen

67. Art. 13 LVA stellt das anwendbare materielle Recht für die Beihilfenprüfung dar. Der Beihilfetatbestand von Art. 13 LVA entspricht – mit wenigen Ausnahmen in den Absätzen 2 und 3 betreffend mit dem LVA vereinbare Beihilfen – Art. 107 des AEUV⁸⁵.

68. Im Gegensatz zur EU-Kommission verfügt die Schweiz – und damit vorliegend die WEKO – nicht über ein ganzes Beihilfen-Regelwerk (bestehend aus verbindlichen Rechtsnormen und *soft law*), gestützt auf welches sie die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem LVA überprüfen kann. Ob die WEKO im Bereich Luftverkehr Akte des EU-Rechts anzuwenden oder sich daran zu orientieren hat, wird durch die Bestimmungen des LVA vorgegeben.

69. So stellen das LVA sowie die im Anhang des LVA aufgeführten Rechtsakte für den Luftverkehr anwendbares Schweizer Recht dar. Europäische Rechtsakte, welche nicht im Anhang des LVA aufgeführt sind, sind demgegenüber nicht Teil der Schweizer Rechtsordnung und können somit von den Schweizer Behörden nicht direkt angewendet werden. In der Vergangenheit hat sich die WEKO für die Auslegung von Art. 13 LVA jedoch regelmässig an diesen Akten *orientiert*. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Auslegung des LVA durch beide Vertragsparteien (Schweiz und EU) anzustreben ist.⁸⁶

70. Grundsätzlich ist bei den relevanten europäischen Rechtsakten zwischen verbindlichen Rechtsnormen (bspw. EU-Verordnungen, Kap. C.1.2), und *soft law* (bspw. Mitteilungen, Kap. C.1.3) zu unterscheiden.

C.1.2 Verbindliche Rechtsnormen

71. Obwohl die WEKO im Rahmen der bisher zu beurteilenden staatlichen Unterstützungsmassnahmen für die Auslegung von Art. 13 LVA keine verbindlichen EU-Rechtsnormen (wie beispielsweise die De-minimis-Beihilfenverordnung⁸⁷ oder die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung [AGVO]⁸⁸) beizuziehen hatte, hat sie in der Vergangenheit eine grundsätzliche Orientierung an diesen Rechtsakten bejaht. Die Orientierung an diesen Akten begründet sich wie folgt:

- Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 LVA⁸⁹ ist die WEKO gehalten, Art. 13 LVA in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung des LVA erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der EU-Kommission auszulegen.
- Auch wenn die Schweiz gestützt auf diese Bestimmung nicht verpflichtet ist, das LVA im Lichte der EU-Praxis *nach* der Vertragsunterzeichnung auszulegen, hat sich die WEKO in der Vergangenheit zumindest an der relevanten EU-Praxis orientiert, soweit diese für die Auslegung und das gute Funktionieren des Abkommens notwendig schien.⁹⁰

- Die EU-Rechtsprechung und -Praxis im Beihilferecht, an welcher sich die WEKO orientiert, bezieht sich jedoch auch auf Rechtsakte (wie die De-minimis-Beihilfenverordnung oder die AGVO), welche nicht im Anhang des LVA aufgeführt sind. Da die Schweiz diese Rechtsprechung und Praxis – wie oben erwähnt – zu berücksichtigen hat (bzw. sich an der nach Inkrafttreten des LVA entwickelten Rechtsprechung/Praxis orientiert), soweit diese für die Auslegung und das gute Funktionieren des LVA notwendig sind, kommt dies einer *Orientierung* an diesen Rechtsakten selbst gleich.⁹¹

72. Um im Rahmen der vorliegenden Prüfung eine einheitliche Auslegung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA zwischen den Vertragsparteien (EU und Schweiz) zu gewährleisten, wird sich die WEKO für die Bestimmung eines Unternehmens in (finanziellen) Schwierigkeiten an der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung⁹² orientieren (vgl. Rz 141).

C.1.3 Soft law

73. Die EU-Kommission hat Akte des *soft law* (Leitlinien, Unionsrahmen, Mitteilungen) angenommen, in welchen sie darlegt, wie sie in Zukunft ihr Ermessen ausüben wird. *Soft law* ist jedoch nur in Bereichen möglich, in denen der EU-Kommission ein Ermessensspielraum zusteht (namentlich bei der Beurteilung, ob eine in Art. 107

⁸⁴ Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56 – 61, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*.

⁸⁵ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 – 390.

⁸⁶ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 47 ff., 209 ff.

⁸⁷ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen (De-minimis-Beihilfenverordnung), ABl. L 352/1 vom 24.12.2013.

⁸⁸ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO), ABl. L 187/1 vom 26.6.2014.

⁸⁹ «Zu diesem Zweck gelten die Bestimmungen, die in diesem Abkommen sowie in den im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien enthalten sind, unter den im Folgenden genannten Bedingungen. Soweit diese Bestimmungen im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des EG-Vertrags und den in Anwendung des EG-Vertrags erlassenen Rechtsvorschriften übereinstimmen, sind sie hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaft auszulegen. Die nach Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen werden der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen der letztgenannten Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren dieses Abkommens vom Gemeinsamen Ausschuss festgestellt.»

⁹⁰ Vgl. RPW 2019/3b, 1047, Rz 68 ff., *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*; Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 209; Diese Orientierung an der EU-Praxis erfolgte vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Auslegung des LVA durch die beiden Vertragsparteien anzustreben sei.

⁹¹ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 49.

⁹² AGVO, Fn 88.

Abs. 3 AEUV genannte Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann) und ist ohne Bindungs- und Rechtswirkung.⁹³

74. Im Rahmen der Prüfung der Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss orientierte sich die WEKO insbesondere an den nachfolgend genannten EU-Mitteilungen, welche im Zusammenhang mit COVID-19 erlassen wurden.⁹⁴

75. Am 19. März 2020 hat die EU-Kommission auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV die Mitteilung «Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (nachfolgend: Befristeter Rahmen)⁹⁵ verabschiedet. Im Befristeten Rahmen wird anerkannt, dass das Wirtschaftsleben in der gesamten EU durch die COVID-19-Pandemie beträchtlich gestört ist. Er bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den in den Beihilfavorschriften vorgesehenen Spielraum in vollem Umfang zu nutzen, um die Wirtschaft zu unterstützen. Zusammen mit den zahlreichen anderen Unterstützungsmassnahmen, die die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der bestehenden Beihilfavorschriften ergreifen können, ermöglicht der Befristete Rahmen es den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass Unternehmen aller Art ausreichend Liquidität zur Verfügung haben, um die Aufrechterhaltung der Wirtschaftstätigkeit während und nach der COVID-19-Pandemie zu gewährleisten.⁹⁶ Am 3. April und 8. Mai 2020 verabschiedete die Kommission zwei Mitteilungen, die beide als sog. «Änderung des befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» bezeichnet werden (nachfolgend: Änderung des Befristeten Rahmens⁹⁷ und zweite Änderung des Befristeten Rahmens⁹⁸).⁹⁹

76. Für die Beurteilung der «Verbindlichkeit» des Befristeten Rahmens für die EU-Kommission im Rahmen der Prüfung, ob eine Beihilfe gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, kann auf die Rechtsprechung des EuGH anlässlich der Finanzkrise¹⁰⁰ hingewiesen werden. So hielt der EuGH fest, dass die EU-Kommission für die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemassnahmen mit dem Binnenmarkt gemäss Art. 107 Abs. 3 AEUV über ein weites Ermessen verfügt. *«Bei der Ausübung dieses Ermessens kann die Kommission Leitlinien erlassen, um die Kriterien festzulegen, auf deren Grundlage sie die Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten geplanten Beihilfemaßnahmen mit dem Binnenmarkt zu beurteilen beabsichtigt. Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt die Kommission dadurch, dass sie Verhaltensnormen erlässt und durch ihre Veröffentlichung ankündigt, dass sie diese von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, selbst die Ausübung ihres Ermessens und kann grundsätzlich nicht von diesen Normen abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde»*.¹⁰¹

77. Daraus folgt, dass die EU-Kommission an das von ihr aufgestellte Prüfschema des Befristeten Rahmens gebunden ist. Sie scheint folglich bei einer Beurteilung, ob eine Massnahme gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b

AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann, nicht von den im Befristeten Rahmen verankerten Voraussetzungen abweichen zu können. Vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Auslegung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA (welcher Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV entspricht) anzustreben ist, prüft die WEKO auch vorliegend – wie schon im Rahmen der Prüfung der Unterstützungsmassnahmen zugunsten von SWISS und Edelweiss (Fn 10) –, ob die Voraussetzungen des Befristeten Rahmens für die Vereinbarkeitserklärung der Massnahme mit dem Binnenmarkt bzw. dem LVA erfüllt sind. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird die WEKO – i.S. einer einheitlichen Auslegung von Art. 13 Abs. 3 b LVA – die Unterstützungsmassnahmen in der Regel als nicht mit dem LVA vereinbar erklären (zu den Konsequenzen der Nicht-Erfüllung einer Voraussetzung des Befristeten Rahmens *in casu*, vgl. Kap. C.3.2.1.4).

⁹³ MAXIAN RUSCHE, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 9 f. (zit. RUSCHE in Immenga/Mestmäcker).

⁹⁴ Vgl. für eine Übersicht über die Mitteilungen Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 52 – 54.

⁹⁵ Mitteilung der Kommission vom 19. März 2020 «Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (zit. Befristeter Rahmen), ABl. C 911 vom 20.3.2020, S. 1–9; <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320(03)&from=EN)> (23.6.2020).

⁹⁶ Vgl. auch Pressemitteilung vom 19.3.2020 «Staatliche Beihilfen: Kommission nimmt Befristeten Rahmen an, damit die Mitgliedstaaten die Wirtschaft infolge des COVID-19-Ausbruchs wirksamer unterstützen können», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_496> (23.6.2020).

⁹⁷ Mitteilung der Kommission vom 3. April 2020 «Änderung des befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19» (zit. Änderung des Befristeten Rahmens, ABl. C 1121 vom 4.4.2020, S. 1–9; <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0404(01)&from=EN)> (23.6.2020).

⁹⁸ Mitteilung der Kommission vom 8. Mai 2020 «Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19», ABl. C 164, vom 13.5.2020, S. 3 – 15, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_de.pdf> (23.6.2020).

⁹⁹ Vgl. zum Ganzen auch die inoffizielle aber konsolidierte Fassung «Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19», <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_as_amended_3_april_and_8_may_2020_de.pdf> (23.6.2020).

¹⁰⁰ Vgl. zur Erklärung der div. Krisenmitteilungen Ziff. 3 der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Massnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise («Bankenmitteilung»), ABl. C 216 vom 30.7.2013, S. 1 – 15: «Die Krisenmitteilungen sowie alle Einzelbeschlüsse zu Beihilfemaßnahmen und -regelungen, die in den Anwendungsbereich der Krisenmitteilungen fallen, wurden auf der Grundlage des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe b AEUV erlassen, dem zufolge unter bestimmten Voraussetzungen Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats erlaubt sind».

¹⁰¹ Urteil des EuGH vom 19.7.2016 C-526/14, *Tadej Kotnik u.a.*, Rz 38 ff. <[\(http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0526&lang1=d&type=TEXT&ancre\)](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0526&lang1=d&type=TEXT&ancre)>(17.6.2020); Urteil des EuGH vom 8.3.2016 C-431/14 P, *Hellenische Republik / Kommission*, Rz 67 ff., <[\(http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0431&lang1=en&type=TEXT&ancre\)](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0431&lang1=en&type=TEXT&ancre)> (17.6.2020).

C.2 Vorliegen einer Staatlichen Beihilfe gemäss 13 LVA

78. In diesem Kapitel wird in einem ersten Schritt geprüft, ob es sich bei der angemeldeten Unterstützungsmassnahme um eine staatliche Beihilfe in Sinne von Art. 13 Abs. 1 LVA handelt (Kap. C.2), bevor in einem zweiten Schritt geprüft wird, ob diese mit dem LVA vereinbar ist bzw. als vereinbar erklärt werden kann (Kap. C.3).

C.2.1 Voraussetzungen

79. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** der Schweiz oder eines Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige** den **Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen**, mit diesem Abkommen unvereinbar, soweit sie **den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen**.

80. Damit eine Beihilfe mit dem LVA unvereinbar ist, müssen die folgenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: Staatlichkeit (Zurechenbarkeit an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mitteln; Kap. C.2.2), Begünstigung (wirtschaftlicher Vorteil [Kap. C.2.3] und Selektivität [Kap. C.2.4]), Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung [Kap. C.2.5] sowie das Vorliegen eines Unternehmens als Beihilfeempfänger.¹⁰²

81. Wenn auch nur eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt ist, fällt die Massnahme nicht unter Art. 13 LVA.¹⁰³ Die Tatbestandsmerkmale werden nachfolgend einzeln geprüft.

C.2.2 Staatlichkeit (Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat und Finanzierung aus staatlichen Mittel)

82. Bezugnehmend auf die europäische Norm der Beihilfe umfasst das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit («staatliche oder aus staatlichen Mitteln») zwei Tatbestandsmerkmale, die – anders als der Wortlaut von Art. 13 LVA und 107 AEUV vermuten liesse – kumulativ vorliegen müssen, damit das Verbot greift: Die Massnahme muss dem Staat *zurechenbar* sein und die Gewährung des Vorteils muss aus *staatlichen Mitteln* stammen.¹⁰⁴

C.2.2.1 Zurechenbarkeit an den Staat

83. Die vorliegende Massnahme wurde durch den Bund gestützt auf Art. 102a Abs. 1 LFG ergriffen. Der Bund ist Vertragspartei des die Unterstützung gewährenden Konsortialkredits (vgl. Kap. A.3.6). Die Massnahme ist folglich dem Staat zuzurechnen.

C.2.2.2 Finanzierung aus staatlichen Mitteln

84. Eine staatliche Garantie bietet den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat ganz oder teilweise auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen (Kap. C.2.3) und ein *Verlust staatlicher Ressourcen*, selbst wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen.¹⁰⁵ Zum Verlust staatlicher Ressourcen sind ebenfalls allfällige Vergütungen

an die Darlehensintermediäre (z.B. Banken) zu zählen, die ansonsten vom Darlehensnehmer zu tragen wäre.¹⁰⁶ Wird eine Garantie dereinst gezogen, wird der Staat in der Höhe des garantierten Betrags belangt.

85. Die mutmassliche Begünstigung von SR Technics bzw. der finanzielle Vorteil (Kap. C.2.3), den SR Technics durch die Staatsgarantie erfährt, stammt folglich aus staatlichen Mitteln.¹⁰⁷

¹⁰² Vgl. RPW 2019/3b, 1046, Rz 56, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*; Während in der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe) die Tatbestandsmerkmale «Vorliegen eines Unternehmens», «Zurechenbarkeit der Massnahme an den Staat», «Finanzierung der Massnahme aus staatlichen Mitteln», «Gewährung eines Vorteils», «Selektivität der Massnahme» und «Auswirkungen der Massnahme auf den Wettbewerb und den Handel» einzeln aufgelistet werden (Ziff. 5), stellen in der Literatur (vgl. namentlich ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, in: Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen/Sonderbereiche, Kommentar, Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], 5. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 10 ff. und 247 ff. [zit. MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker]) – in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 107 AEUV – die «Staatlichkeit» und die «Begünstigung» neben der «Wettbewerbsverfälschung» und «Handelsbeeinträchtigung» die zu prüfenden Tatbestandsmerkmale dar. Für die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale müssen jedoch die Untervoraussetzungen der «Zurechenbarkeit an den Staat» und der «Finanzierung aus staatlichen Mitteln» (für die «Staatlichkeit») sowie des «wirtschaftlichen Vorteils» und der «Selektivität» (für die «Begünstigung») erfüllt sein. Für andere Autoren stellt zwar die «Staatlichkeit» (Zurechenbarkeit und staatliche Mittel) ein einziges Tatbestandselement dar, der «wirtschaftliche Vorteil» und die «Selektivität» jedoch zwei getrennte Tatbestandselemente (vgl. *Christoph Arhold*, in: Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5, Beihilfenrecht, München 2018, Art. 107 AEUV, Rz 123 [zit. MüKoEuWettbR-ARHOLD]).

¹⁰³ MüKoEuWettbR-ARHOLD, Art. 107 AEUV, Rz 126.

¹⁰⁴ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1 Rdnr. 274; EU-Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 38; EuGH 17.3.1993, Rs. C-72/91 und C-73/91, *Slo-man Neptun Schifffahrts AG*, Rz 19; EuGH 13.3.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra AG*, Rz. 58.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften), ABl. C 155 vom 20.6.2008, S. 10–22, Ziff. 2.1 Abs. 2.

¹⁰⁶ Vorliegend würden die Kosten, welche der Bund zusätzlich für die Abwicklung des Darlehens über die Banken an ebendiese beisteuern müsste, bei einer vollständigen Kreditanspruchnahme CHF 396 000 pro Jahr betragen (vgl. Annex 3).

¹⁰⁷ Vgl. EU-Kommission “[*The measure*] is financed through State resources, since the measure takes the form of State guarantees”, State Aid SA.56812 (2020/N), 11.4.2020 – Sweden COVID-19: Loan guarantee scheme to airlines, Ziff. 33, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202016/285407_2147916_112_2.pdf> (23.6.2020).

C.2.3 Wirtschaftlicher Vorteil

86. Eine Beihilfe liegt gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA nur vor, wenn bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen begünstigt werden. Eine solche Begünstigung¹⁰⁸ setzt zum einen voraus, dass einem oder mehreren Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil gegenüber den «normalen Marktbedingungen» eingeräumt wird; zum anderen darf dieser Vorteil nicht allen Unternehmen in vergleichbarer rechtlicher und tatsächlicher Lage eingeräumt werden, sondern muss bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen besserstellen (sog. *Selektivität*, siehe Kap. C.2.4).¹⁰⁹

87. Ein Vorteil ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne das Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Ein Vorteil liegt vor, wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift. Die genaue Art der Massnahme ist dabei irrelevant.¹¹⁰

88. So kann ein beihilferechtlich relevanter Vorteil nicht nur in positiven staatlichen Leistungen – Subventionen im engeren Sinne –, sondern in jeglichen Massnahmen liegen, die in anderer Form die Belastung vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.¹¹¹ Bei staatlichen Garantien in Form von Bürgschaften liegt eine Begünstigung des Kreditnehmers vor, wenn der Staat mit der Garantie ein Risiko übernimmt, hierfür vom Kreditnehmer aber nicht mit einer der Risikoträgerfunktion entsprechenden marktüblichen Prämie vergütet wird. Aufgrund der staatlichen Garantie kann der Kreditnehmer sodann Kredit zu einem niedrigeren Zinssatz oder gegen weniger Sicherheiten aufnehmen, als er normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar wäre. Obwohl eine effektive staatliche Zahlung erst mit der Inanspruchnahme der Garantie erfolgt, liegt die Vorteils- und damit Beihilfengewährung bereits in der Bürgschafts- bzw. Garantieübernahme selbst. Der wirtschaftliche Vorteil des Kreditnehmers liegt im Differenzbetrag zwischen den marktüblichen¹¹² und den tatsächlich erlangten Konditionen für die Bereitstellung einer Garantie – nicht in der Garantie oder dem Kredit. Werden im Markt vergleichbare Garantien nicht angeboten, so liegt das Beihilfeelement in der Differenz zwischen dem marktüblichen Entgelt für einen vergleichbaren nicht garantierten Kredit einerseits, den gesamten Finanzierungskosten des garantierten Kredits einschliesslich der Kreditzinsen und der Garantieprämie andererseits.¹¹³

89. Im vorliegenden Fall wurde in der Anmeldung aufgezeigt, dass die Unterstützung des Bundes an SR Technics insbesondere in der Ermöglichung des *Zugangs* zu einem Bankdarlehen in der notwendigen Höhe besteht. So konnte angeblich kein Finanzierungspartner am Markt identifiziert werden, welcher bereit gewesen wäre, die Finanzierung in der notwendigen Höhe von CHF 120 Mio. ohne Beteiligung des Bundes sicherzustellen – und dies unabhängig von der Höhe der Verzinsung oder anderer Konditionen. Ebenfalls wurde in der Anmeldung sinngemäss geltend gemacht, dass aufgrund der gleichen Risiküberlegungen kein marktwirtschaftlich handelnder alternativer Bürge der SR Technics eine Bürg-

schaft über CHF 79,2 Mio. (vgl. Kap. A.3.7) gewährt hätte – und dies wiederum unabhängig von der Höhe der allfälligen Garantieprämie.¹¹⁴

90. Die Bürgschaft des Bundes stellt somit einen wirtschaftlichen Vorteil für SR Technics in Form von Zugang zu Liquidität dar, den sie ohne die Massnahme nicht erhalten hätte.

C.2.4 Selektivität

91. Eine Massnahme ist selektiv, wenn sie bestimmte Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen begünstigt, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.¹¹⁵ Ist eine Einzelbeihilfe zu prüfen, indiziert der wirtschaftliche Vorteil regelmässig die Selektivität.¹¹⁶

92. Bei der Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics handelt es sich um eine Einzelbeihilfe und nicht um ein Beihilferegime. So werden namentlich andere MRO¹¹⁷-Dienstleister durch die Massnahme nicht unterstützt. Die vorgesehene Unterstützungsmassnahme ist folglich selektiv.

¹⁰⁸ Nachfolgend werden in Anlehnung an das Prüfschema der EU-Kommission im Rahmen der Entscheide zu COVID-19-Beihilfen der wirtschaftliche Vorteil und die Selektivität, welche gemäss Lehre Unterkategorien des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung darstellen, (vgl. Fn 102) als eigenständige Tatbestandsmerkmale geprüft, vgl. dazu beispielsweise State Aid SA.56812 (2020/N), Ziff. 32 - 37 (Fn 107); Aide d'État SA.56765 (2020/N), 31.3.2020 – *France COVID-19 - Moratoire sur le paiement de taxes aéronautiques en faveur des entreprises de transport public aérien*, Ziff. 20 - 23, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202017/285237_2150596_52_7.pdf> (13.6.2020); State Aid SA. 56963 (2020/N), 13.4.2020 – *Italy Guarantee scheme under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, Ziff. 26 – 31, <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202016/285508_2148533_54_2.pdf> (23.6.2020).

¹⁰⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 39.

¹¹⁰ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 66 – 68.

¹¹¹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 40.

¹¹² Zur Ermittlung des entsprechenden marktüblichen Entgelts ist den Merkmalen der Garantie und des Kredits Rechnung zu tragen. Dazu gehören der Betrag und die Laufzeit der Transaktion, die vom Kreditnehmer geleistete Sicherheit und andere sich auf die Bewertung der Einbringungsquote auswirkende Aspekte, die Ausfallwahrscheinlichkeit aufgrund der finanziellen Lage des Kreditnehmers, der Geschäftsbereich des Kreditnehmers, Prognosen und andere wirtschaftliche Faktoren, Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften (Fn 105), Ziff. 3.2 Bst. d Abs. 3.

¹¹³ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 102; Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 109 f.; Mitteilung über Beihilfen in Form von Bürgschaften (Fn 105), Ziff. 2.1 Abs. 2, 2.2, 4.1, 4.2.

¹¹⁴ Anmeldung Teil 2, 5.

¹¹⁵ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 168, 170.

¹¹⁶ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 39.

¹¹⁷ Vgl. Fn 2.

C.2.5 Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

93. Die beiden Tatbestandsmerkmale Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung müssen beide erfüllt sein, werden in der Praxis jedoch regelmässig gemeinsam geprüft und als untrennbar miteinander verbunden betrachtet.¹¹⁸

C.2.5.1 Wettbewerbsverfälschung

94. Ist eine vom Staat gewährte Massnahme *geeignet*, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern¹¹⁹, so wird sie als Massnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsverfälschung – oder die Auswirkung auf den Handel (Kap. C.2.5.2) – erheblich oder wesentlich ist.¹²⁰

95. Eine Beihilfenvergabe kann zudem nicht als Reaktion auf eine Beihilfenvergabe durch andere Staaten gerechtfertigt werden. Durch eine derartige «Ausgleichs»-Massnahme würde die Wettbewerbsverfälschung nur kumuliert.¹²¹

96. Die vorgesehene Unterstützungsmassnahme ist geeignet, die Wettbewerbsposition von SR Technics gegenüber ihren Wettbewerbern zu verbessern, ungeachtet dessen, dass einige der Wettbewerber allenfalls ebenfalls Staatshilfe erhalten werden.

C.2.5.2 Handelsbeeinträchtigung

97. Es muss nicht festgestellt werden, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten bzw. zwischen den Vertragsparteien des LVA hat, sondern lediglich ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte.¹²² Staatliche Beihilfen beeinträchtigen den Handel zwischen den Vertragsparteien, wenn sie geeignet sind, das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen zu beeinflussen.¹²³

98. Die Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics ist ohne weiteres geeignet, das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen zu beeinflussen und beeinträchtigt damit den Handel zwischen den Vertragsparteien.

C.2.6 Ergebnis

99. Alle Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 1 LVA sind erfüllt. Die vorgesehene Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics stellt folglich eine staatliche Beihilfe dar.

100. In einem zweiten Schritt ist nun zu prüfen, ob diese staatliche Beihilfe mit dem LVA vereinbar sein kann.

C.3 Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem LVA

101. In Analogie zur Beihilfeprüfung in der EU unterscheiden die Ausnahmetatbestände eng eingegrenzte Legalausnahmen in Art. 13 Abs. 2 LVA und weiterreichende, mit erheblichen Ermessensspielräumen verbundene Erlaubnistatbestände in Art. 13 Abs. 3 LVA. Beide Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen. In der EU hat der Mitgliedstaat, der sich auf die Voraussetzungen

dieser Ausnahmenvorschriften beruft, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen.¹²⁴

102. Grundsätzlich ist es möglich, dass staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des COVID-19-Ausbruchs insbesondere gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV (welcher Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA entspricht) mit dem Binnenmarkt vereinbar sind (Kap. C.3.1) oder gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV (welcher Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA entspricht) als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können (Kap. C.3.2).¹²⁵

C.3.1 Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA

103. Liegt einer der in Art. 13 Abs. 2 LVA genannten Tatbestände vor, so ist die fragliche Beihilfe *ipso iure* mit dem Binnenmarkt vereinbar. Es verbleibt kein Rechtsfolgeermessen. Auch diese Beihilfen unterliegen allerdings insoweit der Kontrolle der WEKO, als dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen ist.¹²⁶

104. Gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA sind Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, mit dem LVA vereinbar. Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA entspricht Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV.

105. Für «sonstige aussergewöhnliche Ereignisse» gibt es keine allgemeine Definition.¹²⁷ Im Befristeten Rahmen hat die EU-Kommission jedoch den Ausbruch von COVID-19 als «sonstiges aussergewöhnliches Ereignis qualifiziert», indem sie festhält, dass Unternehmen in besonders stark betroffenen Sektoren (z.B. Verkehr, Tourismus, Kultur, Gastgewerbe oder Einzelhandel) und/oder Organisatoren abgesagter Veranstaltungen gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV für Verluste entschädigt werden können, die diesen infolge des COVID-19-Ausbruchs entstanden sind und unmittelbar auf den Ausbruch zurückzuführen sind.¹²⁸

¹¹⁸ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 186.

¹¹⁹ Staatliche Förderungen können den Wettbewerb selbst dann verfälschen, wenn sie nicht dazu beitragen, dass das Empfängerunternehmen expandieren und Marktanteile gewinnen kann. Es reicht aus, dass eine Beihilfe die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Lage ohne Beihilfe stärkt. Eine Beihilfe gilt in diesem Zusammenhang in der Regel bereits dann als wettbewerbsverfälschend, wenn sie ein Unternehmen begünstigt, indem sie es von Kosten befreit, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftstätigkeiten zu tragen gehabt hätte.

¹²⁰ Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 187, 189.

¹²¹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 314.

¹²² Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe (Fn 102), Rz 187, 189.

¹²³ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 316.

¹²⁴ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 1 ff.

¹²⁵ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 15 f.

¹²⁶ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 7.

¹²⁷ Anerkannte Beispiele sind Kriege, innere Unruhen, Streiks und, in Abhängigkeit vom Ausmass des Ereignisses, auch schwere nukleare Unfälle oder Industrieunfälle und Brände, die umfangreiche Verluste verursachen. Ebenfalls gehörte die Sperrung des Luftraums in den USA nach den Anschlägen des 11.9.2001 dazu. Der Ausbruch von Tierseuchen o.ä. wird nur in Ausnahmefällen, wie z.B. die BSE-Seuche oder die Dioxinverseuchung von Fleisch zu den sonstigen aussergewöhnlichen Ereignissen gezählt, RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 19 m.w.H.

¹²⁸ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 15.

106. Voraussetzung dafür, dass eine staatliche Unterstützungsmassnahme gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV (bzw. Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA) mit dem Binnenmarkt (bzw. dem LVA) vereinbar ist, ist ein **Kausalzusammenhang** zwischen dem aussergewöhnlichen Ereignis (d.h. dem COVID-19-Ausbruch) und den verursachten Schäden. Dabei müssen die Schäden möglichst genau bewertet werden.¹²⁹ Zudem muss eine **Überkompensation** der Beihilfeempfänger **ausgeschlossen** werden.¹³⁰

107. Die beabsichtigte Unterstützung mittels Bürgschaft des Bundes zur Sicherung von Darlehen zugunsten von SR Technics solle den aktuellen Bedarf zur Überbrückung der Liquidität für SR Technics sicherstellen, sodass eine Zahlungsunfähigkeit vermieden werden könne.¹³¹ Bei den geplanten Unterstützungsmassnahme scheint es sich somit nicht um eine Kompensation von bezifferten – und durch den COVID-19-Ausbruch bedingte – Schäden, sondern um die Bereitstellung von zukünftiger Liquidität zu handeln.

108. Grundsätzlich hätte es für den Bund eine Option darstellen können, eine Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA zu modellieren.¹³² Die Schwierigkeit einer solchen Unterstützung besteht allerdings in der Darlegung des Kausalzusammenhangs zwischen dem aussergewöhnlichen Ereignis (COVID-19-Ausbruch) und dem geltend gemachten (zu beziffernden) Schaden, insbesondere wenn es sich beim Schaden um fehlende Liquidität handelt, welche per se von diversen – darunter auch zukünftigen – Faktoren abhängig ist. Dabei stellt sich regelmässig die Frage, *wie lange* die Kausalität zwischen der beantragten Unterstützung (welche dem geltend gemachten Schaden entsprechen muss) und dem aussergewöhnlichen Ereignis überhaupt noch nachgewiesen werden kann. So scheint es grundsätzlich anspruchsvoller, eine Unterstützungsmassnahme zur Deckung eines zukünftigen Liquiditätsbedarfs gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA in einer Höhe und für eine Zeitspanne zu gewähren, als dies gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA (Kap. C.3.2) unter gewissen Voraussetzungen möglich ist. Dies insbesondere deshalb, weil Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA eine Überkompensation verbietet.¹³³ Eine mögliche Vereinbarkeit gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA wurde in der Anmeldung sodann auch nicht geltend gemacht.

109. Es bleibt folglich zu prüfen, ob die Unterstützungsmassnahmen – wie in der Anmeldung geltend gemacht wurde – gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA als mit dem LVA vereinbar erklärt werden können (Kap. C.3.2).

C.3.2 Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA

110. Art. 13 Abs. 3 LVA gibt die Möglichkeit, staatliche Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären. Schon aus dem Wortlaut («können») wird ersichtlich, dass ein grosser Ermessensspielraum vorliegt. Dieses Ermessen muss «nach Massgabe wirtschaftlicher und sozialer Wertungen ausgeübt werden, die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind».¹³⁴

111. Gemäss Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA können Beihilfen [...] zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei als mit dem LVA ver-

einbar angesehen werden. Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA entspricht inhaltlich Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV. In diesem Zusammenhang haben die Unionsgerichte festgestellt, dass eine solche Störung nur vorliegt, wenn das gesamte Wirtschaftsleben des betreffenden Mitgliedstaats beeinträchtigt wird und nicht nur das einer seiner Regionen oder Gebietsteile. Dies steht auch mit der Notwendigkeit im Einklang, Ausnahmebestimmungen wie Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV eng auszulegen.¹³⁵

112. Die EU-Kommission hat im Befristeten Rahmen die Vereinbarkeitsvoraussetzungen festgelegt, anhand deren sie die von den Mitgliedstaaten nach Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV gewährten Beihilfen grundsätzlich prüfen wird und die nach der Anmeldung der betreffenden Mitgliedstaaten sehr rasch genehmigt werden können.¹³⁶ Angesichts der Tatsache, dass – wie die EU-

¹²⁹ Die Beihilfegeber müssen genaue Angaben zu den durch das Ereignis hervorgerufene Arten von Schäden, zu Berechnungsmethoden sowie zur Art und Höhe der Beihilfe, zur Beihilfenintensität und Kumulierung, zur zuständigen Bewilligungsbehörde und zur Verwaltung der Beihilfenregelung machen. Die EU-Kommission verlangt eine Aufschlüsselung der Finanzierung der Beihilfe und der beihilfefähigen Kosten, Rusche in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 17.

¹³⁰ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 2, Rdnr. 17, 21.

¹³¹ Schreiben des BR an die Eidgenössischen Finanzkommissionen (Fn 6) und Anmeldung Teil 1, 1.

¹³² Ein Unterschied von Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA gegenüber Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA liegt insbesondere darin, dass eine Beihilfe zur Beseitigung von Schäden, die durch aussergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, auch an Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten ausgerichtet werden kann, vgl. Beschluss (EU) 2020/394 der Kommission vom 7. Oktober 2019 über die Massnahmen SA.39119 der Hellenischen Republik in Form von Zinsvergütungen und Bürgschaften im Zusammenhang mit den Bränden von 2007, ABl. L 76/4 vom 12.3.2020, Rz 140, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020D0394&from=EN>> (22.6.2020); vgl. auch E-Mail vom 17.6.2020 des Head of Unit A3 (State Aid Case Support and Policy) der DG COMP, Fn 163 f.

¹³³ Aus der Pressemitteilung vom 15.4.2020 «EU-Kommission genehmigt dänische Garantie von bis zu 137 Mio. EUR zum Ausgleich von Einbussen, die der Fluggesellschaft SAS durch die Coronakrise entstanden sind», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_667> (23.6.2020) ist Folgendes zu entnehmen: «Die Unterstützung erfolgt in Form einer staatlichen Bürgschaft für eine revolvingende Kreditfazilität zugunsten von SAS. Dänemark besichert eine solche revolvingende Kreditfazilität in Höhe von bis zu rund 137 Mio. EUR. Die genauen Verluste, die SAS infolge des Ausbruchs entstanden sind, werden nach der Coronakrise auf der Grundlage der Gewinn- und Verlustrechnung der Fluggesellschaft für das Jahr 2020 berechnet. Die Methode zur Ermittlung der Verluste bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Kommission. **Sollte die staatliche Unterstützung Dänemarks den durch den Coronavirusausbruch tatsächlich erlittenen Schaden von SAS übersteigen, wird ein Rückforderungsmechanismus aktiviert.** Mit anderen Worten muss die gesamte öffentliche Unterstützung, die SAS über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus erhält, an Dänemark zurückgezahlt werden. Die Gefahr, dass die staatliche Beihilfe die einschlägigen Einbussen übersteigt, ist daher ausgeschlossen.» Daraus folgt, dass gestützt auf Art. 13 Abs. 2 b LVA grundsätzlich auch zukünftige Liquidität zur Verfügung gestellt werden könnte. Allerdings sind diejenigen Komponenten der Liquidität, die nachträglich nicht für die Behebung von durch COVID-19 verursachten Schäden erforderlich waren, zurückzuerstaten.

¹³⁴ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 1 ff.

¹³⁵ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 17 m.w.H.

¹³⁶ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 16 f., 19.

Kommission im Befristeten Rahmen feststellt – alle Mitgliedstaaten vom COVID-19-Ausbruch betroffen sind und die von den Mitgliedstaaten ergriffenen Eindämmungsmassnahmen Auswirkungen für die Unternehmen haben, ist die EU-Kommission der Auffassung, dass staatliche Beihilfen gerechtfertigt sind und für einen befristeten Zeitraum nach Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können, um die Liquiditätengpässe von Unternehmen zu beheben und sicherzustellen, dass die durch den COVID-19-Ausbruch verursachten Störungen die Existenzfähigkeit solcher Unternehmen, insbesondere von KMU, nicht beeinträchtigen.¹³⁷

113. Die Mitgliedstaaten müssen nachweisen, dass die Beihilfemassnahmen, die sie auf der Grundlage des Befristeten Rahmens anmelden, ein erforderliches, geeignetes und angemessenes Mittel sind, um eine beträchtliche Störung in ihrem Wirtschaftsleben zu beheben (Verhältnismässigkeitsprinzip, Kap. C.3.2.2) und dass alle massgeblichen Voraussetzungen des Befristeten Rahmens (Kap. C.3.2.1) erfüllt sind.¹³⁸

C.3.2.1 Voraussetzungen des Befristeten Rahmens

114. Der Befristete Rahmen (in der Fassung nach den Änderungen vom 3. April 2020 und 8. Mai 2020¹³⁹) listet in Ziffer 25 die Voraussetzungen auf, die neben der Verhältnismässigkeit (vgl. dazu Verhältnismässigkeitsprüfung, Kap. C.3.2.2) einer Beihilfe in Form von Garantien für Darlehen erfüllt sein müssen, damit die Massnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann.

115. Nachfolgend werden zuerst die Voraussetzungen von Artikel 25 des befristeten Rahmens aufgelistet (Kap. C.3.2.1.1), bevor diese anhand der vorliegend zu beurteilenden Unterstützungsmassnahme geprüft werden (Kap. C.3.2.1.2 und C.3.2.1.3). Schliesslich wird auf die möglichen Konsequenzen der Nicht-Erfüllung einer Voraussetzung eingegangen (Kap. C.3.2.1.4).

C.3.2.1.1 Ziffer 25 des Befristeten Rahmens

116. Ziffer 25 des Befristeten Rahmens hat folgenden Wortlaut:

25. Die Kommission wird solche staatlichen Beihilfen, die in Form neuer staatlicher Garantien für Einzeldarlehen zur Bewältigung des Ausbruchs von COVID-19 gewährt werden, als nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe b AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Je Einzeldarlehen wird eine Garantieprämie mit einer festgelegten Mindesthöhe erhoben, die bei längerer Laufzeit wie in der nachstehenden Tabelle dargelegt schrittweise steigt:

Art des Empfängers	Für das 1. Jahr	Für das 2. und 3. Jahr	Für das 4. bis 6. Jahr
KMU	25 bps	50 bps	100 bps
Große Unternehmen	50 bps	100 bps	200 bps

- b. alternativ dürfen die Mitgliedstaaten Regelungen anmelden und dabei obige Tabelle als Grundlage verwenden, wobei jedoch die Garantielaufzeit, die Garantieprämie und der Garantiumfang in Bezug auf jeden zugrunde liegenden

Einzeldarlehensbetrag angepasst werden dürfen, sodass z. B. ein geringerer Garantiumfang eine längere Laufzeit ausgleichen oder niedrigere Garantieprämien ermöglichen könnte; eine Pauschalprämie für die gesamte Laufzeit der Garantie darf verwendet werden, wenn sie höher ist als die in der obigen Tabelle für jede Art von Empfänger für das erste Jahr angegebene und entsprechend der Laufzeit und des Umfangs der Garantie im Einklang mit diesem Absatz angepasste Mindestprämie;

- c. die Garantie wird spätestens am 31. Dezember 2020 gewährt;
- d. bei Darlehen mit einer längeren Laufzeit als bis zum 31. Dezember 2020 darf der Gesamtdarlehensbetrag je Empfänger nicht höher sein als:
- die doppelte jährliche Lohnsumme des Empfängers (einschließlich Sozialversicherungsbeiträgen und Kosten für Personal, das am Standort des Unternehmens arbeitet, aber formal auf der Lohn- und Gehaltsliste von Subunternehmen steht) für das Jahr 2019 oder das letzte verfügbare Jahr. Bei Unternehmen, die am oder nach dem 1. Januar 2019 gegründet wurden, darf der Darlehenshöchstbetrag die voraussichtliche jährliche Lohnsumme für die ersten beiden Betriebsjahre nicht übersteigen; oder
 - 25 % des Gesamtumsatzes des Empfängers im Jahr 2019; oder
 - sofern der betreffende Mitgliedstaat dies gegenüber der Kommission angemessen begründet (z. B. unter Verweis auf die Merkmale bestimmter Arten von Unternehmen), darf der Darlehensbetrag erhöht werden, um den Liquiditätsbedarf ab dem Zeitpunkt der Gewährung für die folgenden 18 Monate (bei KMU¹⁴⁰) bzw. für die folgenden 12 Monate (bei großen Unternehmen) zu decken. Der Liquiditätsbedarf sollte auf der Grundlage einer Selbstauskunft des Empfängers festgestellt werden;¹⁴¹
- e. bei Darlehen mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2020 darf der Darlehensbetrag höher sein als unter Randnummer 25 Buchstabe d vorgesehen, sofern der betreffende Mitgliedstaat dies gegenüber der Kommission angemessen begründet und die Verhältnismässigkeit der Beihilfe gewährleistet bleibt und von dem Mitgliedstaat gegenüber der Kommission nachgewiesen wird;
- f. die Laufzeit der Garantie ist auf maximal sechs Jahre begrenzt, sofern sie nicht im Einklang mit Randnummer 25 Buchstabe b angepasst wird, und die staatliche Garantie darf folgende Sätze nicht überschreiten:
- 90 % des Darlehensbetrags, wenn Verluste anteilig und zu gleichen Bedingungen vom Kreditinstitut und vom Staat getragen werden; oder
 - 35 % des Darlehensbetrags, wenn Verluste zunächst dem Staat und erst dann den Kreditinstituten zugewiesen werden (Erstausfallgarantie);

¹³⁷ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 18.

¹³⁸ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 19.

¹³⁹ Änderungen des Befristeten Rahmens (Fn 97), Ziff. 15 (Änderung von Ziff. 25); Zweite Änderung des Befristeten Rahmens (Fn 98), Ziff. 26 (Änderung von Ziff. 25 Bst. d iii) und 27 (Änderung von Ziff. 25 Bst. e).

¹⁴⁰ Im Sinne des Anhangs I der AGVO (Fn 88).

¹⁴¹ Der Liquiditätsbedarf darf sowohl Betriebsmittel- als auch Investitionskosten umfassen.

- iii. in beiden oben genannten Fällen gilt, dass der von der Garantie gedeckte Betrag anteilig sinken muss, wenn der Darlehensbetrag im Laufe der Zeit beispielsweise aufgrund einer einsetzenden Rückzahlung sinkt;
- g. die Garantie darf sowohl für Investitions- als auch für Betriebsmittelkredite gewährt werden;
- h. Unternehmen, die sich am 31. Dezember 2019 bereits in Schwierigkeiten befanden (im Sinne der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung¹⁴²), darf keine Garantie gewährt werden.“

C.3.2.1.2 Kumulative Voraussetzungen von Ziffer 25

117. Wie dem Wortlaut von Ziff. 25 zu entnehmen ist, müssen alle in den Buchstaben a - h genannten Voraussetzungen erfüllt sein, damit – vorbehaltlich der Verhältnismässigkeit – die EU-Kommission eine Unterstützungsmassnahme in Form von Garantien für Darlehen als mit dem Binnenmarkt bzw. dem LVA vereinbar erklären würde. In Ziff. 19 wird zudem explizit festgehalten, dass die Voraussetzungen kumulativ sind (vgl. Rz 113).

118. Nachfolgend wird in einem ersten Schritt geprüft, ob die geplante Unterstützungsmassnahme Ziff. 25 Bst. h erfüllt (Kap. C.3.2.1.3). Diese Ziffer hält explizit fest, dass Unternehmen, die sich am 31. Dezember 2019 bereits in Schwierigkeiten befanden, *keine Garantie gewährt werden darf*. Dennoch sind in einem zweiten Schritt die Konsequenzen einer Nicht-Erfüllung von Ziff. 25 Bst. h für die Beurteilung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b näher zu beleuchten (Kap. C.3.2.1.4).

C.3.2.1.3 Ziffer 25 Buchstabe h

119. Im Folgenden wird vorab der von Ziff. 25 Bst. h verwendete Unternehmensbegriff erörtert um zu bestimmen, welche Einheit vorliegend als massgebliches Unternehmen zu qualifizieren ist, bevor auf die finanzielle Situation dieses Unternehmens eingegangen wird.

Unternehmensbegriff im Beihilferecht

120. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine *wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit*, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dabei jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁴³

121. Gemäss Lehre bilden mehrere rechtlich selbständige natürliche oder juristische Personen eine *wirtschaftliche Einheit*, wenn eine natürliche oder juristische Person aufgrund funktioneller, wirtschaftlicher oder institutioneller Verbindungen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf die andere(n) ausübt, d.h. deren Marktverhalten im Allgemeinen in massgeblicher Weise bestimmt. Es gelten insoweit dieselben Grundsätze wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht.¹⁴⁴ Bezugnehmend auf die Rechtsprechung der Unionsgerichte¹⁴⁵ hält auch die EU-Kommission an der wirtschaftlichen Einheit zur Bestimmung des relevanten Unternehmens fest.¹⁴⁶

122. Um Rechtssicherheit insbesondere mit Blick auf die Einhaltung der Schwellenwerte zu gewährleisten, schreibt die De-minimis-Beihilfenverordnung¹⁴⁷ in Art. 2 Abs. 2¹⁴⁸ eigenständige, abschliessende Kriterien fest, anhand derer die massgebliche unternehmerische Ein-

heit zu bestimmen ist. Alle Einheiten, die – rechtlich oder faktisch – von ein und derselben Einheit kontrolliert werden, gelten als ein einziges Unternehmen.¹⁴⁹ Obwohl sich die kodifizierten Kriterien auf die Anwendung der De-minimis-Verordnung beziehen, scheinen sie dem allgemeinen Unternehmensbegriff des AEUV zu entsprechen.

123. Relativierend ist festzuhalten, dass die blosser Tatsache, dass eine Einheit Beteiligungen – oder gar Kontrollbeteiligungen – an einem Unternehmen hält, das Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet, nicht bedeutet, dass diese Einheit automatisch als Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist. Wenn mit dem Besitz von Beteiligungen nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Anteiligners verbunden sind, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergeht, die allein die Früchte des Eigentums an einem Gut sind, wird die betreffende Einheit nicht als Unternehmen angesehen, wenn sie nicht selbst Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet.¹⁵⁰ Übt dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kon-

¹⁴² AGVO (Fn 88).

¹⁴³ Urteil des EuGH vom 10.1.2006, C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, Slg. 2006 I-289 Rz 107 f. m.w.H.; EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 102), Rz 7, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=DE)> (27.5.2020).

¹⁴⁴ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Art. 107 Abs. 1, Rdnr.12.

¹⁴⁵ Vgl. EuGH *Cassa di Risparmio di Firenze* (Fn 143), Rz 112; Urteil des EuGH vom 16.12.2010, *AceaElectrabel Produzione SpA/Kommission*, C-480/09 P, Sgl. 2010 I-13355, Rz 47 – 55.

¹⁴⁶ EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 102), Rz 11, «*Mehrere getrennte rechtliche Einheiten können für die Zwecke der Anwendung der Beihilfavorschriften als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden. Diese wirtschaftliche Einheit ist dann als das relevante Unternehmen anzusehen. In dieser Hinsicht sieht der Gerichtshof das Bestehen von Kontrollbeteiligungen und anderer funktionaler, wirtschaftlicher und institutioneller Verbindungen als erheblich an*».

¹⁴⁷ Fn 87.

¹⁴⁸ «*Der Begriff „ein einziges Unternehmen“ bezieht für die Zwecke dieser Verordnung alle Unternehmen mit ein, die zueinander in mindestens einer der folgenden Beziehungen stehen:*

a) *Ein Unternehmen hält die Mehrheit der Stimmrechte der Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens;*
 b) *ein Unternehmen ist berechtigt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums eines anderen Unternehmens zu bestellen oder abzuberufen;*
 c) *ein Unternehmen ist gemäß einem mit einem anderen Unternehmen geschlossenen Vertrag oder aufgrund einer Klausel in dessen Satzung berechtigt, einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben;*
 d) *ein Unternehmen, das Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens ist, übt gemäß einer mit anderen Anteilseignern oder Gesellschaftern dieses anderen Unternehmens getroffenen Vereinbarung die alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Anteilseignern oder Gesellschaftern aus.*
Auch Unternehmen, die über ein anderes Unternehmen oder mehrere andere Unternehmen zueinander in einer der Beziehungen gemäß Unterabsatz 1 Buchstaben a bis d stehen, werden als ein einziges Unternehmen betrachtet».

¹⁴⁹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker, Art. 107 Abs. 1, Rdnr. 12, 333.

¹⁵⁰ EU-Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (Fn 102), Rz 16.

trolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, ist sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen.¹⁵¹

124. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Unternehmensbegriff im europäischen Beihilferecht weitestgehend demjenigen im Schweizer Kartellrecht zu entsprechen scheint. Danach liegt ein Konzern vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.¹⁵² Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt¹⁵³, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.¹⁵⁴ In der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt dieses zum Schluss, dass für die Einordnung einer bestimmten Gesellschaft in einen Konzern das Leitungsprinzip, d.h. die tatsächliche Ausübung einer effektiven Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft, für eine kartellrechtliche Beurteilung keine notwendige Voraussetzung darstellt. Vielmehr ist gemäss dieser Rechtsprechung entsprechend dem Kontrollprinzip die blosser Möglichkeit zu einer Kontrolle durch die Konzernobergesellschaft ausreichend.¹⁵⁵

Massgebliches Unternehmen in casu

125. Im Rahmen der Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses *HNA Aviation Group Co., Ltd / SR Technics HoldCo 1 GmbH*¹⁵⁶ stellte die WEKO fest, dass die HNA Aviation, welche mehrheitlich von der HNA Group gehalten und kontrolliert wird, durch den Zusammenschluss die *alleinige Kontrolle* über die SR Technics erlangte.

126. Dass die HNA-Gruppe auch gegenwärtig die alleinige Kontrolle über die SR Technics ausübt, wurde in Kap. A.3.1.1 anhand der vorliegend eingereichten Dokumente¹⁵⁷ aufgezeigt, welche die Kontrolle der HNA-Gruppe über SR Technics belegen.

127. In der Anmeldung wird zudem ebenfalls davon ausgegangen, dass die HNA-Gruppe als das für Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens massgebliche Unternehmen ist.¹⁵⁸

Finanzielle Situation der HNA-Gruppe am 31. Dezember 2019

128. Gemäss Kenntnisstand des BAZL publiziere die HNA-Gruppe keine transparenten und unabhängig geprüften Jahresrechnungen, die eine verlässliche Einschätzung der finanziellen Lage erlauben würden.¹⁵⁹ Das BAZL könne folglich die finanzielle Lage der HNA-Gruppe nicht abschliessend beurteilen. Folglich kann das BAZL nicht bestätigen, dass die HNA-Gruppe am 31. Dezember 2019 nicht bereits in finanziellen Schwierigkeiten im Sinne der AGVO war.¹⁶⁰

Fazit

129. In Abwesenheit einer Bestätigung, dass die HNA-Gruppe am 31. Dezember 2019 sich nicht bereits in finanziellen Schwierigkeiten (im Sinne der AGVO) befand, ist die Voraussetzung von Ziff. 25 Bst. h nicht erfüllt. Gestützt auf den Befristeten Rahmen darf folglich keine Garantie gewährt werden.

C.3.2.1.4 Konsequenz der Nicht-Erfüllung von Ziffer 25 Buchstabe h für die Beurteilung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA

130. Gemäss BAZL könne die Beihilfe trotz Nicht-Erfüllung der Voraussetzung der finanziellen Gesundheit des Unternehmens aus den nachfolgend genannten Gründen gewährt werden.

131. Einerseits wird beantragt, die Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem LVA lediglich gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA ohne Berücksichtigung des Befristeten Rahmens zu prüfen.¹⁶¹ Andererseits wird – im Falle einer Prüfung der Beihilfe in Verbindung mit dem Befristeten Rahmen – beantragt, dass aufgrund des geplanten *ring fencing*, welches gewährleisten solle, dass die durch die Beihilfe der SR Technics zur Verfügung gestellten Mittel nicht an die HNA-Gruppe abflöessen, die Erfüllung der Voraussetzung von Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens obsolet werde, bzw. diese Voraussetzung nicht von der HNA-Gruppe, sondern von SR Technics zu erfüllen sei. Diese beiden Anträge werden nachfolgend einzeln geprüft.

¹⁵¹ EuGH *Cassa di Risparmio di Firenze* (Fn 143), Rz 112.

¹⁵² RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 40 ff., Sanktionsverfügung – DCC.

¹⁵³ Sogenanntes «Leitungsprinzip» im Gegensatz zum «Kontrollprinzip», bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

¹⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 44, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵⁶ RPW 2016/4, 1082, *HNA Aviation Group Co., Ltd / SR Technics HoldCo 1 GmbH*.

¹⁵⁷ Anmeldung Teil 1, 14; Erläuterungen vom 20.6.2020, 1 f., *Shareholders Agreement*, insb. Ziff. 6.1, 6.6, 6.14, 8 i.V.m. Schedule 2.

¹⁵⁸ Anmeldung Teil 1, 14; Anmeldung Teil 2, 6.

¹⁵⁹ Vgl. zur Veranschaulichung der Intransparenz und Verschuldung <https://de.wikipedia.org/wiki/HNA_Group> (9.6.2020).

¹⁶⁰ Die finanzielle Schwierigkeiten der HNA-Gruppe scheinen vorliegend notorisch zu sein, vgl. NZZ vom 29.2.2020 «Nun hat der Staat bei der HNA Group das Sagen», <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/nun-hat-der-staat-bei-der-hna-group-das-sagen-ld.1543517>> (9.6.2020); NZZ vom 7.4.2020 «Wie die Staatshilfe für die Schweizer Luftfahrt aussehen könnte», insb. folgende Passage «*Einiges Kopfzerbrechen dürfte im Falle von Swissport und SR Technics der Umstand bereiten, dass mit der HNA Group ein überschuldeter, de facto verstaatlichter Konzern aus China die Alleineigentümerin ist. HNA war in den vergangenen Jahren intransparent und verletzte Börsenregeln, was dem wachen Auge in Bern sicher nicht verborgen blieb.*», <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/wie-die-staatshilfe-fuer-die-schweizer-luftfahrt-aussehen-koennte-ld.1550517>> (9.6.2020).

¹⁶¹ Anmeldung Teil 2, 2.

Beurteilung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA ausserhalb des Befristeten Rahmens?

132. Es stellt sich die Frage, ob die WEKO für die Beurteilung der Vereinbarkeit der beabsichtigten Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA vom Befristeten Rahmen abweichen kann. Die WEKO würde demzufolge prüfen, ob die geplante Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics die beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz behebt bzw. zu deren Behebung beiträgt, ohne dass dabei die Voraussetzungen des Befristeten Rahmens erfüllt sein müssten. Die Tatsache, dass sich die HNA-Gruppe am 31. Dezember 2019 bereits in finanziellen Schwierigkeiten befand (bzw. dass nicht bestätigt werden kann, dass sich die HNA-Gruppe am 31. Dezember 2019 nicht bereits in finanziellen Schwierigkeiten befand), würde der Gewährung der Beihilfe in diesem Fall nur dann entgegenstehen, wenn aufgezeigt würde, dass dadurch die zugesprochenen Mittel die beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz nicht mehr zu beheben vermögen, weil die HNA-Gruppe die ultimative Kontrolle über diese Mittel ausübt.

133. Wie in Kap. C.1 ausgeführt wurde, orientiert sich die WEKO grundsätzlich am EU-Beihilferegulwerk, um eine einheitliche Auslegung von Art. 13 LVA der beiden Vertragsparteien zu gewährleisten. Eine Abweichung vom Befristeten Rahmen durch die WEKO sollte nur dann erfolgen, wenn auch die EU-Kommission nicht an den Befristeten Rahmen gebunden wäre bzw. in einer analogen Konstellation voraussichtlich davon abweichen würde.

134. Zwar scheint es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass eine COVID-19-Beihilfe in der EU gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV ausserhalb des Befristeten Rahmens gemeldet und beurteilt wird. So sieht Ziff. 16 des Befristeten Rahmens vor: «*Ergänzend zu den oben genannten Möglichkeiten [insb. Art. 107 Abs. 2 Bst. b AEUV] legt die Kommission mit dieser Mitteilung zusätzliche befristete Beihilfemaassnahmen fest, die sie nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe b AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar betrachtet und die nach der Anmeldung durch die betreffenden Mitgliedstaaten sehr rasch genehmigt werden können. Die Anmeldung alternativer Massnahmen – sowohl Beihilferegelungen als auch Einzelbeihilfen – wird im Übrigen weiterhin möglich sein. [...]*». Auch präzisiert der EuGH in der in Kap. C.1.3 genannten Rechtsprechung, dass der Erlass einer Mitteilung [wie der Bankenmitteilung] die Kommission nicht von ihrer Pflicht entbinde, die spezifischen aussergewöhnlichen Umstände zu prüfen, auf die sich ein Mitgliedstaat in einem bestimmten Fall bei dem Ersuchen um unmittelbare Anwendung von Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV berufe, und ihre Ablehnung eines solchen Antrags zu begründen.¹⁶² Die vorliegend geplante Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics scheint jedoch weder einer «alternativen Massnahme» im Sinne von Ziff. 16 des Befristeten Rahmens zu entsprechen, da der Befristete Rahmen *Beihilfen in Form von Garantien für Darlehen* explizit vorsieht (Ziff. 25), noch scheinen aussergewöhnliche Umstände vorzuliegen.

135. Es ist davon auszugehen, dass die EU-Kommission – wie in Kap. C.1.3 erläutert – auch bei der Beurteilung einer analogen Konstellation an das von ihr aufgestellte Prüfschema des Befristeten Rahmens gebunden ist. Sie scheint folglich bei der Beurteilung, ob eine Massnahme gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann, nicht von den im Befristeten Rahmen verankerten Voraussetzungen abweichen zu können. Dies wurde der WEKO vorliegend auf Rückfrage durch die DG COMP¹⁶³ bestätigt. So wies diese insbesondere darauf hin, dass eine Abweichung vom Befristeten Rahmen eine Änderung desselben für alle zukünftigen Fälle zur Folge hätte.¹⁶⁴

136. Vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Auslegung von Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA (welcher Art. 107 Abs. 3 Bst. b AEUV entspricht) anzustreben ist, wird auch die WEKO die Prüfung gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA nicht vornehmen, ohne sich an den Voraussetzungen des Befristeten Rahmens, insbesondere an Ziff. 25 Bst. h, zu orientieren. Nachfolgend ist zu prüfen, ob für die Auslegung von Ziff. 25 Bst. h – wie vom BAZL beantragt – ein Spielraum besteht.

Auslegung von Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens mittels eines ring fencing?

137. Gemäss BAZL ist Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens nach dessen Sinn und Zweck auszulegen.¹⁶⁵ Mittels eines geeigneten *ring fencing* könne dieses Ziel¹⁶⁶ erreicht werden, auch wenn die HNA-Gruppe bereits am 31. Dezember 2019 in Schwierigkeiten war.

138. In der Anmeldung wurde das geplante *ring fencing* beschrieben (vgl. Annex 2). Es ist jedoch nicht an der WEKO zu beurteilen, noch die Verantwortung dafür zu übernehmen, ob und inwiefern das dargestellte *ring fencing* trotz aller Vorkehrungen am Ende durch die ultimative Kontrolle der HNA-Gruppe über die SR Technics ausgehebelt werden könnte.

¹⁶² Urteil des EuGH vom 19.7.2016 C-526/14, *Tadej Kotnik u.a.*, Rz 41. <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0526&lang1=de&ype=TEXT&ancre>>(17.6.2020).

¹⁶³ Generaldirektion «Wettbewerb» der Europäischen Kommission.

¹⁶⁴ E-Mail vom 17.6.2020 des Head of Unit A3 (State Aid Case Support and Policy) der DG COMP: «*The temporary framework indeed does not preclude a notification directly under the Treaty. However, for measures which legally fit within the scope of the Temporary Framework, this cannot be easily done. The Commission is bound by its own rules. A decision deviating would have to be very well motivated and would amount to a modification of the Framework for all future cases. If a group is in financial difficulty before 31.12.2019, no aid could be granted to it or any of its subsidiaries other than on the basis of Article 107(2)(b) (damage compensation) or under the rescue and restructuring guidelines. The latter would be the normal course of action.*».

¹⁶⁵ Gemäss BAZL ziele Ziff. 25 Bst. h einerseits darauf ab, eine strukturell angezeigte Veränderung im Marktumfeld nicht unnötig zeitlich zu verschieben oder zu verhindern sowie zu gewährleisten, dass andere Teileinheiten des Konzerns durch die Beihilfe nicht quersubventioniert würden (vgl. Anmeldung Teil 1, 15).

¹⁶⁶ Gemäss WEKO besteht dieses im Beitrag der Beihilfe zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz ohne rein strukturelle Wirkung.

139. Die EU-Kommission scheint in der vorliegenden Konstellation keine Abweichung vom Wortlaut von Ziff. 25 Bst. h zuzulassen. So hielt sie auf Rückfrage explizit fest, dass wenn das Unternehmen bzw. die Gruppe in finanziellen Schwierigkeiten i.S. der AGVO ist, einem (gesunden) Tochterunternehmen einzig gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b oder unter Beachtung der Voraussetzungen der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien¹⁶⁷ eine Beihilfe gewährt werden könnte.¹⁶⁸ Ein *ring fencing* könne einzig in Betracht gezogen werden, wenn der Konzern finanziell gesund sei, ein Tochterunternehmen davon jedoch in finanziellen Schwierigkeiten¹⁶⁹, was nicht der vorliegenden Konstellation entspricht.

140. In Anbetracht der obigen Ausführungen legt die WEKO vorliegend Ziff. 25 Bst. h restriktiv aus und lehnt folglich die vom BAZL vorgeschlagene Auslegung ab. Folglich erachtet die WEKO die Voraussetzung von Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens als nicht erfüllt. Unter welchen Voraussetzungen eine Beihilfe zugunsten eines Unternehmens in Schwierigkeiten gegebenenfalls als mit dem LVA vereinbar erklärt werden könnte, wird nachfolgend in Kap. C.3.3 erläutert (vgl. ebenfalls die Erläuterungen zu Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA, Kap. C.3.1).

141. Im Sinne eines Nachtrags ist abschliessend auf Folgendes hinzuweisen: Sogar unter der Hypothese, dass (1) Ziff. 25 Bst. h in der vorliegenden Konstellation teleologisch ausgelegt werden könnte und (2) das *ring fencing* tatsächlich die Kontrolle der HNA-Gruppe über die durch die Beihilfe gewährte Liquidität beschneiden könnte, wäre darzulegen, dass die SR Technics selbst seit dem 31. Dezember 2019 nicht in finanziellen Schwierigkeiten i.S. der AGVO gewesen ist. Gemäss den eingereichten Dokumenten erfüllen aber weder SR Technics noch Holdco mindestens ein Kriterium von Art. 2 Ziff. 18 AGVO nicht.¹⁷⁰ Es scheinen somit Zweifel angebracht, ob die WEKO – sich an Art. 2 Ziff. 18 AGVO orientierend (vgl. Rz 71 ff.) – zum Schluss kommen könnte, dass SR Technics die Voraussetzung von Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens erfüllen würde.

Fazit zu den Konsequenzen der Nicht-Erfüllung von Ziffer 25 Buchstabe h

142. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die WEKO bei der Beurteilung, ob die vorliegende Unterstützungsmassnahme gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA als mit dem LVA vereinbar erklärt werden kann, (1) nicht von den Voraussetzungen des Befristeten Rahmens, insbesondere dessen Ziff. 25 Bst. h, abweicht, und (2) Ziff. 25 Bst. h des Befristeten Rahmens im Einklang mit der EU auslegt, wonach auch einem gesunden Tochterunternehmen eines Unternehmens bzw. einer Unternehmensgruppe in Schwierigkeiten grundsätzlich – d.h. in Abwesenheit von Umstrukturierungsmassnahmen – keine Beihilfe gewährt werden kann (vgl. Kap. C.3.3 zu den Rettungs- und Umstrukturierungsmassnahmen).

C.3.2.1.5 Fazit zu den Voraussetzungen des Befristeten Rahmens

143. Aufgrund der Nicht-Erfüllung der Voraussetzungen des Befristeten Rahmens ist die Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics als mit dem LVA nicht vereinbar zu erklären. Die Prüfung, ob die Massnahme geeignet, notwendig und angemessen ist, um die

beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz zu beheben bzw. zur deren Behebung beizutragen, würde sich deshalb grundsätzlich erübrigen (vgl. Rz 113).

144. Dennoch wird nachfolgend aufgezeigt (Kap. C.3.2.2), dass die geplante Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics voraussichtlich nicht geeignet, notwendig und angemessen wäre, um die beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz zu beheben bzw. zur deren Behebung beizutragen. Diese Prüfung erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Bund für SR Technics eine Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfe in Erwägung ziehen könnte (Kap. C.3.3).

C.3.2.2 Verhältnismässigkeit

C.3.2.2.1 Einleitende Bemerkungen

145. Die europäische Rechtsprechung setzt dem weiten Ermessensspielraum der EU-Kommission auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 AEUV Grenzen. So ist die EU-Kommission insbesondere immer verpflichtet, die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale der Notwendigkeit der Beihilfe (einschliesslich des Anreizeffekts) und der Verhältnismässigkeit zu prüfen.¹⁷¹ Diese ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale wurden im Befristeten Rahmen übernommen, indem präzisiert wird, dass die beantragten Unterstützungsmassnahmen ein *erforderliches, geeignetes und angemessenes* Mittel darstellen müssen, um eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben des die Beihilfe gewährende Staates zu beheben.¹⁷²

146. Die von der europäischen Rechtsprechung geforderten und im Befristeten Rahmen explizit erwähnten Tatbestandsmerkmale der Geeignetheit bzw. Eignung der Massnahme, Erforderlichkeit und Angemessenheit stellen die drei kumulativen Elemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, welche auch im Schweizer Recht gelten.¹⁷³

¹⁶⁷ Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 249 vom 31.7.2014, S. 1-28 (nachfolgend: Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien).

¹⁶⁸ Vgl. E-Mail vom 17.6.2020 des Head of Unit A3 (State Aid Case Support and Policy) des DG COMP, Fn 164.

¹⁶⁹ E-Mail vom 12.6.2020 des Head of Unit A3 (State Aid Case Support and Policy) der DG COMP, «*If the undertaking (i.e. the group) is in difficulty, then the entire group cannot get any State aid under the GBER or the Temporary Framework. In a situation in which the group is healthy but one or several subsidiaries are in difficulty (on a stand-alone basis), the group can either get aid if it is ensured that this aid will not benefit the subsidiaries which are in difficulties, or, if the aid is supposed to benefit the subsidiaries or it cannot be ensured that it does not do so, the group first has to recapitalize the subsidiary (so that it is not in difficulty anymore) before the subsidiary can get aid*».

¹⁷⁰ Anmeldung Teil 1, 16 ff.; Erläuterungen vom 20.6.2020, 7 ff.

¹⁷¹ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 21, 24.

¹⁷² Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 19.

¹⁷³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann), 121, N 521.

147. Auch im Schweizer Recht fordert der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass Verwaltungsmassnahmen, bzw. vorliegend die staatliche Handlung, zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels – vorliegend der Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – geeignet (Kap. C.3.2.2.2) und notwendig (Kap. C.3.2.2.3) sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem *vernünftigen Verhältnis* zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Kap. C.3.2.2.4). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat dabei Verfassungsrang. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein.¹⁷⁴

148. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts Geltung. Er findet vor allem in der Eingriffsverwaltung Anwendung, spielt aber auch in der Leistungsverwaltung eine zunehmend wichtige Rolle. So weist das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht nur individualschützenden Charakter auf, sondern setzt im Einzelfall auch der übermässigen Inanspruchnahme der von der Allgemeinheit finanzierten Einrichtungen durch Private Grenzen.¹⁷⁵

149. Nachfolgend werden die drei Elemente der Verhältnismässigkeit einzeln geprüft (Eignung der Massnahme, Kap. C.3.2.2.2; Erforderlichkeit der Massnahme, C.3.2.2.3; Zumutbarkeit der Massnahme, C.3.2.2.4).

C.3.2.2.2 Eignung der Massnahme

150. Die Verwaltungsmassnahme, bzw. die staatliche Handlung, muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – zu erreichen. Das Element der Geeignetheit dient der Prüfung der Präzision staatlichen Handelns. Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme.¹⁷⁶

151. Die beantragte Unterstützungsmassnahme muss somit ein geeignetes Mittel darstellen, um eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben des die Beihilfe gewährenden Staates zu beheben, bzw. zur Behebung *beizutragen* (vgl. Befristeter Rahmen, Rdnr. 17).

152. Um die Eignung der vorliegend beabsichtigten Massnahmen beurteilen zu können, muss zunächst ein Bild über die volkswirtschaftliche Bedeutung der SR Technics für das Funktionieren des schweizerischen Wirtschaftslebens gewonnen werden. Erst darauf gestützt lässt sich erkennen, ob deren Unterstützung dem Zweck dient, eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben beheben zu helfen. Ist die volkswirtschaftliche Bedeutung gering, so indiziert dies auch einen geringeren potentiellen Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens.

153. Zur Eruiierung der volkswirtschaftlichen Bedeutung im weiteren Sinne und der Relevanz für das Funktionieren einer Volkswirtschaft im engeren Sinne müssen geeignete Messgrössen als Indikatoren gefunden werden. Um das Funktionieren der schweizerischen Wirtschaft greifen zu können, bietet es sich an, dieses als «System» zu verstehen, in welchem die Produktion von ein-

zelnen Dienstleistungen und Produkten entlang von Wertschöpfungsketten voneinander abhängt.¹⁷⁷

154. Dabei ist es wichtig, den Endkonsum von der Vorleistungsnachfrage zu unterscheiden: Der Endkonsum ergibt sich durch die Nachfrage am Ende der Wertschöpfungskette und damit durch das Bedürfnis der Nachfragerinnen und Nachfrager bzw. der Gesellschaft nach einer bestimmten Leistung, bspw. ein Flug in den Auslandsurlaub. Dahinter stehen Nutzerpräferenzen, die sich ändern können, bspw. durch ein gestiegenes Umweltbewusstsein oder durch ein durch die Reise bedingtes erhöhtes Risiko einer Ansteckung mit übertragbaren Krankheiten. Das heisst, dass sich die *Existenz* einer Lieferkette schlussendlich durch den Endkonsum von Produkten und Dienstleistungen ergibt. Der Endkonsum hat somit keinen Einfluss auf die *Funktionsfähigkeit* der Wirtschaft *an sich*, sondern auf die Bestimmung, welche Wertschöpfungsketten aus Sicht der Nachfragebedürfnisse bestehen sollen.¹⁷⁸

155. Die Prüfung der Eignung ist in folgende Schritte aufgeteilt: Zunächst werden die Zielsetzung und die Funktionsfähigkeit einer Wirtschaft unter Zuhilfenahme der systemischen Relevanz greifbarer gemacht (Kap. C.3.2.2.2.1). Anschliessend erfolgt die Beurteilung der Eignung (Kap. C.3.2.2.2.2).

C.3.2.2.2.1 Systemische Relevanz und Zielsetzung

156. Die WEKO hat sich in ihrer Stellungnahme betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10) zur Eruiierung der Eignung am Begriff der Systemrelevanz der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen¹⁷⁹ orientiert.¹⁸⁰ Dieser hebt für die Kategorisierung als «systemrelevant» sowohl die Erbringung von Leistungen, die für die Volkswirtschaft zentral sind und auf die grundsätzlich nicht verzichtet werden kann, sowie das Fehlen einer innerhalb einer tragbaren Frist möglichen Substituierbarkeit dieser Leistungen hervor.¹⁸¹

157. Die WEKO hat von diesem Begriff ausgehend eine mittelbare und unmittelbare Zielsetzung der Beihilfemassnahmen identifiziert, wonach die mittelbare Zielsetzung der Beitrag zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben ist, wobei sich diese an der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft bemisst. Die unmittelbare Zielsetzung ist die Erreichung eines bestimmten Umfangs des Beitrags. Letztere wäre insbesondere für die

¹⁷⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 119 f., N 514, 517.

¹⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 121, N 520.

¹⁷⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 122, N 522.

¹⁷⁷ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 132.

¹⁷⁸ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 133.

¹⁷⁹ Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010 (zit. Schlussbericht Expertenkommission).

¹⁸⁰ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 134 ff.

¹⁸¹ Schlussbericht Expertenkommission (Fn 179), 12.

Prüfung der Verhältnismässigkeit, insbesondere der Erforderlichkeit (vgl. Kap. C.3.2.2.3) wichtig. Da die Bestimmung dieses Umfanges *ex ante* allerdings mit Schwierigkeiten behaftet ist, wird vorliegend deshalb auf die Zielgenauigkeit bzw. Präzision (vgl. auch Rz 150) abgestellt, d.h., es wird darauf geachtet, dass die Streuung der Effekte der Massnahme möglichst auf jene Bereiche ausgerichtet wird, die für das Funktionieren des Wirtschaftslebens besonders relevant sind.¹⁸²

158. Zu diesem Zweck wird in der Stellungnahme der WEKO zu den Unterstützungsmassnahmen SWISS/Edelweiss sowohl für die mittel- als auch für die unmittelbare Zielsetzung *der Grad an systemischer Relevanz*, d.h. einer gewissen Relevanz für das Funktionieren einer Wirtschaft bzw. eines Systems, der zu unterstützenden Wirtschaftseinheiten als relevant betrachtet. Das heisst, im Gegensatz zum in Fn 179 referenzierten Expertenbericht, wird hier eine Abstufung der systemischen Relevanz in Betracht gezogen, die sich am Ausmass der Relevanz eines wirtschaftlichen Angebots für das Funktionieren des Wirtschaftslebens bemisst. Letzteres wird durch die Aufrechterhaltung und das Funktionieren von Wertschöpfungs- und Lieferketten operationalisiert (vgl. Rz 154). Je höher die relative Relevanz von in Betracht gezogenen Wirtschaftseinheiten, bspw. Unternehmen, für das System ist, desto zielgenauer können die Massnahmen ausgerichtet werden und desto höher wird der Effekt der Massnahme bei entsprechendem Mitteleinsatz bei der Unterstützung dieser Einheiten ausfallen.¹⁸³

159. Bevor in Kap. C.3.2.2.2.3 in einem ersten Schritt der Verhältnismässigkeitsprüfung die Eignung der vorliegenden Beihilfemassnahmen an SR Technics beurteilt wird, sollen zuerst zum besseren Verständnis Instandhaltungs- bzw. MRO-Dienstleistungen (vgl. Fn 2) beschrieben und strukturiert sowie die Wettbewerbssituation in diesem Bereich skizziert werden.

C.3.2.2.2 MRO-Dienstleistungen

160. Dazu werden diese Dienstleistungen in Orientierung an der wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung gegliedert. Dabei bietet es sich an, auf die Praxis der WEKO und der Europäischen Kommission abzustellen.

161. Die WEKO hat sich im Zusammenschlussverfahren HNA Aviation Group Co., Ltd./SR Technics HoldCo 1 GmbH¹⁸⁴ mit den vorliegend relevanten MRO-Dienstleistungen auseinandergesetzt und sich dabei an der Praxis der Europäischen Kommission orientiert.¹⁸⁵

162. In Hinblick auf die sachliche Dimension der relevanten Märkte werden in der Praxis der Europäischen Kommission MRO-Tätigkeiten in vier sachliche Märkte unterteilt: (i) Vorflugwartung (*line maintenance*); (ii) Generalüberholung (*heavy maintenance*); (iii) Triebwerkswartung (*engine maintenance*) und (iv) Bauteilwartung (*component maintenance*).¹⁸⁶

163. Unter *line maintenance*, auf welche sich die vorliegende Anmeldung vorwiegend stützt (vgl. Rz 21), versteht die Europäische Kommission Tätigkeiten, wie Transit- und Vorflugüberprüfungen sowie die Behebung bestimmter technischer Probleme, welche an den verschiedenen Flughäfen vorgenommen werden, um den fahrplanmässigen Betrieb der Flugzeuge zu gewährleis-

ten.¹⁸⁷ Im Einzelnen handelt es sich dabei hauptsächlich um Sichtkontrollen und die Überprüfung des Flugzeuges mittels Bordinstrumenten, um wesentliche Fehler zu entdecken.¹⁸⁸

164. Gemäss BAZL sei die SR Technics, nebst der *line maintenance* in folgenden Geschäftsfeldern tätig:

- **Engine services:** Dieses Geschäftsfeld entspricht der in Rz 162 genannten *engine maintenance*. Gemäss BAZL würden diese Arbeiten durch spezialisierte Mitarbeiter durchgeführt. Viele davon gebe es in der Schweiz nur bei SR Technics. So müssten z.B. Luftfahrt-Schweisser eine Zertifizierung verfügen, welche alle vier Jahre mit einer Prüfung erneuert werden müsse.¹⁸⁹
- **Component services:** Dieses Geschäftsfeld betrifft die in Rz 162 genannte *component maintenance*. SR Technics habe die Zulassung für die Wartung aller Kategorien von Komponenten (ausser Helikopter). Auch hier bedürfe es an Spezialisten, die über eine entsprechende Lizenz verfügten. Weiter würden Prüfleinrichtungen, Prüfbänke und Testzellen wie auch sehr viel Spezialwerkzeug benötigt. Zu *component services* gehöre auch die zerstörungsfreie Materialprüfung. Auch hier brauche es spezialisiertes Personal, welches über ein entsprechendes Zertifikat verfügen müsse.¹⁹⁰
- **Aircraft services:** In diesem Geschäftsfeld würden allgemeine Leistungen im Bereich der Basiswartung, Kabinenmodifikation und diverse Ingenieursdienstleistungen angeboten.¹⁹¹

165. Das BAZL führt im Zusammenhang mit den Tätigkeiten im Rahmen der Instandhaltung aus, dass im sogenannten Instandhaltungsprogramm die für die Instandhaltung notwendigen Tätigkeiten und Frequenzen beschrieben würden. Auf Basis dieser Frequenzen könnten die Tätigkeiten in sogenannte Checks zusammengefasst werden (vgl. Annex 4).¹⁹²

166. Gemäss BAZL umfasse die *line maintenance* nun in der Regel Daily-, Weekly-, oder A-Checks. Auch das Wechseln eines Triebwerks könne dazugehören. Details zur *line maintenance* seien in einem Vertrag zwischen Instandhaltungsbetrieb und Operator (Flugbetrieb) beschrieben. Es gehöre auch dazu, dass dafür benötigtes

¹⁸² Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 140.

¹⁸³ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 141.

¹⁸⁴ RPW 2016/4, 1082 ff., HNA Aviation Group Co., Ltd./SR Technics HoldCo 1 GmbH.

¹⁸⁵ Die SR Technics war bereits im November 2003 Teil des Zusammenschlussvorhabens 3i Group plc / MIB AG (RPW 2004/1, 3i Group plc/MIB AGS, 141 ff.), wobei die SR Technics damals Teil des Portefolles der englischen Investmentgesellschaft 3i war. Die WEKO ordnete die Tätigkeiten der SR Technics damals dem Markt für Unterhalt und Reparaturen von Flugzeugen und Flugzeugkomponenten zu, RPW 2004/1, 3i Group plc/MIB AGS, 144, Rz 14.

¹⁸⁶ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, Rz. 9; COMP/M.7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz 44.

¹⁸⁷ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, 5, Fn 19.

¹⁸⁸ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, 2, Fn 3.

¹⁸⁹ Anmeldung Teil 1, 6.

¹⁹⁰ Anmeldung Teil 1, 6.

¹⁹¹ Anmeldung Teil 1, 6.

¹⁹² Anmeldung Teil 1, 4 f.

lizenziertes Personal mit dem geforderten Material, Ersatzteilen, Spezialwerkzeug auf Abruf bereit sein müsse (On Call). Das Personal müsse auf die relevanten Verfahren jeder bedienten Fluggesellschaft geschult sein und es müsse die Informatik-Applikationen jeder Fluggesellschaft beherrschen.¹⁹³

167. Im Zusammenhang mit den in Annex 4 aufgeführten Instandhaltungs-Checks hat die Europäische Kommission eine Unterteilung der *line maintenance* und *heavy maintenance* in A-, B-, C- und D-Checks vorgenommen.¹⁹⁴

168. In Hinblick auf die *räumliche Dimension* hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass im Verhältnis zur Standzeit eines Flugzeugs und den Kosten der auszuführenden Wartungsarbeiten, die relative Bedeutung der Transportkosten bis zu dem Punkt sinkt, bei welchem Nachfrager von MRO-Arbeiten weltweit zwischen MRO-Anbietern an unterschiedlichen Standorten auswählen können.¹⁹⁵ Bei der Generalüberholung, Triebwerkswartung und Bauteilwartung ist nach Ansicht der EU-Kommission von mindestens dem EWR Raum auszugehen,¹⁹⁶ wobei Triebwerkswartung und Bauteilwartung weltweit sein können.¹⁹⁷ Bei der Vorflugwartung müsse das Flugzeug nicht ausser Betrieb genommen werden.¹⁹⁸ Folglich fallen die Kosten der Vorflugwartung im Verhältnis zu den Transportkosten schwächer ins Gewicht als bei der Generalüberholung, Triebwerkswartung und Bauteilwartung. Die Vorflugwartung wurde durch die Europäische Kommission räumlich regional auf den jeweiligen Flughafen abgegrenzt.¹⁹⁹

Wettbewerbssituation im Bereich der MRO-Dienstleistungen

169. Im Hinblick auf die Wettbewerbssituation im Bereich der MRO-Dienstleistungen sei SR Technics weltweit eine der grössten unabhängigen MRO-Gesellschaften. Dabei heisse unabhängig, dass SR Technics nicht in eine Fluggesellschaft integriert sei, wie z.B. der Instandhaltungsbetrieb von SWISS.²⁰⁰ Konkurrenten von SR Technics seien z.B. die Wartungsbetriebe von Air France-KLM, Lufthansa Technik oder unabhängige MRO wie HAECO (Hong Kong, China, USA), AAR (USA) oder A.J. Walthers (Grossbritannien, weltweit tätig).²⁰¹

170. Für die Zwecke zur Einschätzung der Wettbewerbssituation in der vorliegenden Beihilfeprüfung werden Märkte *in Anlehnung* an die Praxis der EU in Bezug auf die Marktabgrenzung des MRO-Bereichs (vgl. Rz 162 und 168) abgegrenzt. In der sachlichen Dimension wird dazu vorliegend zwischen *engine services*, *component services*, *aircraft services* und *line maintenance* unterschieden. Räumlich wird für die ersten drei Bereiche ein weltweiter Wettbewerb²⁰² und für die *line maintenance* ein Wettbewerb auf Ebene des einzelnen Flughafens angenommen. Davon ausgehend wird von «Marktanteilen» gesprochen, wenngleich keine eingehende Analyse zur Marktabgrenzung vorgenommen wurde. Diese Abgrenzung hält demnach nicht den Anforderungen an eine Marktabgrenzung in Wettbewerbsverfahren der WEKO und ihres Sekretariats stand.

171. Der weltweite Marktanteil (Umsatz SR Technics im Verhältnis zum «addressable» Markt²⁰³) sowie die dazu-

gehörigen Umsätze belaufen sich für die in den unter Rz 164 genannten drei Geschäftsbereichen für die letzten drei Geschäftsjahre 2017, 2018 und 2019 auf folgende Schätzungen:²⁰⁴

¹⁹³ Anmeldung Teil 1, 5.

¹⁹⁴ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, Rz 25. Dabei seien A- und B-Checks der Generalüberholung zuzuordnen (COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, 2, Rz 9), wobei diese teilweise bei Vorflugwartungsstationen durchgeführt werden könnten (COMP/M.3374 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, 5, Fn 19). Die Durchführungsdauer der A-Checks liege dabei bei weniger als einem Tag, wohingegen die B-Checks ein bis zwei Tage dauern könnten (COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, 2, Fn 5). C- und D-Checks, welche der *heavy maintenance* zugeordnet würden, zeichneten sich im Vergleich zu den A- und B-Checks durch eine signifikant intensivere Prüfung aus (COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, 6, Fn 20). Ein C-Check daure dementsprechend ein bis zwei Wochen und die Durchführung eines D-Checks zwischen drei Wochen bis zu zwei Monaten (COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, 2, Fn 5).

¹⁹⁵ COMP/M.3374 - SR Technics/FLS Aerospace, Rz 11.

¹⁹⁶ COMP/M. 7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz 44.

¹⁹⁷ COMP/M.3280 - Air France/KLM, Rz 40.

¹⁹⁸ COMP/M.6554 - EADS/STA/ELBE Flugzeugwerke JV, Rz 26.

¹⁹⁹ COMP/M. 7270 - Cesky Aerholding/Travel Service/Ceske Aerolinie, Rz 44.

²⁰⁰ Für SWISS bzw. die Lufthansa-Gruppe werde das *line maintenance* durch die Lufthansa Technik gemacht; Anmeldung Teil 1, Beilage 1, Folie 15.

²⁰¹ Anmeldung Teil 1, 7.

²⁰² In den Bereichen *engine services*, *component services* und *aircraft services* gäbe es gemäss SR Technics in der Schweiz keine Wettbewerber (Erläuterungen vom 20.6.2020, 3); vgl. dazu auch Rz 168.

²⁰³ Gemäss Interpretation des BAZL der Angaben von SR Technics handle es sich hierbei um das Marktvolumen auf Basis Umsatz für diejenigen Dienstleistungen, die auch von SR Technics angeboten werden.

²⁰⁴ Erläuterungen vom 20.6.2020, 3; Datenzustellung BAZL vom 22.6.2020 (20200622_SRT and competitor market share_ESTIMATION.xlsx).

MRO-Segment «Engine Services» (weltweit)					
Zeitraum	Wert	Gesamtumsatz	SRT	LHT	AFKLM
2019	Umsatz	[5000 - 10 000]	[500 - 1000]	[1500 - 2000]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[10 - 20] %	[20 - 30] %	nicht verf.
2018	Umsatz	[5000 - 10 000]	[500 - 1000]	[1500 - 2000]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[10 - 20] %	[20 - 30] %	nicht verf.
2017	Umsatz	[5000 - 10 000]	[500 - 1000]	[1500 - 2000]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[10 - 20] %	nicht verf.

Tabelle 2: Umsätze und Marktanteile weltweit im Segment *engine services*. Umsätze in mUSD. SRT: SR Technics; LHT: Lufthansa Technik; AFKLM: AirFrance-KLM. Die Umsätze für LHT seien von SR Technics aus dem Jahresbericht von Lufthansa Technik genommen worden. Datenquelle: SR Technics.

MRO-Segment «Component Services» (weltweit)					
Zeitraum	Wert	Gesamtumsatz	SRT	LHT	AFKLM
2019	Umsatz	[0 - 5000]	[0 - 500]	nicht verf.	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[20 - 30] % *	[10 - 20] % *
2018	Umsatz	[0 - 5000]	[0 - 500]	nicht verf.	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[10 - 20] % *	[10 - 20] % *
2017	Umsatz	[0 - 5000]	[0 - 500]	nicht verf.	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[10 - 20] % *	[0 - 10] % *

Tabelle 3: Umsätze und Marktanteile weltweit im Segment *component services*. Umsätze in mUSD. SRT: SR Technics; LHT: Lufthansa Technik; AFKLM: AirFrance-KLM. * Von SR Technics geschätzte Werte. Datenquelle: SR Technics.

MRO-Segment «Aircraft Services» (weltweit)					
Zeitraum	Wert	Gesamtumsatz	SRT	LHT	AFKLM
2019	Umsatz	[5000 - 10 000]	[0 - 500]	[500 - 1000]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[0 - 10] %	nicht verf.
2018	Umsatz	[5000 - 10 000]	[0 - 500]	[500 - 1000]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[0 - 10] %	nicht verf.
2017	Umsatz	[5000 - 10 000]	[0 - 500]	[0 - 500]	nicht verf.
	In %	100.0 %	[0 - 10] %	[0 - 10] %	nicht verf.

Tabelle 4: Umsätze und Marktanteile weltweit im Segment *aircraft services*. Umsätze in mUSD. SRT: SR Technics; LHT: Lufthansa Technik; AFKLM: AirFrance-KLM. Die Umsätze für LHT seien von SR Technics aus dem Jahresbericht von Lufthansa Technik genommen worden. Datenquelle: SR Technics.

172. SR Technics führt dazu aus, dass Lufthansa Technik (LHT) und AirFrance-KLM (AFKLM) die Hauptwettbewerber von SR Technics in dem Sinne seien, dass SR Technics sehr häufig mit diesen Wettbewerbern in der letzten Runde bei Transaktionen sei. MTU sei auch noch ein relevanter Wettbewerber und natürlich die OEMs²⁰⁵ (GE, Pratt&Whitney). Für diese drei Firmen habe SR Technics leider keine Zahlen.

173. Im Hinblick auf die *line maintenance* betrug der mittlere Anteil der Dienstleistungen von SR Technics in den Monaten November bis 2018 bis April 2019 an den drei Standorten in Basel [10 - 20] %, in Genf [50 - 60] %

(inkl. *light base maintenance*, d.h. die P-Checks easyJet) und in Zürich [30 - 40] %.²⁰⁶

²⁰⁵ Das Akronym OEM steht für Original Equipment Manufacturer.

²⁰⁶ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 23.6.2020 (20200618_SRT Switzerland AG Revenue comparison BAZL_v2.xlsx).

174. Nimmt man diesen Anteil und verwendet ihn für die Hochrechnung der Jahresumsätze von SR Technics an den drei Landesflughäfen im Bereich der *line maintenance*, so ergeben sich unter der Berücksichtigung des Gesamtjahresumsatzes von CHF [20 - 30] Mio. von SR Technics in diesem Bereich in der Schweiz²⁰⁷ Umsätze von in Basel CHF [0 - 10] Mio., in Genf CHF [10 - 20] Mio. und in Zürich CHF [0 - 10] Mio.

175. Die Marktanteile von SR Technics in der *line maintenance* an den drei Landesflughäfen seien in den vergangenen Jahren stabil gewesen und würden die folgenden Prozentwerte annehmen:²⁰⁸

- Basel: [80 - 90] % SR Technics, [10 - 20] % Nomad Aviation AG, [0 - 10] % übrige.
- Genf: [60 - 70] % SR Technics, [30 - 40] % SWISS, [0 - 10] % übrige.
- Zürich: [30 - 40] % SR Technics, [40 - 50] % SWISS, [10 - 20] % Helvetic Airways AG.

Kombiniert man diese Marktanteile mit den in Rz 174 hochgerechneten Jahresumsätzen, so ergibt sich folgende Tabelle:

MRO-Segment «Line Maintenance» (an den drei Landesflughäfen in der Schweiz)							
Flughafen	Wert	Gesamtumsatz	SRT	Nomad	SWISS	Helvetic	Übrige
Basel	Umsatz	[0 - 10]	[0 - 10]	[0 - 10]	-	-	[0 - 10]
	In %	100.0%	[80 - 90] %	[10 - 20] %	-	-	[0 - 10] %
Genf	Umsatz	[20 - 30]	[10 - 20]	-	[0 - 10]	-	[0 - 10]
	In %	100.0%	[60 - 70] %	-	[30 - 40] %	-	[0 - 10] %
Zürich	Umsatz	[20 - 30]	[0 - 10]	-	[10 - 20]	[0 - 10]	-
	In %	100.0%	[30 - 40] %	-	[40 - 50] %	[10 - 20] %	-

Tabelle 5: Umsätze und Marktanteile an den drei Landesflughäfen in der Schweiz im Segment *line maintenance* (inkl. *light base maintenance*, d.h. die P-Checks easyJet in Genf). Umsätze in mCHF. SRT: SR Technics; Nomad: Nomad Aviation AG; SWISS: Swiss International Air Lines Ltd.; Helvetic: Helvetic Airways AG. Quelle: SR Technics.

176. Aus diesem Überblick über die vier Geschäftsfelder scheint es, dass SR Technics in den Bereichen *engine services*, *component services* und *aircraft services* im Verhältnis zur weltweiten Konkurrenz eine eher nachrangige Rolle hat und dass der Wettbewerb intensiv ist.

177. Im Bereich der *line maintenance* scheint SR Technics jedoch in Basel und Genf eine starke Rolle einzunehmen. Der zweitwichtigste, in Zürich und Genf aktive, Player ist aufgrund der vorliegenden Angaben SWISS, wobei SR Technics gegenüber SWISS in Zürich, gemessen am Marktanteil, um ca. 10 Prozentpunkte hinten ansteht und in Genf um rund 25 Prozentpunkte vorangeht. Dennoch scheint es, dass – zumindest potenziell – Wettbewerbsdruck auch von anderen Akteuren ausgeht (vgl. dazu auch Rz 172), wobei dies auch im Lichte der Aussage des BAZL gesehen werden muss, dass zwischen den verschiedenen Geschäftsbereichen *line maintenance* und *engine services* eine enge Kooperation bestünde, u.a. im Rahmen von *engine changes* und Inspektionen, die teilweise von der *line maintenance*-Organisation durchgeführt würden.²⁰⁹ Es ist daher davon auszugehen, dass der Wettbewerb in den anderen Geschäftsfeldern auch einen gewissen, wenngleich hier nicht weiter analysierbaren, Wettbewerbsdruck auf den Bereich der *line maintenance* ausübt.

178. [...].²¹⁰ [...].²¹¹

Rechtliche Grundlagen MRO-Dienstleistungen

179. In Bezug auf die rechtlichen Grundlagen der Flugzeugwartung in der Schweiz führt das BAZL aus, dass ein Instandhaltungsbetrieb über eine Zulassung der zuständigen Luftfahrtbehörde verfügen müsse. In der Schweiz werde die Einhaltung der Zulassungsbestimmungen vom BAZL regelmässig überprüft. Der Umfang der erlaubten Tätigkeiten des Instandhaltungsbetriebs sei im Zulassungszertifikat und dem vom BAZL genehmigten Betriebshandbuch beschrieben. Die Zulassung gelte jeweils für die in der Zulassung spezifizierten Flugzeugmuster (Kombination Flugzeug / Triebwerk). Der Wartungsbetrieb von SWISS [...].²¹²

²⁰⁷ Vgl. Fn 39.

²⁰⁸ Erläuterungen vom 20.6.2020, 3; Datenzustellung BAZL vom 20.6.2020 (20200618_SRT Switzerland AG Revenue comparison BAZL.xlsx).

²⁰⁹ Erläuterungen vom 20.6.2020, 4.

²¹⁰ [...].

²¹¹ Anmeldung Teil 1, 6.

²¹² Anmeldung Teil 1, 5 f.

180. Auf Basis des LVA habe die Schweiz die entsprechende Verordnung (EU) Nr. 1321/2014²¹³ anzuwenden. Für die Instandhaltung sei Annex II Part-145 der erwähnten Verordnung relevant. Das Kennzeichen eines Luftfahrzeuges (und damit die Zuordnung zu einem bestimmten Staat) lege fest, welche gesetzlichen Anforderungen für die Zulassung des Wartungsbetriebs relevant seien. Dies bedinge, dass SR Technics neben der Zulassung durch das BAZL über zusätzliche weitere Zertifizierungen durch Länder ausserhalb der EU verfügen müsse.²¹⁴ Im Rahmen von bilateralen Verträgen sei das BAZL für die Aufsicht von Zulassungen der USA, Kanada und Brasilien zuständig.²¹⁵

181. Das bescheinigungsberechtigte Personal (d.h. diejenigen Angestellten, die der Fluggesellschaft eine Bescheinigung über die durchgeführten Wartungsarbeiten ausstellen dürften) müsse über eine Lizenz verfügen, welche das entsprechende Flugzeugmuster aufführe. Um ein neues Flugzeugmuster einzutragen, müsse der Bewerber das theoretische und praktische Wissen in einer vom BAZL zugelassenen Schule erlangen und entsprechende Prüfungen bestehen. Eine solche Ausbildung daure in der Regel rund drei Monate.²¹⁶

C.3.2.2.2.3 Beurteilung der Eignung

182. Für Beurteilung der Eignung der vorliegend zu beurteilenden Unterstützungsmassnahme an SR Technics steht das mittelbare Ziel oder die Frage im Vordergrund, ob diese Stützungsmassnahme einen positiven Beitrag – unabhängig von seiner Grösse – zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben haben kann. Dazu muss das Vorhandensein von einer gewissen systemischen Relevanz des Angebotes für die Volkswirtschaft und einer innerhalb einer tragbaren Frist möglichen Substituierbarkeit dieses Angebots abgeschätzt werden (vgl. Rz 156).²¹⁷

183. In Anlehnung an den Schlussbericht der Expertenkommission (vgl. Kap. C.3.2.2.2.1) und sowie unter Verweis auf die entsprechenden Analysen in der Stellungnahme der WEKO zu den Unterstützungsmassnahmen SWISS/Edelweiss können hinsichtlich der Eignung folgende Feststellungen gemacht werden:

Geringe Relevanz von Instandhaltungsbetrieben gemessen am Wertschöpfungs- und am Beschäftigungsanteil

184. Instandhaltungs- bzw. MRO-Betriebe sind Teil des Bereichs der Zivilluftfahrt, wie er im Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz²¹⁸ erfasst wird, insbesondere des dazugehörigen «*Airline-related*» Segments²¹⁹.

185. Wie im Anhang F.1 Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10) detaillierter ausgeführt wird, liegen sowohl der gesamtwirtschaftliche Wertschöpfungs- als auch der Beschäftigungsanteil der Zivilluftfahrt (inkl. Luftfracht) als Ganzes und insbesondere des «*Airline-related*» Segments im sehr tiefen einstelligen Prozentbereich und indizieren – für sich genommen – eine unterdurchschnittliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung dieser beiden Bereiche.

186. Diese Beobachtungen indizieren für sich genommen eine geringe volkswirtschaftliche Relevanz des MRO-Bereichs.

Relevanz von SR Technics als MRO-Dienstleisterin für Hub- und Luftfrachtfunktionen

187. In der Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss wurde nun allerdings der Verbund von Hub- und Luftfrachtfunktionen von Fluggesellschaften für die Funktionsweise von einzelnen inländischen Wertschöpfungsketten als relevant eingestuft und vor diesem Hintergrund die Eignung der Beihilfemassnahmen an SWISS und Edelweiss bejaht.²²⁰ Dabei bedingt das Passagier- das Luftfrachtgeschäft dieser Fluggesellschaften und umgekehrt. Das reine Luftfrachtgeschäft (nur Flüge mit Fracht) spielt in der Schweiz eine untergeordnete Rolle.²²¹

188. Ausgehend von dieser Feststellung muss vorliegend überprüft werden, welche Rolle SR Technics als Dienstleistungserbringer für Fluggesellschaften im Hinblick auf deren Hub- und Luftfrachtfunktionen beiträgt.

189. Dazu muss vor dem Hintergrund der geltend gemachten besonderen Relevanz der *line maintenance* zunächst ein Bild zu deren Organisation in der Schweiz und zur Rolle von SR Technics in diesem Bereich in der Schweiz gewonnen werden.

190. Die *line maintenance* an den drei Schweizer Landesflughäfen ist gemäss BAZL wie folgt organisiert:²²²

- **Flughafen Zürich:** [...] würden ihre *line maintenance* eigenständig organisieren. Sie seien nicht bzw. lediglich ergänzend auf die Dienstleistungen von SR Technics angewiesen. Für die übrigen (vorwiegend ausländischen) Fluggesellschaften stehe als Vertragspartner für die *line maintenance* nur SR Technics zur Verfügung.

²¹³ Anmeldung Teil 1, Beilage 2.

²¹⁴ Für die Wartung des Airbus A-380 der Singapore Airlines (*line maintenance*) benötige SR Technics bspw. eine Zulassung der CAAS (Civil Aviation Authority of Singapore); Anmeldung Teil 1, 6.

²¹⁵ Anmeldung Teil 1, 6.

²¹⁶ Anmeldung Teil 1, 6.

²¹⁷ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 183 ff. und Rz 143.

²¹⁸ Bericht 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz (Lupo 2016) vom 24.2.2016, BBI 2016.

²¹⁹ Die Zivilluftfahrt setzt sich aus drei verschiedenen Segmenten zusammen: Das Segment «*Airline-related*» umfasst die eng mit der Beförderung von Personen und Fracht verbundenen Unternehmen, z. B. Airlines, General Aviation, Bodenabfertigung, Catering, Technische Betriebe, Treibstoff-Firmen, Fracht, Speditionslogistik etc.; Das Segment «*Airport-related*» umfasst die eng mit der Bewirtschaftung des Flugplatzes verbundenen Unternehmen, z.B. Flugplatzbetreiber, Polizei, Flugsicherung, Zoll etc.; Das Segment «*Retail/Gastro/Service-related*» umfasst die Unternehmen, welche zum «*Non-Aviation*»-Bereich zählen, wie Restaurants, Einkaufsläden, Autovermietungen, Reisebüros, Taxis etc.; vgl. Stellungnahme der WEKO zu den Unterstützungsmassnahmen SWISS/Edelweiss (Fn 177), Rz 230 und iNFRAS, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Zivilluftfahrt in der Schweiz, Schlussbericht, Zürich, 30.5.2011 (zit. iNFRAS 2011), 51.

²²⁰ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 183 ff. und Rz 194.

²²¹ Stellungnahme der WEKO betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss (Fn 10), Rz 183 ff. und Rz 193.

²²² Anmeldung Teil 1, 7 ff.

- **Flughafen Basel (Euroairport):** SR Technics sei insbesondere für die *line maintenance* der [...] zuständig. Andere (ausländische) Fluggesellschaften würden ihre *line maintenance* teilweise auch selber organisieren.
- **Flughafen Genf:** [...] würden ihre *line maintenance* eigenständig organisieren und seien nicht auf die Dienstleistungen von SR Technics angewiesen. SR Technics sei für die *line maintenance* der [...] zuständig. Für die übrigen (vorwiegend ausländischen) Fluggesellschaften stehe als Vertragspartner für die *line maintenance* nur SR Technics zur Verfügung.

191. Dazu kann auf die eingangs zum Hintergrund der vorliegend geplanten Beihilfemassnahme beschriebene Relevanz von SR Technics für die Fluggesellschaften an den drei Landesflughäfen verwiesen werden, welche gezeigt hat, dass SR Technics v.a. am Standort Genf für ausländische Fluggesellschaften, und speziell für [...], relevant ist (vgl. Kap. A.3.3, Rz 39 f.).²²³

192. Zentral für die Eignungsprüfung ist die Hub-Funktion des Flughafens Zürich (vgl. Rz 187), welche hauptsächlich durch die SWISS als Hub-Fluggesellschaft begründet wird. Es ist auch die [...], die den überwiegenden Teil an Luftfracht nach und aus der Schweiz abwickelt. Über Genf und Basel, beides keine Hub-Flughäfen, wurden im Jahr 2018 und im 2019 jeweils rund 8.5 % bzw. 0.1 % aller *gemischten Frachtflüge* (gemessen in Tonnen) abgewickelt. Gemischte Frachtflüge heisst, dass auf diesen Flügen sowohl Passagiere als auch Fracht befördert werden.²²⁴

193. Daneben gibt es noch *reine Frachtflüge*, auf denen im Jahr 2019 ca. 15,6 % der gesamten Fracht (in Tonnen) nach und aus der Schweiz abgewickelt wird. Bei diesen reinen Frachtflügen hat Basel einen Anteil von ca. 80 % und Genf einen Anteil von ca. 20 % (gemessen in Tonnen). Zürichs Anteil ist mit nahezu 0 % verschwindend klein.²²⁵

194. Gestützt auf diese Angaben wäre die Bedeutung von SR Technics in Bezug auf Flüge mit Fracht über den Flughafen Basel, an welchem der überwiegende Teil (rund 80 %) der reinen Flugfracht bzw. rund 12.5 %²²⁶ der gesamten Flugfracht (in Tonnen) abgewickelt wird, sehr klein. Dabei ist im Lichte von Rz 190 davon auszugehen ist, dass nicht alle der damit verbundenen Frachtflüge auch von SR Technics mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedient werden und die Schätzung damit eher konservativ ist.²²⁷

195. Am Standort Genf scheint SR Technics, ausgehend von Rz 190, [...] ²²⁸ [...] ²²⁹

196. Insgesamt ist daher, gestützt auf diese Angaben, die Relevanz von SR Technics an den Standorten Basel und Genf im Hinblick auf die Aufrechterhaltung von Hub- und/oder Luftfrachtfunktionen für die Funktionserhaltung des Schweizer Wirtschaftslebens sehr bis verschwindend klein.

197. Die Dienstleistungen von SR Technics im Bereich der *line maintenance* beschränken sich vielmehr auf reine Passagierflüge und dabei v.a. auf die Abwicklung [...] an den Flughäfen in Genf und in Basel (vgl. Rz 191 und auch die Detailangaben in Fn 223).

Zwischenfazit

198. Die Relevanz von SR Technics als MRO-Dienstleisterin für Hub- und Luftfrachtfunktionen ist untergeordnet. SR Technics ist insbesondere für [...] als reine Passagierfluggesellschaft und für Passagierflüge ausländischer Fluggesellschaften relevant.²³⁰

Zwischenfazit zur Eignung der Beihilfemassnahmen

199. Die Eignung der vorgesehenen Beihilfemassnahmen zugunsten der SR Technics zur Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz beizutragen ist aufgrund deren sehr geringen Relevanz für die Hub- und Luftfrachtfunktionserfüllung zur Aufrechterhaltung von Wertschöpfungs- und Lieferketten zu verneinen.

200. Selbst wenn man die Eignung bejahen würde, sind, wie nachfolgend dargelegt, betreffend die Erforderlichkeit als zweiter notwendiger Bestandteil der Verhältnismässigkeitsprüfung der Beihilfemassnahme für die WEKO sehr starke Zweifel gegeben. Eine endgültige Bejahung der Notwendigkeit kann von der WEKO daher nicht ausgesprochen werden.

C.3.2.2.3 Erforderlichkeit der Massnahme

201. Die Verwaltungsmassnahme, bzw. die staatliche Handlung, muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine

²²³ Auf das ganze Jahr 2019 bezogen würden in Basel [50 - 70] % aller Flugbewegungen durch SR Technics mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedient, wobei davon rund [60 - 80] % für die [...] erbracht würden, also rund [30 - 50] % von allen *line maintenance*-Dienstleistungen. In Genf würden [60 - 80] % aller Flugbewegungen durch SR Technics mit *line maintenance*-Dienstleistungen bedient, wobei davon rund [40 - 60] % für die [...] erbracht würden, also rund [20 - 40] % von allen *line maintenance*-Dienstleistungen in Genf. Am Flughafen Zürich ist die Relevanz von SR Technics mit [10 - 30] % Anteil an den behandelten Flugbewegungen eher untergeordnet, wobei rund [0 - 20] % dieser Dienstleistungen für die [...] erbracht würden. Der grösste Teil der an diesem Hub-Flughafen bezogenen *line maintenance*-Dienstleistungen werde über die [...] innerhalb der eigenen Wartungsorganisation bezogen (vgl. Rz 190). Diese Angaben beziehen sich auf Fluggesellschaften mit mehr als 10 Starts/Landungen pro Jahr. Implizit wird die Annahme getroffen, dass es sich bei den zugrundeliegenden Daten für die Flugbewegungen von [...] bei [...] um eine Fluggesellschaft mit mehr als 10 Starts/Landungen handelt. Anmeldung Teil 1, 8 f. und Ergänzungen vom 20.6.2020, 4.

²²⁴ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 14.5.2020 (WEKO Zahlen Linien und Charter_v1.xlsx). Über die Zeit seit 2018 wurde der wesentliche Teil der Luftfracht (gemessen am Gewicht) über Zürich abgewickelt (mit einem Anteil von rund 90 %). Dabei ist v.a. die SWISS mit Anteilen von ca. [60 - 80] % der weitaus wichtigste Player (Stellungnahme der WEKO zu den Unterstützungsmassnahmen SWISS/Edelweiss [Fn 97], Rz 161).

²²⁵ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 14.5.2020 (WEKO Zahlen Linien und Charter_v1.xlsx, WEKO Zahlen reine Frachtflüge_v1.xlsx; für das Jahr 2019).

²²⁶ 0.8 (Anteil Basel reine Fracht) \times 0.156 (Anteil der reinen Fracht an gesamter Fracht) = 0.125 .

²²⁷ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 14.5.2020 (WEKO Zahlen reine Frachtflüge_v1.xlsx).

²²⁸ 0.2 (Anteil Genf reine Fracht) \times 0.156 (Anteil der reinen Fracht an gesamter Fracht) = 0.031 .

²²⁹ Vgl. Datenzustellung BAZL vom 14.5.2020 (WEKO Zahlen Linien und Charter_v1.xlsx, WEKO Zahlen reine Frachtflüge_v1.xlsx).

²³⁰ Anmeldung Teil 1, 9.

gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Das Element der Erforderlichkeit dient der Prüfung der Intensität staatlichen Handelns.²³¹

202. Bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe erforderlich ist, ist der Anreizeffekt der Beihilfe zu berücksichtigen.²³² Gemäss EuGH besteht die Daseinsberechtigung für die Gewährung einer Beihilfe darin, dem betreffenden Unternehmen einen Anreiz zu geben, ein bestimmtes Verhalten an den Tag zu legen, das ohne Gewährung dieser Beihilfe nicht erfolgt wäre.²³³ Die Beihilfe muss dementsprechend für die Erreichung der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten Ziele erforderlich sein.²³⁴

203. Im Hinblick auf den Anreizeffekt der Massnahme wurde in der Anmeldung dargelegt, dass SR Technics ihren geltend gemachten Liquiditätsbedarf nicht auf dem Markt ohne staatliche Garantie decken hätte können²³⁵, weshalb nachfolgend nicht mehr näher auf diesen Aspekt der Erforderlichkeit eingegangen wird.

C.3.2.2.3.1 Beurteilung der Erforderlichkeit

204. Um beurteilen zu können, ob die Beihilfemassnahme erforderlich bzw. notwendig ist, muss die Frage beantwortet werden können, ob und in welchem Ausmass die *line maintenance* von SR Technics bei einem Wegfall ersetzt werden könnte. Gemäss BAZL sei es unbestritten, dass *line maintenance*-Dienstleistungen notwendig seien, um Passagier- und Frachtflüge abzuwickeln. Für den Ersatz der Dienstleistungen von SR Technics an den drei Landesflughäfen seien drei Varianten analysiert worden:²³⁶

- (1) Die line maintenance-Organisation von SWISS übernehme die relevanten Dienstleistungen auch für Fluggesellschaften ausserhalb der Lufthansa Gruppe (nur möglich in Zürich und Genf, da SWISS keine Flüge ab Basel anbietet);
- (2) Eine bereits bestehende (ausländische) Gesellschaft mit einem Angebot im Bereich *line maintenance* übernehme die entsprechenden Dienstleistungen (z.B. Air France-KLM);
- (3) Eine neu zu gründende Gesellschaft übernehme die Dienstleistungen von SR Technics. Dabei kämen auch Betriebe in Frage, die bereits im Bereich Flugzeugwartung tätig seien, jedoch keine *line maintenance*-Dienstleistungen anbieten würden (z.B. die Firma Jet Aviation, die insbesondere in Basel im Bereich Wartung von Geschäfts- und Privatflugzeugen tätig sei).

205. So sei es im Hinblick auf Variante (1) in Rz 204 nicht auszuschliessen, dass SWISS an der Übernahme der *line maintenance* anderer Fluggesellschaften interessiert wäre. Ein Vorteil dieser Variante sei, dass [...]. Damit die SWISS die *line maintenance*-Aktivitäten von SR Technics übernehmen könnte, wären verschiedene Anpassungen bzw. Umstrukturierungen notwendig:²³⁷

- Ausbildung Mechaniker auf neue Flugzeugmuster: rund 3 Monate.
- Genehmigung der Erweiterung des Betriebs auf neue Flugzeugmuster und Line Stations durch das BAZL:

rund 3 Monate (vgl. dazu auch nachfolgend Rz 179 ff. und 209).

- Neuaufnahme Personal, bestehende Prozesse schulen, Schulung spezifischer Abläufe der jeweiligen Fluggesellschaften, Anpassung IT Infrastruktur: mindestens 3 Monate.
- Einholung aussereuropäischer Genehmigungen für Flugzeuge aussereuropäischer Fluggesellschaften: 6 bis 12 Monate.

206. Im Hinblick auf Variante (2) in Rz 204 sei ein Interesse ausländischer Gesellschaften nicht auszuschliessen, wobei die Mehrzahl möglicher Marktteilnehmer derzeit selber mit Liquiditätsschwierigkeiten kämpfe und die Übernahme neuer Standorte nicht unbedingt im Vordergrund stehen würden. Ein konkreter Kandidat sei aktuell nicht bekannt. Die notwendigen Anpassungen bzw. Umstrukturierungen hätten den gleichen Umfang wie in Variante 1 mit der Ausnahme, dass die Genehmigung der Erweiterung des Betriebs auf neue Flugzeugmuster und Line Stations durch die ausländische Behörde erfolgt (Zeitbedarf: 4 bis 12 Monate).²³⁸

207. Schliesslich sei eine Lösung entsprechend Variante (3) in Rz 204 nicht per se ausgeschlossen. Ein neuer Betrieb müsse die in Variante (1) erwähnten Prozesse und Strukturen neu aufbauen und brauche dabei mindestens so viel Zeit wie die entsprechenden Erweiterungen in Variante (1). Die Neuzulassung eines Betriebs durch das BAZL könne jedoch deutlich länger dauern als die Erweiterung einer bestehenden Zulassung (3 bis 6 Monate). Falls ein Betrieb wie die erwähnte Jet Aviation in die *line maintenance* einsteigen würde, sei mit einem ähnlichen Aufwand (auch zeitlich) wie in Variante (1) zu rechnen.²³⁹

208. Gemäss BAZL könnten alle drei Varianten mittel- bis langfristig (je nach Variante nach ungefähr 6-12 Monaten) die Dienstleistungen von SR Technics im Bereich *line maintenance* substituieren. Indes könne keine der Varianten den kurzfristigen Ersatz der *line maintenance* Dienstleistungen von SR Technics sicherstellen.²⁴⁰

²³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 123, N 527.

²³² RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 24.

²³³ Würde das durch die Beihilfe beanreizte Verhalten vom begünstigten Unternehmen auf jeden Fall, auch ohne Erhalt der Beihilfe, an den Tag gelegt, würde die Beihilfe tatsächlich dazu führen, ein Unternehmen von den Kosten zu befreien, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen gehabt hätte. Die Beihilfe zeitigt keinen Anreizeffekt und ist folglich nicht erforderlich für das damit bezweckte Ziel.

²³⁴ EuGH 21.7.2011, Rs. C-459/10 P, *Freistaat Sachsen/Kommission*, Rz 32 -35, 39.

²³⁵ Anmeldung Teil 2, 5.

²³⁶ Anmeldung Teil 1, 9.

²³⁷ Anmeldung Teil 1, 10.

²³⁸ Anmeldung Teil 1, 10.

²³⁹ Anmeldung Teil 1, 10.

²⁴⁰ Anmeldung Teil 1, 10.

209. Hierbei sollten insb. im Hinblick auf Variante (3) in Rz 204 auch die rechtlichen Grundlagen betreffend die *Zulassung* als MRO-Betrieb beachtet werden, da die durch diese zu erfüllenden Anforderungen insbesondere die Substituierbarkeit durch eine *neu zu gründende* Gesellschaft beeinflussen würden (vgl. dazu Rz 179 ff.).

210. In diesem Zusammenhang sei es jedoch denkbar, dass ein Teil der ausländischen Fluggesellschaften eigene Mechaniker mitfliegen lassen würde, um ihre *line maintenance* an den Schweizer Flughäfen sicherzustellen, was nichts daran ändern würde, dass, zunächst kurzfristig über den Zeitraum von mehreren Monaten, eine massive Beeinträchtigung des Luftverkehrs der Schweiz zu erwarten wäre.²⁴¹

211. Im Hinblick auf Variante (1) in Rz 204, das «Einspringen» von SWISS, und die Zulassungsbedingungen muss auch festgestellt werden, dass SWISS für einen grossen Teil der Airbus-Typen und den Typ Boeing 777-300ER über die entsprechenden Lizenzen und Erfahrungen für Wartungsdienstleistungen sollte.²⁴² Es ist damit davon auszugehen, dass für die *line maintenance* dieser Typen relativ schnell eine Angebot für andere Fluggesellschaften, insb. für easyJet²⁴³, bereitgestellt werden könnte.

212. Eine analoge Schlussfolgerung kann betreffend das potenzielle Angebot der Lufthansa Technik und der Air France-KLM-Gruppe im Bereich der Instandhaltungsdienstleistungen gezogen werden. Deren geführte Palette an Flugzeugtypen ist sehr gross. Beide Dienstleister betonen deren Flexibilität und Adaptionsvermögen in der Ausgestaltung der konkreten Dienstleistungen.²⁴⁴

213. Das BAZL geht weiter davon aus, dass ein kurzfristiger Ausfall von SR Technics zu einem vollständigen oder teilweisen Ausfall von ausländischen Fluggesellschaften angebotenen Verbindungen kommen würde und dass es insbesondere offen sei, innert welcher Frist diese Verbindungen wieder aufgenommen würden.²⁴⁵

214. Dazu muss relativierend angemerkt werden, dass vor dem Hintergrund der gegenwärtigen COVID-19-Krise ohnehin unklar ist, in welchem Ausmass die Fluggesellschaften mittel- bis langfristig wieder den Flugbetrieb hochfahren werden können. Das heisst auch, dass bei einem allfälligen eingeschränkten Angebot von SR Technics unklar ist, in welchem Ausmass deren Angebot und deren Kapazitäten von den Fluggesellschaften in Anspruch genommen werden könnten und die allfällige Übernahme dieser Nachfrage allenfalls einfacher durch andere MRO-Dienstleister übernommen werden könnte.

Zwischenfazit

215. Aufgrund der vorangehend dargelegten Angaben des BAZL schien die kurzfristige Substituierbarkeit von SR Technics unklar.

216. Das Sekretariat hat deshalb zur weiteren Abklärung der Substituierbarkeit und der Relevanz von *line maintenance*-Dienstleistungen einerseits die drei wichtigsten Wettbewerber und andererseits die fünf wichtigsten Nachfrager von SR Technics befragt.

Befragung von Marktteilnehmern

217. Der Wettbewerber X [...] antwortet, dass bspw. für easyJet am Euroairport Basel mit 12 Airbus A320 bei einer sofortigen Schliessung der *line maintenance* ein neuer Supplier für *line maintenance* innerhalb von 10 Arbeitstagen den Basic Support für *line maintenance* aufbauen und gewährleisten könne, damit easyJet kein Grounding habe. Dazu müsse easyJet zunächst eine neue Ausschreibung für *line maintenance* tätigen. Konkret würde easyJet die lokalen MROs (Jet Aviation, AMAC, Nomad, Lufthansa Technik, Air France) für eine Überbrückung des Services anfragen und/oder easyJet würde von anderen *line maintenance*-Stationen, Mechaniker nach Basel, Genf oder Zürich bringen, damit der Service wie gewohnt gewährleistet werde.²⁴⁶

218. Der Kunde A [...] antwortet, dass bei einem Wegfall von SR Technics die Diskussion mit anderen Anbietern aufgenommen werden müsste, dass dies derzeit aber extrem schwierig sei und von den Flughäfen und den operativen Tätigkeiten von Kunde A [...] Flexibilität erfordere. Der Kunde A [...] würde zunächst eine Ausschreibung für [...] machen und zugleich nach internen Lösungen suchen. Erschwerend sei dabei, [...]. Falls keine andere lokale Lösung in Aussicht stehen würde, wäre der Kunde A [...] gezwungen, eine Alternativlösung bei einem anderen Dienstleister im Ausland zu finden. Dieser Wechsel würde natürlich eine zusätzliche operationelle Komplexität generieren.²⁴⁷

219. Der Wettbewerber Y [...] informiert, dass aufgrund der Betriebszulassung und dem qualifizierten Personal eine Übernahme der Tätigkeiten von SR Technics durch den Wettbewerber Y [...] grundsätzlich machbar sei.²⁴⁸

220. Bei einer Übernahme des Kundenportfolios aufgrund des Wegfalls von SR Technics wäre vermutlich unter den aktuellen Umständen eine Zertifizierung des Wettbewerbers Y [...] seitens des BAZL innerhalb von 10-14 Tagen möglich. Voraussetzung wäre aber, dass der Wettbewerber Y [...] genügend Mechaniker mit den entsprechenden Lizenzen sowie die zur Wartung benötigten Werkzeuge und Betriebsmittel vorweisen könnte.²⁴⁹

²⁴¹ Anmeldung Teil 1, 10.

²⁴² Vgl. <<https://www.swiss.com/at/DE/fliegen/flotte/boeing>, <https://www.swiss.com/at/DE/fliegen/flotte/airbus-langstreckenflotte>> und <<https://www.swiss.com/at/DE/fliegen/flotte/airbus-kurzstrecke>> (19.6.2020). So führt SWISS im Kurzstreckenbereich die Airbus-Typen A321-100/200, A320-200 / A320neo, Airbus A319-100, Airbus A220-300 und Airbus A220-100. Im Langstreckenbereich führt Swiss die Airbus-Typen A340-300 und A330-300, sowie den Boeing 777-300ER.

²⁴³ Die Flotte von easyJet setzt sich gemäss dem Online-Statistik-Portal <<https://de.statista.com>> aus dem Airbus A319, A320, A320neo und A320neo zusammen (<<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/313425/umfrage/easyjet-flugzeugflotte-nach-typ/>> [19.6.2020]).

²⁴⁴ Vgl. <<https://www.lufthansa-technik.com/line-maintenance>> und <<https://www.afiklmem.com/en/airframe/line-maintenance>> (19.6.2020).

²⁴⁵ Anmeldung Teil 1, 11.

²⁴⁶ Antworten Wettbewerber X [...] vom 19.6.2020. Anzumerken ist, dass [...].

²⁴⁷ Antworten Kunde A [...] vom 19.6.2020.

²⁴⁸ Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁴⁹ Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

221. Neben der BAZL-Zulassung wäre auch eine Zertifizierung der lokalen Aufsichtsbehörde der entsprechenden Airlines erforderlich. Diesen Prozess könne der Wettbewerber Y [...] nicht beeinflussen, da müssten die Kundenairlines aktiv werden. Erfahrungsgemäss seien Behörden aus dem Far East sowie die Federal Aviation Administration (nachfolgend: FAA) in den USA diesbezüglich nicht sehr flexibel.²⁵⁰

222. Eine Zulassung durch die Behörden erfordere auch eine Schulung der Mechaniker auf die spezifischen Prozesse der entsprechenden Airlines. Diese Schulung werde in der Regel durch Instruktoren des Kunden durchgeführt.²⁵¹

223. In Bezug auf das easyJet-Handling spezifisch in Genf, wo easyJet seine «Homebase» in der Schweiz habe, führt der Wettbewerber Y [...] aus, dass dieses Handling durch den Wettbewerber Y [...] lizenzmässig keine Probleme bereiten würde, da der Wettbewerber Y [...] das entsprechende Flugzeugmuster selber betreiben würde. Kapazitätsmässig wäre ohne eine Übernahme des SR Technics-Personals das Handling nicht möglich. SR Technics beschäftige in Genf gemäss Informationen des Wettbewerbers Y [...] ungefähr 80 Mitarbeiter. Deren Übernahme könne insbesondere bei einem sich abzeichnenden Wegfall von SR Technics eine Vorlaufzeitraum von sechs Monaten nach sich ziehen, [...].²⁵²

224. In Bezug auf die Kapazitäten von Wettbewerber Y [...] selbst führt dieser aus, dass er aufgrund geringeren Produktionsvolumens bis Mitte 2023 gewisse Überkapazitäten im Bereich Flugzeugmechaniker verfüge. Nach entsprechender Schulung könnten diese Kapazitäten für die Abfertigung von Kundenairlines in Zürich eingesetzt werden. Mit steigender Produktion des Wettbewerbers Y [...] würden diese Kapazitäten im 2021/2022 kontinuierlich wegfallen und die Einstellung von zusätzlichem Personal wäre unumgänglich.²⁵³

225. Der Kunde B [...] antwortet, dass bei einem Wegfall von SR Technics, abrupt oder sich abzeichnend, neue Verträge mit externen Leistungserbringern verhandelt werden müssten. Die Maintenance Leistungen seien für den Flugbetrieb essentiell, zwingend notwendig und unabdingbar. Weiter wird ausgeführt, dass bei einem allfälligen Wegfall von SR Technics, die Wartungsarbeiten (mittelfristig) z.B. und nach Möglichkeit an Swiss Maintenance delegiert werden müssten. Es sei selbsterklärend, dass eine Monopolstellung gerade am Flughafen Zürich, nicht nur den Kunden B [...] benachteiligen würde.²⁵⁴

226. Für den Kunden C [...] hätte ein abrupter Wegfall von SR Technics erhebliche Implikationen für deren Luftnetzwerk und Kundendienst da SR Technics zur Zeit *line maintenance*-Dienstleistungen an mehreren Standorten erbringe. Dasselbe wäre im Falle eines sich abzeichnenden Wegfalls der Fall. [...] Es würde wenige oder keine andere Organisationen [...] an den relevanten Standorten geben. SR Technics würde seit mehreren Jahren, in Bezug auf die Pünktlichkeit und die Zuverlässigkeit, hervorragende sowie professionelle und zuverlässige Dienstleistungen für den Kunden C [...] erbringen.²⁵⁶

227. [...] ²⁵⁷

228. Der Wettbewerber Z [...] biete keine Services für andere Airlines an und bewirtschafte einzig die eigene Flotte. Er würde einen kleinen Bruchteil an Services von SR Technics beziehen, dies hauptsächlich da der Transport Zeit und Kosten in Anspruch nehmen würden. Der Wettbewerber Z [...] würde Synergien mit SWISS und Edelweiss sehen und allenfalls die Möglichkeit, diese Services selber aufzubauen und anbieten zu können.²⁵⁸

229. Der Kunde D [...] meldet, dass er im Falle eines Ausfalls von SR Technics mit dem head office [...] Rücksprache nehmen müsste um zu klären, ob allenfalls die Swiss line maintenance oder jemand anderes die Wartungsarbeiten übernehmen könne.²⁵⁹

230. Der Kunde E [...] antwortet, dass er im Falle eines Wegfalls von SR Technics Offerten bei anderen *line maintenance*-Dienstleistern anfragen würde. Er fügt an, dass ihm in Genf nur Jet Aviation [...] bekannt sei, dass dieses Unternehmen jedoch nicht die nötigen Qualifikationen und Autorisierungen, habe, um die Flugzeugtypen des Kunden E [...] warten zu können. In Zürich sei dem Kunden E [...] kein anderes Unternehmen bekannt, dass die benötigten Flugzeugtypen [...] warten könne.²⁶⁰

Einschätzung der Marktbefragung

231. Zusammenfassend kommen durch diese Marktbefragung folgende Erkenntnisse zum Tragen:

- Eine kurzfristige Übernahme der *line maintenance*-Dienstleistungen durch andere Anbieter [...] ist als machbar zu bewerten.
- Dies gilt insbesondere für Flugzeugtypen, die schon im bestehenden Portfolio des MRO-Anbieters vorhanden sind.
- Dies gilt insb. auch für inländische und europäische Fluggesellschaften.
- Der «Homebase»-Standort Genf von easyJet in der Schweiz stellt eine Herausforderung dar. Lösungen, insb. bei Mitarbeiterübernahme, scheinen im Bereich des Möglichen zu liegen, insb. darum, weil in den nächsten Monaten nicht mit einer vollen Kapazitätsauslastung sowohl auf Seiten von easyJet als auch auf Seiten der MRO-Dienstleister zu rechnen ist.

²⁵⁰ Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁵¹ Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁵² Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁵³ Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁵⁴ Antworten Kunde B [...] vom 22.6.2020.

²⁵⁵ Vgl. etwa <<https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/sicherheit/inter-nationales/technische-abkommen.html>> für Akronym-Erklärungen und für weitere Informationen zu den technischen Abkommen der Schweiz mit anderen Staaten (22.6.2020).

²⁵⁶ Antworten Kunde C [...] vom 22.6.2020.

²⁵⁷ Antworten Kunde C [...] vom 22.6.2020.

²⁵⁸ Antworten Wettbewerber Z [...] vom 22.6.2020.

²⁵⁹ Antworten Kunde D [...] vom 23.6.2020.

²⁶⁰ Antworten Kunde E [...] vom 26.6.2020.

- Weitere Kunden wie C und E [...] haben sehr spezifische Bedürfnisse (insb. aufgrund der Flugzeugtypen). Bei Kooperation der ausländischen Behörden [...] sind hier auch kurzfristige Lösungen möglich. Andere MRO-Dienstleister, wie z.B. die Lufthansa Technik, führen diese Flugzeugtypen in ihrem Portfolio. Sie scheinen auch sehr flexibel in der Aufstellung ihres Angebots an verschiedenen Örtlichkeiten zu sein.²⁶¹
- Es ist auch festzustellen, dass die von SR Technics benötigten Dienstleistungen in den nächsten Monaten weiter nicht auf dem üblichen Niveau zu liegen kommen werden, was Flexibilität auf Seiten der MRO-Dienstleister bei der allfälligen, möglicherweise auch nur vorübergehenden, Übernahme des SR Technics-Dienstleistungsvolumens bedeuten würde. So hat [...].²⁶²
- Bei Wegfall von SR Technics ist nicht notwendigerweise von einer erhöhten Marktkonzentration auszugehen, da es durchaus möglich sein könnte, dass weitere Wettbewerber auch aus dem grenznahen Ausland potenziell in der Schweiz im Bereich der *line maintenance* tätig werden könnten. Zumindest ist von einer im Mindesten spürbaren potenziellen Konkurrenz auszugehen.

232. Insgesamt kommt daher die WEKO zum Schluss, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine auch kurzfristige Angebotssubstituierbarkeit weitgehend möglich ist. Die Notwendigkeit der Massnahme, insb. weil SR Technics vorwiegend für das Passagierfluggeschäft wichtig und ohne besondere Relevanz für den Hub-Flughafen Zürich ist, kann daher nicht endgültig als gegeben erachtet werden.

Zwischenfazit

233. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen hat die WEKO starke Zweifel, dass die Massnahme im Hinblick auf einen Beitrag zur Behebung einer erheblichen Störung des Wirtschaftslebens in der Schweiz notwendig ist. Eine endgültige Bejahung der Notwendigkeit kann von der WEKO daher nicht ausgesprochen werden.

C.3.2.2.4 Angemessenheit/Zumutbarkeit der Massnahme

234. In der Lehre und in der Rechtsprechung wird oft auch von «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn» gesprochen. Darunter wird die Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung, bzw. der Zumutbarkeit der Massnahme verstanden.²⁶³

235. Gemäss der klassischen Definition der Angemessenheit bzw. der Zumutbarkeit ist eine Verwaltungsmassnahme, bzw. eine staatliche Handlung, nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den «betroffenen Privaten» bewirkt, wahr.²⁶⁴

236. Vorliegend greift das staatliche Handeln, d.h. die staatliche Beihilfe, nicht in die Freiheit eines Privaten ein, sondern in den Wettbewerb als schützenswerte Institution.²⁶⁵ Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme – vorliegend die Behebung der beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz – und den durch den Eingriff beeinträchtigten

Wettbewerb vergleicht. Der staatliche Eingriff muss durch ein das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb überwiegendes anderes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.²⁶⁶

C.3.2.2.4.1 Beurteilung der Angemessenheit/Zumutbarkeit

237. Das Interesse, welches dem Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb gegenübersteht, liegt, wie vorangehend erwähnt, in der Behebung der beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens in der Schweiz und damit vorliegend an der Aufrechterhaltung der Hub- und Luftfrachtfunktionen, welche eine gewisse systemische Relevanz im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft haben.

238. Zur Beurteilung der Angemessenheit ist es daher zweckvoll, die Konsequenzen der Unterlassung der vorgeschlagenen Beihilfemassnahmen abzuschätzen. Wie in den vorangehenden Kapiteln zur Eignung (Kap. C.3.2.2.2) und zur Erforderlichkeit bzw. zur Notwendigkeit (Kap. C.3.2.2.3) dargelegt wurde, ist deren Vorhandensein im Hinblick auf die Behebung der beträchtlichen Störung des Wirtschaftslebens in der Schweiz vorderhand nicht ersichtlich. Damit kann auch keine Abwägung zur Beeinträchtigung des funktionierenden Wettbewerbs vorgenommen werden bzw. die Beeinträchtigung des funktionierenden Wettbewerbs würde in jedem Fall überwiegen.

239. Aus diesem Grund ist die Zumutbarkeit der vorliegenden Beihilfemassnahme nicht gegeben.

C.3.2.3 Fazit zu Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA

240. Die WEKO erachtet die vorliegend gemeldete Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics als nicht geeignet im Hinblick auf den Beitrag zur Behebung der erheblichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz.

241. Selbst wenn man die Eignung bejahen würde, so hat die WEKO betreffend das Vorliegen der Notwendigkeit der vorliegend gemeldeten Unterstützungsmassnahme zugunsten von SR Technics im Hinblick auf den Beitrag zur Behebung der erheblichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz sehr starke Zweifel.

²⁶¹ Vgl. <<https://www.lufthansa-technik.com/line-maintenance>> Station Capability List Summer Season 2020 (22.3.2020). In diesem Zusammenhang kündigt der Manager Line Maintenance Projects bei Lufthansa Technik, Jörg Reineke, auf dieser Webseite an: «We can set up approved homebase maintenance operations in a very short time – anywhere in the world.»

²⁶² Antworten Wettbewerber Y [...] vom 22.6.2020.

²⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 126, N 555.

²⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn 173), 126, N 556.

²⁶⁵ Das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen rechtfertigt sich durch deren negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt [bzw. den Handel zwischen den Vertragsparteien des LVA], die namentlich aus der Störung der Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb (Wettbewerbsverfälschung) aus der Beeinträchtigung der Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten [bzw. den Vertragsparteien des LVA] und aus der damit verbundenen Behinderung der praktischen Wirksamkeit der Grundfreiheiten folgen. Beihilfen sind wettbewerbsfremd, weil sie begünstigten Unternehmen im Wettbewerb Vorteile verschaffen, die nicht auf eigener Leistung beruhen, MESTMÄCKER/SCHWEITZER in Immenga/Mestmäcker (Fn 102), Einl., Rdnr. 2, 4.

²⁶⁶ Vgl. dazu analoge Ausführungen zum Eingriff in private Interessen, HÄFELIN/MÜLLER (Fn 173), S. 138, N 614 f.

242. Die WEKO erachtet die vorliegenden Beihilfemassnahmen auch als nicht angemessen bzw. als unzumutbar im Hinblick auf den Beitrag zur Behebung der erheblichen Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz.

243. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorliegenden Unterstützungsmassnahmen die Voraussetzungen des Befristeten Rahmens insb. für Beihilfen in Form von Garantien für Darlehen (Kap. C.3.2.1) sowie die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (Kap. C.3.2.2) nicht erfüllen. Sie können folglich gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA nicht als mit dem LVA vereinbar erklärt werden.

C.3.3 Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten gestützt auf die Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien

244. Die EU-Kommission hat eine grundsätzliche Politik, Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten nur auf der Grundlage der Leitlinien für Beihilfen für die Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen²⁶⁷ zu genehmigen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens in Schwierigkeiten gefährdet ist und daher dieses Unternehmen nicht mit Sicherheit zur Verwirklichung eines Ziels des Gemeinwohls beitragen kann, da es möglicherweise bald vom Markt verschwindet. Innerhalb der Analyse auf der Grundlage der Leitlinien für Beihilfen für die Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen werden dann die Wertungen der anderen Instrumente des *soft law* gewürdigt, falls zugleich sichergestellt ist, dass das betreffende Unternehmen durch die Umstrukturierung überlebensfähig bleibt.²⁶⁸

245. So hat die EU-Kommission namentlich die Beihilfe zugunsten der TAP gestützt auf Art. 107 Abs. 3 Bst. c AEUV in Verbindung mit der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinie geprüft und genehmigt.²⁶⁹ TAP befand sich bereits am 31. Dezember 2019 in finanziellen Schwierigkeiten. TAP kam deshalb für eine Förderung nach dem Befristeten Rahmen, der ausschliesslich zur Unterstützung ansonsten rentabler Unternehmen dient, nicht in Betracht. Die Kommission hat die Massnahme daher anhand ihrer Leitlinien für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen geprüft, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, Unternehmen in Schwierigkeiten Beihilfen zu gewähren, sofern die staatlichen Unterstützungsmassnahmen befristet sind, ihr Anwendungsbereich begrenzt ist und sie zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse beitragen.

246. Es scheint vorliegend nicht ausgeschlossen, dass der Bund für die SR Technics eine Unterstützungsmassnahme modelliert, welche den Anforderungen der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien entspricht. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das zu rettende bzw. umzustrukturierende Unternehmen die HNA-Gruppe und nicht die SR Technics ist.

247. Es liegt in der Zuständigkeit des Bundes zu entscheiden, ob er diesen Weg einschlagen und eine Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfe i.S. der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinie (Fn 167)²⁷⁰ für die HNA-Gruppe ausarbeiten möchte. Hierbei sollte auch beachtet werden, dass zur Vereinbarkeit der Beihilfemassnahme mit dem LVA alle unter Ziff. 38 der Rettungs- und

Umstrukturierungsleitlinie erwähnten Kriterien erfüllt sein müssen. Insbesondere haben die Beihilfemassnahmen die Kriterien der Verhältnismässigkeit zu erfüllen. Die dazu notwendigen Voraussetzungen müssen vom Bund dargelegt und nachgewiesen werden (vgl. dazu im Einzelnen Kap. 3.1 ff. der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinie [Fn 83]). In diesem Zusammenhang sollte auch den Bedenken, welche die WEKO vorangehend in Bezug auf die Verhältnismässigkeit angebracht hat (vgl. Kap C.3.2.2) Rechnung getragen werden.

D Kosten

248. Gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG i.V.m. Art. 1 Abs.1 Bst. d der Gebührenverordnung KG (GebV-KG)²⁷¹ erheben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen Gebühren für Gutachten und sonstige Dienstleistungen. Obwohl die vorliegende Beihilfeprüfung kein Verfahren nach dem Kartellgesetz darstellt, beauftragt Art. 103 LFG die WEKO direkt zur Beihilfeprüfung. Diese gilt es als sonstige Dienstleistung gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG einzustufen. Aus diesem Grund ist das vorliegende Verfahren gebührenpflichtig und die GebV-KG anwendbar.

249. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist namentlich gebührenpflichtig, wer sonstige Dienstleistungen nach Art. 1 GebV-KG veranlasst.

250. Die Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics wurde der WEKO vom BAZL zur Prüfung nach Art. 103 LFG i.V.m. Art. 14 LVA unterbreitet. Das BAZL gilt somit als Veranlasser der Beihilfenprüfung. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GebV-KG bezahlen Behörden des Bundes keine Gebühren.

251. Die vorliegende Beihilfeprüfung ist somit nicht gebührenpflichtig.

E Ergebnis

Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

Die gemeldete Unterstützungsmassnahme stellt eine staatliche Beihilfe gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA dar.

- Die Beihilfe kann gestützt auf Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA nicht als mit dem LVA vereinbar erklärt werden.

²⁶⁷ Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien, Fn 167.

²⁶⁸ RUSCHE in Immenga/Mestmäcker (Fn 93), Art. 107 Abs. 3, Rdnr. 59.

²⁶⁹ Pressemitteilung vom 10.6.2020 «Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt Portugals Liquiditätssoforthilfe von 1,2 Mrd. EUR für TAP», <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_1029> (18.6.2020).

²⁷⁰ Gemäss Ziff. 26 der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien (Fn 166) handelt es sich bei Restrukturierungsbeihilfen im Wesentlichen um Beihilfen, die dazu dienen, das Unternehmen während der kurzen Zeit über Wasser zu halten, die für die Erstellung eines Umstrukturierungs- oder Abwicklungsplans benötigt wird. Gemäss Ziff. 27 der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien (Fn 166) handelt es sich bei Umstrukturierungsbeihilfen im Wesentlichen um Beihilfen, die dauerhafter Natur sind und der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des begünstigten Unternehmens auf der Grundlage eines realistischen, kohärenten und weitreichenden Umstrukturierungsplans dienen.

²⁷¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

- Eine Unterstützung zugunsten der SR Technics könnte anhand der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien geprüft werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das zu rettende bzw. umzustrukturierende Unternehmen die HNA-Gruppe und nicht die SR Technics ist. Es liegt in der Zuständigkeit des Bundes zu entscheiden, ob er diesen Weg einschlagen möchte.
- Eine Unterstützung zugunsten der SR Technics könnte gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA angemeldet werden. Eine solche Unterstützung dürfte jedoch den durch den COVID-19-Ausbruch direkt verursachten Schaden nicht überschreiten. Voraussichtlich müssten dafür die Modalitäten der Unterstützung neu verhandelt werden. Die Angaben für eine Beurteilung, ob die geplante Unterstützungsmassnahme die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 Bst. b LVA erfüllt, sind vorliegend nicht vorhanden.

F Annex

Annex 1: Umsatzentwicklung pre- und post-COVID-19-Ausbruch

[...]

Abbildung 4: Verlauf der Umsätze (in CHF Mio.) von SR Technics in den zwei Geschäftsfeldern *engine services* und *component services* in den Monaten um den Jahreswechsel 2018/2019 bzw. 2019/2020. Datenquelle: SR Technics.²⁷²

[...]

Abbildung 5: Verlauf der Umsätze (in CHF Mio.) von SR Technics in den zwei Geschäftsfeldern *aircraft services* und *line maintenance* in den Monaten um den Jahreswechsel 2018/2019 bzw. 2019/2020. Datenquelle: SR Technics.

Annex 2: Ausgestaltung des ring fencing

252. In der Anmeldung Teil 2 wird das ring fencing wie folgt präsentiert:

253. [...]²⁷³; [...]²⁷⁴

254. [...]²⁷⁵

255. [...]²⁷⁶

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

256. [...]²⁷⁷

1. [...].

2. [...].

257. Ergänzend sei gemäss BAZL auf die bürgschaftsbezogenen Auflagen zu verweisen (vgl. Kap. A.3.9.1), welche ebenfalls verschiedene Bedingungen und Auflagen in Bezug auf die Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit in der Schweiz enthielten. Damit würden zusätzliche Messgrössen geschaffen, damit die Mittel aus der staatlichen Beihilfe in der Schweiz zu verwenden seien. Festzuhalten sei in diesem Zusammenhang, dass SR Technics 2019 über 90 % des Umsatzes in der Schweiz

generiert habe, insbesondere im profitablen Geschäftsfeld *engine services*.²⁷⁸

258. [...]²⁷⁹

259. Es obliegt nicht der WEKO zu beurteilen, wie wirksam das vorgeschlagene Ziel des *ring fencing*, d.h. die Sicherstellung, dass die staatliche Beihilfe nur im Rahmen von SR Technics und innerhalb der Schweiz verwendet werden kann, erreicht wird. Festzustellen ist jedoch, dass bei einem allfälligen Mittelabfluss die Zielerreichung der Beihilfemassnahme, nämlich eine beträchtliche Störung in ihrem Wirtschaftsleben der Schweiz zu beheben, in entsprechendem Umfang herabgesetzt würde.

Annex 3: Prüfung der anderen Voraussetzungen des Befristeten Rahmens

Garantieprämie (Ziffer 25 Bst. a)

260. Die Aufteilung der Zinszahlungen und Prämien des Darlehensempfängers zwischen dem Bund und den beteiligten Banken ist in Abschnitt 3 des «Security Agreements»²⁸⁰ (Rz 46), im Detail beschrieben. Gemäss Ziff. 3.4 in Verbund mit Ziff. 1.1 darin, erhält der Bund, solange die Bürgschaft in Kraft ist, folgende Zinszahlungen:

$$0.60 * a * (b - c - d - e) * f$$

Dabei gelten folgende Definitionen:

a: der Nennbetrag [...];

b: die «[...]», [...]²⁸¹ [...]²⁸²;

c: die [...]²⁸³

d: [...];

e: [...];

f: Anzahl Tage der Zinsperiode²⁸⁴ dividiert durch 360.

²⁷² Datenzustellung BAZL vom 20. und 23.6.2020 (20200618_SRT Switzerland AG Revenue comparison BAZL.xlsx bzw. 20200618_SRT Switzerland AG Revenue comparison BAZL_v2.xlsx).

²⁷³ Anmeldung Teil 2, Beilage 2.

²⁷⁴ Anmeldung Teil 2, 6.

²⁷⁵ Anmeldung Teil 2, 6.

²⁷⁶ Anmeldung Teil 2, 7.

²⁷⁷ Anmeldung Teil 2, 7.

²⁷⁸ Anmeldung Teil 2, 7.

²⁷⁹ Anmeldung Teil 2, 7.

²⁸⁰ Anmeldung Teil 2, Beilage 3.

²⁸¹ Anmeldung Teil 2, Beilage 2.

²⁸² Anmeldung Teil 2, 4.

²⁸³ Dieser Zinssatz entspricht dem aktuellen entspricht dem derzeitigen Leitzins der Schweizerischen Nationalbank. Siehe dazu auch Anmeldung Teil 2, Beilage 3, Ziff. 1.1 und 3.1. i.V.m. der Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung), Art. 4 und Art. 20.

²⁸⁴ Die Zinsperiode kann flexibel vereinbart werden (vgl. dazu detaillierter Ziff. 14.1 (b) im «Revolving Credit Facility Agreement», Anmeldung Teil 2, Beilage 2).

261. Die Elemente c, d, und e [...]. Auch wenn die [...] die Laufzeit der Bürgschaft nicht fixiert seien, sei nach Einschätzung des BAZL nicht davon auszugehen, dass die Verzinsung für den Bund unter den massgeblichen des Befristeten Rahmens fallen würde (gemäss Ziffer 25 Bst. a muss die Kreditrisikomarge für Darlehen mit einer Laufzeit von 2 bis 3 Jahren mindestens 100 bps betragen, für eine Laufzeit von 4-6 Jahren mindestens 200 bps). In Bezug auf die Komponenten d und e sei zudem festzuhalten, dass es sich letztlich um separate Kosten handeln würde, welche dem Bund aufgrund der Tatsache anfallen würden, dass man die finanzierenden Banken zwischengeschaltet haben möchte. Diese Kosten würden bei einer direkten Finanzierung durch den Bund nicht anfallen.²⁸⁵

262. Zum letzten Punkt ist anzumerken, dass die Kosten bei einer vollständigen Kreditinanspruchnahme 0.60 * CHF 120 Mio. * [...] = CHF [...] pro Jahr betragen würden, welche der Bund zusätzlich für die Abwicklung des Darlehens über die Banken an ebendiese beisteuern müsste.

263. [...].²⁸⁶

264. In Anbetracht der vom BAZL geltend gemachten sehr geringen Wahrscheinlichkeit des Unterschreitens der Garantiepämie unter 1 % betrachtet die WEKO die Voraussetzung von Art. 25 Bst. b als erfüllt. Ausserhalb des Ermessens der WEKO liegt allerdings, ob die in Rz 100 dargelegte maximale Entschädigung an die Banken für deren Verwaltungsaufwand und deren [...] gerechtfertigt ist. Diese müsste schlussendlich geringer sein als der Aufwand für eine Abwicklung eines Liquiditätsbedarfs durch den Bund selbst.

265. Zudem geht die WEKO davon aus, dass die [...] jenen Kosten entsprechen²⁸⁷, die die Bank für die Absicherung des vorliegenden Bürgschaftsdarlehens zu tragen hat, ansonsten würde eine möglicherweise ungegerechtfertigte Stützungsmassnahme der involvierten Banken erfolgen (vgl. dazu nachfolgend auch Rz 271 ff.).

Zeitpunkt der Garantiegewährung (Ziff. 25 Bst. c)

266. Die Garantie wird mit Unterzeichnung der in Kap. A.3.6 genannten Verträge gewährt. Die Unterzeichnung der Verträge soll im Anschluss an die Beurteilung der WEKO erfolgen, voraussichtlich in der ersten Hälfte Juli 2020 (vgl. Rz 9).

Darlehensbetrag (Ziff. 25 Bst. d)

267. Der Umsatz der SR Technics habe im 2019 CHF [1 - 2] Mrd. betragen, wobei 25 % davon CHF [0 - 500] Mio. entsprechen. Der Personalaufwand von SR Technics habe im 2019 CHF [0 - 500] Mio. betragen, wobei 200 % davon CHF [0 - 500] Mio. entsprechen. Auf dieser Basis ist festzustellen, dass die Kriterien von Ziff. 25 Bst. d. i. und ii. des Befristeten Rahmens erfüllt werden, da ein maximaler Darlehensbetrag von CHF 120 Mio. CHF vorgesehen ist.²⁸⁸

Laufzeit der Garantie und Deckung (Ziff. 25 Bst. f)

Deckung

268. Der Bund deckt mittels Ausfallbürgschaft 60 % des Darlehensbetrags. Nach allfälliger Verwertung der Aktien durch die Banken bei einer Nichterfüllung bzw. eines

Ausfalls (vgl. Rz 50) würden die Verluste anteilig und zu gleichen Bedingungen vom Bund und den beteiligten Banken getragen werden (Rz 49).²⁸⁹

269. Damit sind die Bedingungen von Ziff. 25 Bst. f. erfüllt.

Laufzeit

270. Die Laufzeit der Garantie ist grundsätzlich unbefristet, orientiert sich jedoch zwangsläufig an der Laufzeit des Darlehens, welche rund [...] Jahre (bis [...]) dauert (vgl. Rz 51 f.).

Zusätzliche Voraussetzung für Beihilfen in Form von Garantien über Kreditinstitute

271. Grundsätzlich kommen Beihilfen, die Unternehmen auf der Grundlage des Befristeten Rahmens gewährt werden und die über Banken als Finanzintermediäre fliessen, diesen Unternehmen unmittelbar zugute. Sie zielen nicht darauf ab, die Existenzfähigkeit, Liquidität oder Solvenz der Banken zu erhalten oder wiederherzustellen, können aber für letztere einen indirekten Vorteil darstellen. Aus diesen Gründen sollten bestimmte Vorkehrungen bezüglich der möglichen indirekten Beihilfen zugunsten der Kreditinstitute oder anderer Finanzinstitute getroffen werden, um übermässige Wettbewerbsverfälschungen zu begrenzen.²⁹⁰

272. Ziff. 31 des Befristeten Rahmens²⁹¹ hält dazu Folgendes fest:

«Die Kreditinstitute [...] sollten die Vorteile der öffentlichen Garantien [...] an die Endempfänger so weit wie möglich weitergeben. Der Finanzintermediär muss nachweisen können, dass er anhand eines Mechanismus sicherstellt, dass die Vorteile — in Form umfangreicherer Finanzierungen, riskanterer Portfolios, geringerer Besicherungsanforderungen, niedrigerer Garantieentgelte oder niedrigerer Zinssätze, als ohne solche öffentlichen Garantien oder Darlehen möglich wären — so weit wie möglich an die Endempfänger weitergegeben werden.»

273. In der Anmeldung wird dazu ausgeführt, dass sich die involvierten Banken zu einer Risikoübernahme von maximal 40 % des Darlehensbetrags (CHF 48 Mio.) bereit erklärt hätten. [...]. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass der Zins für den nicht verbürgten Teil des Darlehens marktkonform sei. Für den verbürgten Teil (60 %) falle der gleiche Zins an, dieser werde jedoch in Form eine Bürgschaftsprämie ([...]) an den Bund ausbezahlt. Vor diesem Hintergrund sei das BAZL der Ansicht, dass die vorgesehene Entschädigung der Banken das mit der Gewährung des Darlehens in der Höhe von CHF 48 Mio. CHF verbundene Risiko abdecke. Der aus der Ausfallbürgschaft resultierende wirtschaftliche Vorteil werde an SR Technics weitergeleitet.

²⁸⁵ Anmeldung Teil 2, 5.

²⁸⁶ Anmeldung Teil 2, 5 und Beilage 3, Ziff. 3.2 f.

²⁸⁷ Vgl. dazu die Bestimmungen in Ziff. 3.1 (b) des «Security Agreements», Anmeldung Teil 2, Beilage 3.

²⁸⁸ Anmeldung Teil 2, 4.

²⁸⁹ Anmeldung Teil 2, 4.

²⁹⁰ Befristeter Rahmen (Fn 95, 97-99), Ziff. 8, 28 ff.

²⁹¹ In der Fassung nach der zweiten Änderung des Befristeten Rahmens.

274. Aus obigen Erklärungen folgt, dass die Banken den aus der Garantie resultierenden wirtschaftlichen Vorteil an den Darlehensnehmer «weiterzuleiten» scheinen, bzw. einen solchen nicht erfahren, da die Zinskonditionen das mit einem Darlehen über CHF 48 Mio. verbundene Risiko abdecken.

Annex 4: Verschiedene Aircraft Maintenance Checks

275. Folgende Aircraft Maintenance Checks werden von SR Technics gemäss BAZL durchgeführt.²⁹²

- Pre-Flight Check (PFC): Dieser Check würde vor jedem Flug durchgeführt und bestehe aus einer visuellen Kontrolle des ganzen Flugzeugs. Der PFC werde durch den Piloten oder die Pilotin, oder durch das Instandhaltungspersonal ausgeführt.
- Daily-Check: Dieser Check werde täglich nach dem letzten Flug durchgeführt und bestehe aus einer visuellen Zustandskontrolle des Flugzeugs und der wichtigsten Systeme durch einen zertifizierten Instandhaltungsbetrieb. Die Dauer für dieses Wartungsereignis betrage durchschnittlich 1,5 Personenstunden.
- Weekly Check: Dieser Check werde einmal pro Woche durchgeführt und bestehe aus einer visuellen Zustandskontrolle des Flugzeugs (innen und aussen) und der Systeme durch einen zertifizierten Instandhaltungsbetrieb. Die Dauer für dieses Wartungsereignis betrage durchschnittlich 2 Personenstunden zusätzlich zum Daily Check.
- A-Check: Dieser Check sei bei 700 Flugstunden fällig, wobei visuelle Zustandskontrollen, Funktionstests, Servicearbeiten (Schmierer der Fahrwerke etc.) und notwendige Reparaturen von einem zugelassenen Instandhaltungsbetrieb ausgeführt würden. Die Dauer für dieses Wartungsereignis betrage durchschnittlich 85 Personenstunden und könne bei entsprechenden Personalressourcen über Nacht bewältigt werden.
- C-Check: Dieser Check sei jeweils nach Ablauf von 18 Monaten fällig, wobei eingehende Zustandskontrollen und Systemtests ausgeführt würden. Er beinhalte typischerweise Servicearbeiten, Reparaturen, Wechseln von Komponenten und kleinere Modifikationen. Der Check werde von einem zugelassenen Instandhaltungsbetrieb durchgeführt und daure durchschnittlich 8 bis 10 Tage bei 2000 bis 3500 Personenstunden.
- P-Check (Progressiver Check): Es handle sich dabei um eine von easyJet verwendete Inspektionsart, welche alle Auflagen des A- und C-Checks beinhalte und diese über einen Zeitraum von 6 Jahren in 32 einzelne, gleich grosse Checks (P-Checks) verteile. So könnten diese Checks jeweils in der Nacht während der Nachtflugsperrung durchgeführt werden. Der Check werde von einem zugelassenen Instandhaltungsbetrieb durchgeführt und daure durchschnittlich 85 Personenstunden.

²⁹² Anmeldung Teil 1, 4 f.

B 3
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3 **1. Arrêt du 30 octobre 2019 Dargaud (Suisse) SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français**

Décision attaquée devant le Tribunal fédéral

Arrêt B-3938/2013 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 en l'affaire Dargaud (Suisse) SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, autorité inférieure. Objet: Cartels – sanction. Marché du livre écrit en français.

Faits:

A.

A.a Dargaud (Suisse) SA (ci-après: la recourante) est une société anonyme de droit suisse. Elle fait partie du groupe Media Participations (ci-après: le groupe MP) qui rassemble plusieurs sociétés - dont la société Dargaud sise en France (ci-après: Dargaud FR) - actives au niveau de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français, notamment de bandes dessinées, de livres pour la jeunesse et de livres religieux. En particulier, le groupe est actif dans la diffusion en France et en Belgique au travers de sa filiale Media Diffusion, ainsi que dans la distribution en France au travers de sa filiale MDS et en Belgique au travers de sa filiale DLS. Quant à la recourante, elle est chargée de la diffusion et de la distribution des livres du groupe et d'éditeurs tiers sur le territoire suisse; son capital-actions est détenu à [...] % par Dargaud FR, elle-même détenue à [...] % par la société Media Participations Paris SA, laquelle chapeaute les différentes entités du groupe MP. La recourante est rattachée au pôle « édition » dudit groupe; son objectif est notamment d'accroître les parts de marché des éditions du groupe MP en Suisse.

A.b La recourante diffuse et distribue en Suisse les ouvrages des éditeurs du groupe MP ainsi que d'éditeurs tiers. Il y a lieu de répertorier quatre types de relations commerciales:

- le premier type de relations commerciales lie la recourante aux éditeurs appartenant au groupe MP (ci-après: les éditeurs MP);
- le deuxième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, mais qui ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages à la société Media Diffusion, laquelle a, à son tour, chargé la recourante de la distribution et de la diffusion de ceux-ci sur le territoire suisse (ci-après: les éditeurs Tiers-MP);
- le troisième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui n'ont pas confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France et en Belgique

à la société Media Diffusion, mais qui ont confié la diffusion et la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante (ci-après: les éditeurs Tiers-Dargaud);

- le quatrième type de relations commerciales lie la recourante avec des éditeurs/distributeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui ont confié la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante, mais non leur diffusion (ci-après: les éditeurs/diffuseurs en distribution pure).

A.c Les contrats conclus entre la recourante et ses partenaires commerciaux confient une exclusivité à celle-ci. Huit types de clauses contractuelles sont répertoriés à cet effet. Il s'agit des clauses suivantes:

Clause A:

« 1.1 [L'éditeur] confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que [la recourante] déclare parfaitement connaître [nda: dans quelques contrats, "déclare connaître"].

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages de [l'éditeur] en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

Clause B:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.

[La recourante] s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.

De même, [l'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

Clause C:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.

[L'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée. Toutefois, [l'éditeur] a la possibilité d'acquérir des albums avec une remise de [...] % sur prix public suisse hors taxe afin d'en offrir dans un cadre promotionnel ».

Clause D:

« 1.1 MEDIA DIFFUSION confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [éditeur tiers] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [éditeur tiers] dont la diffusion-distribution est confiée à MEDIA DIFFUSION dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

Clause E:

« [L'éditeur] confie [à la recourante], pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et mettra tout en oeuvre pour que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

Clause F:

« [L'éditeur] confie [à la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A [le territoire suisse] des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée [à la recourante] ».

Clause G:

« [L'éditeur] accorde à [la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution, sur le territoire de la Suisse, des albums et livres qu'il édite en langue française ».

Clause H:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite ».

B.

B.a Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des détaillants ont fait apparaître que les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix était élevé en Suisse.

B.b D'entente avec le Président de la Commission de la concurrence (ci-après: la Comco ou l'autorité inférieure), le secrétariat a ouvert, le 13 mars 2008, une enquête dans le but d'examiner l'existence éventuelle d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs concernés - parmi lesquels figurait la recourante - par un courrier leur indiquant les principaux éléments susceptibles de constituer un abus de position dominante et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et la Feuille fédérale du 29 avril 2008 (FF 2008 2582). L'enquête a été réalisée en collaboration avec la Surveillance des prix, qui a participé à l'élaboration et à l'évaluation des questionnaires destinés aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants.

B.c Le 2 mars 2011, le secrétariat a étendu l'enquête, de concert avec le Président de la Comco, à l'examen de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels; cette extension a également fait l'objet d'une communication aux parties concernées ainsi que d'une publication dans la FOSC et la Feuille fédérale du 22 mars 2011 (FF 2011 2391).

B.d Le 18 mars 2011, le Parlement a adopté la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (ci-après: la loi sur le prix du livre), contre laquelle un référendum a été lancé. L'adoption de cette loi et la perspective d'une votation populaire ont amené le secrétariat, en application du principe de l'économie de la procédure, à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre. L'enquête a ainsi été reprise le 22 mars 2012 et les diffuseurs-distributeurs ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec les fournisseurs.

C.

C.a Le 14 août 2012, le secrétariat a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante avait participé à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après: l'ASDEL) ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tables. De même, la recourante avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il a considéré que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et a ainsi proposé à la Comco d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente au moyen, notamment, de tables et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise basé sur un prix pu-

blic final pour la Suisse. De même, il a prescrit de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché concerné et de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou encore d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution. Finalement, il a proposé de sanctionner la recourante et de mettre à sa charge une partie des frais de procédure.

C.b Le secrétariat a imparti à la recourante un délai au 13 septembre 2012 pour se déterminer sur la proposition de décision du 14 août 2012. Dit délai a été prolongé une première fois jusqu'au 12 octobre 2012, étant précisé qu'une seconde prolongation ne serait pas admise. Par courrier du 9 octobre 2012, la recourante a sollicité une deuxième prolongation de 30 jours, invoquant l'impossibilité de réunir, à l'échéance précitée, l'ensemble des éléments utiles à ses déterminations sur la proposition de décision. Le secrétariat a partiellement accordé dite prolongation et a accordé à la recourante un délai au 19 octobre 2012 pour lui transmettre ses déterminations.

C.c Le 19 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012. Elle a tout d'abord invoqué que le refus du secrétariat de lui accorder une seconde prolongation de 30 jours constituait une violation de son droit d'être entendu. Elle a ensuite décrit les caractéristiques spécifiques du marché en cause, à savoir la grande diversité des maisons d'édition et la quantité très élevée d'ouvrages disponibles sur un marché très influencé par la France, où la loi Lang restreint la concurrence. Elle a également détaillé la structure et les activités du groupe MP puis a décrit sa pratique de prix en Suisse, notamment l'utilisation d'une table déterminant le prix suisse en convertissant, sur la base du taux de change majoré d'environ [...] point, le prix français fixé en euro. A ce propos, elle a précisé que les détaillants suisses bénéficiaient généralement d'une remise oscillant entre [...] % et [...] %. Elle en a déduit que sa politique raisonnable en matière de prix avait induit de faibles possibilités d'arbitrage et un renoncement volontaire des détaillants à procéder à des importations parallèles. En définitive, elle a réfuté être partie à tout accord illicite au sens des art. 4 al. 1 et 5 de la loi sur les cartels. Elle a dès lors requis la clôture de l'enquête à son encontre sans suite de frais.

C.d L'autorité inférieure a procédé, entre le 26 novembre 2012 et le 10 décembre 2012, à l'audition de la recourante et des autres parties à la procédure. En particulier, elle a entendu le directeur général de Payot, la responsable de la Librairie A. _____ et présidente des librairies au sein de l'ASDEL ainsi que l'administrateur d'OLF.

D.

D.a En date du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a rendu une décision à l'encontre de la recourante et de neuf autres diffuseurs-distributeurs, dont le dispositif est le suivant:

« 1. *Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart:*

- 1.1 *Albert le Grand S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.2 *Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.3 *Diffulivre S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.4 *Diffusion Transat SA pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.5 *Editions Glenat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.6 *Interforum Suisse SA pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.7 *Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.8 *Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.9 *OLF SA pour un montant de [...] francs suisses;*
- 1.10 *Servidis SA pour un montant de [...] francs suisses.*
2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA 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;*
3. *Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure;*
4. *Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération;*
5. *Notifie la présente décision à [...] ».*

En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels. Elle a estimé que les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies dans la mesure où le système de distribution mis en place cloisonnait la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse. De plus, elle a considéré que la concurrence intermarques et intramarque n'était pas apte à renverser celle-ci. Toutefois, dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption, elle a relevé que dit système de distribution avait notablement affecté la concurrence tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif sans qu'un

motif d'efficacité économique ne l'ait justifié (art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les cartels).

D.b L'autorité inférieure a tout d'abord retenu que la loi sur les cartels s'appliquait en l'espèce. D'une part, la recourante avait été active dans le processus économique du livre écrit en français et son comportement avait restreint la concurrence en Suisse. D'autre part, la loi Lang qui réglemente, en France, le prix du livre ne devait pas être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les cartels. Nonobstant le rejet, par le peuple, de la loi sur le prix du livre, l'autorité inférieure a précisé que celle-ci n'aurait pas été assimilée à une prescription réservée, dès lors qu'elle ne concernait pas les approvisionnements.

D.c Elle a rappelé que les activités de diffusion et de distribution devaient être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Si les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs, les distributeurs se chargent des tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvriraient notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le *picking*, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients.

D.d Elle a ensuite examiné le système de distribution de la recourante, soulignant que celle-ci était active aussi bien en tant que diffuseur que distributeur. Elle a constaté que, durant la période visée, la recourante ne contestait pas que les relations contractuelles avec les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs en distribution pure devaient être qualifiées d'accords en matière de concurrence. De même, elle a considéré que les clauses contractuelles B et C constituaient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels. D'une part, elles obligeaient les partenaires commerciaux en amont à prendre des mesures afin de faire respecter l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse. D'autre part, la recourante s'engageait elle-même à prendre des mesures afin d'empêcher la vente des ouvrages confiés hors du territoire suisse. Selon l'autorité inférieure, ces clauses attesteraient que le système de distribution des livres écrits en français se fondait sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives. Elle en a déduit que les partenaires intragroupes devaient prendre des mesures au sein, mais aussi à l'extérieur du groupe, afin de protéger l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse. En raison de leurs effets externes, ces accords ne pouvaient dès lors pas bénéficier du privilège de groupe, même s'ils liaient différents membres du groupe MP.

Se fondant sur les expériences des diffuseurs-distributeurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure a retenu que les accords en cause étaient des accords de distribution qui prévoyaient une attribution de territoire au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels; la suppression de la concurrence efficace devait dès lors être présumée. Elle a exposé que le système de distribution exclusive mis en place avait permis une traçabilité des flux et empêché les ventes passives. De même, elle a estimé que le droit de retour - soit l'opportunité offerte aux détaillants de retourner les ouvrages invendus - n'avait fonctionné en l'espèce qu'en raison d'un régime prohibant les ventes passives, dont il était le corollaire. Elle a encore relevé que le procès-verbal du 25 mai

2005 - relatant une discussion du 11 mai 2005 au sein de l'ASDEL sur les dangers des importations parallèles - démontrait la volonté commune des diffuseurs-distributeurs d'empêcher les ventes passives. Finalement, elle a considéré que les relations commerciales entre les éditeurs et les distributeurs français n'avaient pas à être examinées plus avant - en particulier, si elles contenaient une interdiction de livrer en Suisse - les éléments au dossier étant suffisants pour constater que le système de distribution en cause empêchait les ventes passives.

D.e Examinant un éventuel renversement de la présomption, l'autorité inférieure a défini le niveau « *wholesale* » comme étant le marché de référence principal car il était directement visé par les accords d'attribution de territoire. Elle a néanmoins admis que le comportement des consommateurs finals influençait dans une certaine mesure celui des détaillants; en particulier, elle a laissé indécise la question de savoir si le commerce électronique apparaissait du côté de l'offre au niveau « *retail* » et a nié qu'il faisait partie du marché de référence au niveau « *wholesale* ». Sur la base de l'examen de la concurrence intramarque, elle a conclu que des possibilités d'arbitrage avaient existé de manière systématique durant la période de l'enquête tant sur les prix que sur d'autres paramètres; celles-ci auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants. Elle a toutefois constaté que ces derniers n'avaient pas été en mesure de les exploiter, à tout le moins insuffisamment pour générer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Le système de distribution mis en place par ceux-ci ayant, dans une large mesure, empêché les importations parallèles, il y avait lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La Comco a relevé la forte différenciation du produit, la stabilité des parts de marché et les grandes difficultés d'entrée sur le marché en raison des droits d'édition. Elle en a déduit une concurrence intermarques très limitée. Enfin, elle a retenu la très faible pression concurrentielle des éditeurs ainsi que l'absence de capacité disciplinante des détaillants. Dans ces conditions, elle a conclu au non-renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

Subsidiairement, l'autorité inférieure a indiqué que les accords en cause seraient illicites quand bien même la présomption devait être renversée. Elle a noté que le système de distribution exclusive mis en place par la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs avait reposé sur des clauses prohibant les ventes passives de sorte qu'elles avaient, sur le plan qualitatif, notablement affecté la concurrence. Par ailleurs, 95 % du marché suisse étant soumis à un système de distribution interdisant les ventes passives, la concurrence était d'un point de vue quantitatif également affectée de manière notable. Finalement, elle a rejeté toute justification pour des motifs d'efficacité économique.

D.f Enfin, la Comco a retenu que le comportement illicite décrit ci-dessus était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés durant les années 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à [...] francs, à savoir 4 % du chiffre

d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 50 %.

E.

E.a Le 11 juillet 2013, la recourante a formé recours contre la décision du 27 mai 2013. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision de l'autorité inférieure soit réformée en ce sens que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée sont annulés et que la procédure est classée sans suite à son encontre, les frais de la procédure étant mis à la charge de la Confédération. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée et au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants.

E.b A titre liminaire, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels et de son droit d'être entendu. Elle estime que la décision du 27 mai 2013 diverge substantiellement de la proposition de décision du 14 août 2012 que le droit de se prononcer sur celle-ci a de fait été inexistant. Elle indique ensuite que l'autorité inférieure a utilisé à charge des éléments recueillis entre le 14 août 2012 et le 27 mai 2013 sans qu'elle n'ait pu préalablement en prendre connaissance et, le cas échéant, faire valoir des observations. La recourante reproche également à cette dernière de lui avoir refusé une seconde prolongation de délai de 30 jours pour prendre position sur la proposition de décision du 14 août 2012. Finalement, elle fait grief à l'autorité inférieure d'avoir violé l'art. 28 de la loi fédérale sur la procédure administrative en retenant, à son désavantage, une tablette et des conditions de vente d'autres diffuseurs-distributeurs couvertes par le secret d'affaires et auxquelles elle n'a, par conséquent, pas eu accès.

E.c Invoquant le principe *in dubio pro reo*, la recourante fait valoir que les indices recueillis par l'autorité inférieure ne pouvaient emporter la pleine conviction de celle-ci quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence. Par ailleurs, se prévalant du privilège de groupe, elle conteste tout accord en matière de concurrence en ce qui concerne ses relations contractuelles avec des entités du groupe MP et considère que le chiffre d'affaires réalisé par l'intermédiaire de celles-ci ne peut pas être inclus dans le calcul d'une éventuelle sanction, étant précisé que [...] % du chiffre d'affaires lié à son secteur diffusion est réalisé avec des éditeurs MP ou des éditeurs Tiers-MP et [...] % seulement avec des éditeurs Tiers-Dargaud. Elle allègue également sur ce point que la clause B, jugée illicite par l'autorité inférieure, n'existerait que dans un seul contrat avec des éditeurs MP ou Tiers-MP (contrat E.A. _____), lequel représenterait en 2012 seulement [...] % du chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs MP ou Tiers-MP. Quant à la clause C, elle ne serait présente que dans le contrat conclu avec E.B. _____ (éditeur Tiers-Dargaud), grâce auquel elle a réalisé un chiffre d'affaires de [...] francs en 2012.

E.d La recourante considère ensuite que l'autorité inférieure a retenu à tort une présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Selon elle, le terme « exclusivité » utilisé dans les clauses litigieuses n'implique pas une interdiction des ventes passives. Aussi, l'autorité infé-

rieure devait prouver que le contenu des accords comportait une interdiction des ventes passives; or, elle ne serait pas parvenue à le faire.

Concernant les effets anticoncurrentiels desdits accords, la recourante soutient qu'il ne peut être constaté que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période de l'enquête. En application de ses tables, la différence de prix brut entre la Suisse et la France aurait oscillé, selon les remises octroyées aux détaillants, entre [environ 5] % et [environ 10] %. Or, Payot aurait estimé à 10 % les coûts incompressibles induits par des importations parallèles. La recourante souligne, par conséquent, qu'un certain nombre de détaillants n'ont pas jugé intéressant de procéder à des importations parallèles. De plus, elle estime que l'autorité inférieure n'a pas suffisamment examiné les possibilités d'arbitrage sur les services et l'attrait que représente pour les détaillants un diffuseur-distributeur implanté en Suisse. En particulier, elle fait valoir que les déclarations des détaillants sont générales et ne se rapportent pas précisément à elle.

De même, la recourante explique que les clauses litigieuses ne restreignent pas la liberté d'action du distributeur, mais imposent uniquement au producteur - à savoir l'éditeur - de prendre toutes les mesures utiles afin de faire respecter l'exclusivité de celui-là. Ainsi, elle soutient que les clauses litigieuses ne visent pas à interdire les ventes passives. Encore faut-il, selon elle, que l'éditeur prenne des mesures avec ses distributeurs étrangers afin que ceux-ci s'interdisent de vendre en Suisse. Or, sur ce point, l'autorité inférieure n'aurait rien établi. Bien plus, les éditeurs, dont elle se charge de la distribution, n'ont jamais pris de telles mesures, comme le confirment les attestations de trois maisons d'édition produites au dossier. Elle estime donc que l'interprétation que l'autorité inférieure fait des clauses contractuelles est erronée. En outre, elle réfute que le droit de retour octroyé aux détaillants ait nécessairement pour corollaire le cloisonnement du marché suisse et que les discussions, auxquelles elle a pu participer au sein de l'ASDEL, soient un indice d'une entrave aux importations parallèles. En définitive, elle en déduit que faute d'éléments concrets prouvant sa participation à un régime de distribution exclusive prohibant les ventes passives, l'autorité inférieure ne pouvait pas conclure que les conditions de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies.

E.e S'agissant du marché de référence, la recourante fait valoir que la vente électronique de livres imprimés a concurrencé de manière importante les détaillants ainsi que les diffuseurs-distributeurs. Au sujet de la concurrence intermarques et intramarque, elle se plaint notamment de ce qu'il n'a pas été tenu compte de la particularité du marché de la bande dessinée, des faibles possibilités d'arbitrage et de la force disciplinante de la FNAC Suisse (ci-après: la FNAC) et Payot.

E.f Subsidiairement, elle souligne qu'il n'est pas possible de lui imputer un comportement illicite puisqu'une éventuelle restriction des ventes passives ne serait pas de son fait, mais de celui des diffuseurs-distributeurs français. De même, elle n'a été informée du caractère éventuellement illicite de son système de distribution qu'en cours d'enquête, celle-ci ayant débuté en relation avec

un abus de position dominante quant au prix du livre. En outre, elle considère que le montant de base de la sanction retenu par l'autorité inférieure est erroné dès lors qu'il n'a pas été arrêté sur la base des trois derniers exercices et qu'il n'a pas été fait de distinctions entre la part du chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs MP, Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure. De même, elle estime que la sanction ne tient pas compte du fait qu'elle n'a réalisé aucun profit significatif sur le marché pertinent. En dernier lieu, la recourante se plaint du manque de motivation relatif aux frais de procédure mis à sa charge.

F.

Le 20 novembre 2013, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle y conclut au rejet de celui-ci sous suite de frais. Elle conteste tout d'abord avoir violé l'art. 30 al. 2 de la loi sur les cartels, estimant que la recourante a pu se déterminer de manière complète sur les principes de base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 de la loi sur les cartels qui lui est reprochée. Partant, elle estime qu'elle-même ou le secrétariat n'était pas tenu de rédiger une nouvelle proposition de décision. De même, elle indique que la recourante n'avait aucun droit à obtenir une seconde prolongation de délai, ce dont elle avait été dûment informée. Ce nonobstant, elle considère qu'un délai de 70 jours octroyé à la recourante pour faire part de ses observations était suffisant. Elle rappelle également que la recourante a de nouveau pu se déterminer sur la proposition de décision lors de son audition du 3 décembre 2012. S'agissant de la prétendue violation de l'art. 28 de la loi sur la procédure administrative, elle fait valoir que le contenu essentiel des pièces couvertes par des secrets d'affaires a pu être compris de la recourante par la motivation de l'acte entrepris.

Cela étant, l'autorité inférieure souligne avoir fondé sa décision sur de nombreux éléments qui ont apporté la pleine preuve du comportement incriminé. Elle réfute dès lors avoir violé le principe *in dubio pro reo*. Elle rappelle notamment que les clauses litigieuses ont produit des effets en dehors du groupe. A ce titre, elles ne peuvent bénéficier du privilège de groupe. Elle précise également avoir démontré l'existence d'un accord interdisant les ventes passives ainsi que les effets de celui-ci, indiquant que les déclarations des détaillants valaient pour tous les diffuseurs-distributeurs. En outre, elle estime que les attestations des trois maisons d'édition produites par la recourante, vraisemblablement à la demande de celle-ci, n'ont pas de force probante. Elle fait encore valoir que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels s'applique quand bien même la clause litigieuse ne prévoit pas directement une obligation pour le distributeur, le critère essentiel étant l'exclusion des ventes passives visée par les accords.

Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle considère avoir suffisamment tenu compte de la vente électronique de livres imprimés dans le cadre de l'analyse de la pression concurrentielle, faisant valoir que les prix avantageux des livres vendus par ce biais bénéficient aux consommateurs finals, mais qu'il ne s'agit en aucun cas d'une source d'approvisionnement crédible pour les détaillants.

Quant à l'appréciation de la concurrence intramarque et intermarques, elle renvoie à sa décision. Elle estime que les détaillants n'ont pas été en mesure d'exploiter une quelconque possibilité d'arbitrage, la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs ayant cloisonné le marché suisse. Elle considère dès lors que la sanction ainsi que le calcul de celle-ci sont justifiés et conformes à la loi. Il en va de même pour les frais de procédure mis à la charge de la recourante.

G.

Le 12 février 2014, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 11 juillet 2013 ainsi que les griefs formulés. Concernant le droit d'être entendu, elle souligne que ce vice de procédure ne peut pas être guéri par la présente procédure de recours. Elle rappelle ensuite que les contrats conclus entre des entités du même groupe ne peuvent pas être qualifiés d'accords en matière de concurrence. De même, elle fait valoir que les clauses litigieuses ont visé à garantir l'exclusivité du distributeur, mais n'ont pas restreint les importations parallèles. S'agissant des effets, elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir surévalué les possibilités d'arbitrage existantes. La recourante maintient également que la seule obligation de faire respecter l'exclusivité n'est pas contraire à l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Elle se prévaut également d'une pression disciplinante des détaillants, dont il n'a pas été suffisamment tenu compte dans la décision attaquée. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir complètement dissocié le marché « *wholesale* » du marché « *retail* », si bien que les effets du commerce électronique de livres imprimés n'ont pas été correctement examinés. Sur ce point également, elle conteste que différents livres ne puissent être substituables l'un à l'autre. Très subsidiairement, elle allègue enfin que son système de distribution est justifié par des motifs d'efficacité économique.

H.

Le 23 avril 2014, l'autorité inférieure a transmis sa duplique. Elle maintient ses conclusions et ses arguments quant aux griefs invoqués. Elle précise notamment qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la participation de la recourante à un système de distribution excluant les ventes passives, mais que les arguments développés par celle-là démontrent bien l'existence de celui-ci.

I.

Par ordonnance du 28 mai 2014, le tribunal a invité les parties à se prononcer sur une éventuelle suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les procédures Gaba International AG, respectivement Gebro Pharma GmbH, contre Comco (ci-après: Gaba/Gebro) pendantes devant le Tribunal fédéral.

J.

Par écritures du 17 juin 2014, la recourante a fait part de ses remarques sur la duplique de l'autorité inférieure. Confirmant les conclusions de son recours, elle y réaffirme la prépondérance des relations intragroupes dans ses activités commerciales. En outre, elle revient plus précisément sur le calcul de l'écart de prix entre la

Suisse et la France et produit des pièces à ce sujet. A titre de mesures d'instruction, elle sollicite du tribunal une audience d'instruction et la mise en oeuvre d'une expertise indépendante en vue d'établir le coût des importations parallèles.

K.

L'autorité inférieure a indiqué, par courrier du 25 juin 2014, que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation de la concurrence avait été établie d'un point de vue quantitatif et qualitatif dans la décision entreprise. Partant, le sort des procédures Gaba/Gebro devant le Tribunal fédéral n'aurait, selon elle, aucune influence sur la présente procédure de recours.

L.

Le 30 juin 2014, la recourante a indiqué s'opposer à une suspension de la procédure. Elle considère que les griefs invoqués à l'encontre de la décision n'ont pas de lien direct avec les causes Gaba/Gebro et qu'une suspension prolongerait de façon injustifiée la présente procédure de recours.

M.

Par ordonnance du 23 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la cause et a invité l'autorité inférieure à se déterminer sur la mise en oeuvre de l'expertise sollicitée par la recourante.

N.

Par courrier du 18 août 2014, l'autorité inférieure a conclu au rejet de la réquisition, estimant qu'il avait été établi que des possibilités d'arbitrage avaient existé tant sur les prix que sur les services.

O.

Le 10 septembre 2014, la recourante a maintenu sa requête afin de pallier les lacunes de la décision attaquée.

P.

Le 24 septembre 2014, l'autorité inférieure a renoncé à toute remarque supplémentaire.

Q.

Q.a Le 12 mai 2015, le tribunal a tenu une audience d'instruction sur requête de la recourante. Celle-ci a pu, par l'intermédiaire de ses conseils, poser des questions à ses représentants et à l'autorité inférieure, laquelle a également pu interroger ceux-ci. Les parties ont plaidé la cause. L'autorité inférieure a déposé des notes de plaidoiries séance tenante; la recourante a été invitée à le faire d'ici le 27 mai 2015.

Q.b Par courrier du 27 mai 2015, la recourante a déposé ses notes de plaidoiries.

Q.c Le 29 mai 2015, le procès-verbal de l'audience d'instruction du 12 mai 2015 a été transmis aux parties.

Q.d Par déterminations du 19 juin 2015, l'autorité inférieure a pris position sur les notes de plaidoiries de la recourante. Tout d'abord, elle considère que les déclarations du détaillant D.P._____ mentionnées en au-

dience ne sont pas un fait nouveau. Elle indique ensuite que l'absence de profit n'est pas pertinente tant dans le principe même d'une sanction que dans son calcul, rappelant que l'objet du litige ne concerne pas un accord sur les prix, mais un cloisonnement du marché dont l'existence a été établie. S'agissant de l'absence de demande d'importations parallèles directes ou indirectes, elle prétend qu'en présence de clauses contractuelles claires comme en l'espèce, il appartenait à la recourante de prouver que celles-ci n'étaient pas appliquées ou ne reflétaient pas la volonté des parties. Concernant les ventes en ligne, elle affirme à nouveau qu'Amazon ne fait pas partie du marché pertinent, car elle s'adresse essentiellement aux consommateurs finals. En outre, elle relève que les accords en cause prévoient un système de distribution dont la portée dépasse les seules relations intragroupes et constate une similitude des clauses litigieuses avec celles de l'affaire Gaba/Gebro. Enfin, elle dénie aux attestations des éditions E.C._____, E.D._____ et E.E._____, produites par la recourante, toute force probante et considère avoir apporté la preuve du comportement incriminé.

Q.e Par écritures du 24 juillet 2015, la recourante a déposé ses remarques. D'une manière générale, elle se plaint de ce que l'autorité inférieure ne traite pas d'un certain nombre de griefs liés, notamment, à l'absence de possibilités d'arbitrage et de sollicitation de la part des détaillants suisses, ainsi que du manque d'individualisation de la décision attaquée. Concernant ce dernier point, elle fait valoir que les déclarations de D.P._____ ne la concernent pas contrairement à ce qu'a prétendu l'autorité inférieure en audience. Elle allègue également que son activité de diffusion/distribution ne génère aucun profit ce dont l'autorité inférieure ne tient nullement compte. S'agissant du marché déterminant, elle relève que les ventes en ligne - avec une part de marché en 2012 de 22 % - auraient dû être prises en compte. A ce sujet, elle indique qu'Amazon [...] a pu livrer des clients en Suisse depuis l'étranger sans restriction. Elle conteste également toutes similitudes entre les clauses litigieuses et les clauses relatives à l'affaire Gaba/Gebro, qui interdisaient expressément à un diffuseur étranger de vendre sur le territoire suisse. Enfin, elle réfute toute dépendance des éditions E.C._____ et E.D._____ envers elle.

R.

Le 29 octobre 2019, le tribunal a tenu des débats publics sur réquisition de la recourante. Les parties ont plaidé la cause et déposé leurs notes de plaidoiries séance tenante.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit:

1. Recevabilité

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 A qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la

possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA).

1.2.1 Est particulièrement touché celui qui est atteint de manière directe et concrète par la décision attaquée, avec une intensité plus grande que d'autres personnes et qui se trouve dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3). A un intérêt digne de protection, celui qui a un intérêt juridique ou de fait à ce que la décision soit annulée ou modifiée: cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que la modification ou l'annulation lui apporterait, en lui évitant de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1; arrêt 2C_524/2018 précité consid. 2.3).

1.2.2 La recourante conclut notamment à ce que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée soient annulés. En procédant ainsi, elle conclut à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée à l'encontre des dix diffuseurs-distributeurs condamnés, qu'aucune mesure ne soit prise à leur encontre et qu'il soit renoncé à mettre à leur charge les émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

Dite conclusion est partiellement irrecevable, en tant que la recourante n'a pas d'intérêt à recourir contre les sanctions et mesures prononcées à l'encontre des neuf autres diffuseurs-distributeurs condamnés et n'est pas particulièrement touchée par celles-ci (cf. arrêt du TAF B-364/2010 du 3 décembre 2013 *Hors-Liste Medikamente* consid. 1.2.3).

1.2.3 Partant, la recourante n'a qualité pour recourir que contre le prononcé de la sanction à son égard, les mesures prises à son encontre et sa condamnation au paiement solidaire des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

1.3 La recourante conclut encore à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre.

Il convient, à titre liminaire, de rappeler que le législateur a octroyé aux autorités de la concurrence, en particulier au secrétariat, un grand pouvoir d'appréciation s'agissant notamment de l'opportunité d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart, RS 251]) ou une enquête au sens de l'art. 27 LCart concernant des restrictions à la concurrence (cf. ATF 135 II 60 *Maestro Interchange Fee* consid. 3.1.2; arrêt du TAF B-463/2010 du 19 décembre 2013 *Gebro* consid. 4.1.4; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 26 no 66 ss p. 1271 et art. 27 no 66 ss p. 1310 ss); de plus, l'ouverture d'une enquête ne constitue pas une décision susceptible de recours (cf. arrêt du TAF B-2050/2007 du 24 février 2010 *Swisscom Terminierung* consid. 1.2.3 non publié dans l'ATAF 2011/32). Partant, dès lors que les autorités de la concurrence décident seules de l'opportunité d'ouvrir une enquête, elles décident, le cas échéant, également seules de l'opportunité de classer celles-ci. Ainsi, même en cas d'admission du recours, le

Tribunal administratif fédéral ne peut imposer de classer l'enquête.

Excédant les compétences de l'autorité saisie, la conclusion de la recourante tendant à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre est donc irrecevable.

Le Tribunal limitera ainsi son examen au bien-fondé de la sanction et des mesures prononcées à l'encontre de la recourante.

1.4 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

2. Base légale et objet du litige

2.1 La loi sur les cartels - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart); et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

2.3 Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat prépare

les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1^{re} phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1^{re} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1^{re} phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002, édicté la première communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007, elle-même abrogée par la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après: CommVert), entrée en vigueur le 1^{er} août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après: la note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco (cf. <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019). Dites communications - lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral - sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêts du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 *Altimum* consid. 2.4 et B-506/2010 du 19 décembre 2013 *Gaba* consid. 11.1.7; JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 6 LCart p. 598 ss no 40 ss; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 6 p. 458 no 24 ss).

2.5 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec ses partenaires de distribution en amont des accords attribuant des territoires, alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré notamment que

l'engagement pris par les partenaires de distribution en amont de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée » et le fait que respectivement les détaillants ne pouvaient s'approvisionner directement en France suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution de n'interdirait pas les ventes passives.

Dans le cadre de l'examen des griefs formulés par la recourante, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1^{er} août 2010 (ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2; REYMOND, op. cit., art. 6 LCart p. 617 no 130).

3. Champ d'application de la loi sur les cartels

A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *Swisscom ADSL* consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 *Publigroupe* consid. 4.1). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart; cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472, 535 s. ch. 222.2 [ci-après: message LCart 1995]).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante appartient au groupe MP. Or, lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, - dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres - que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 *SIX Group* consid. 39 ss, B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 et B-2977/2007 *Publigroupe* consid. 4.1; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand,

Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 p. 84 s. no 27-29; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En droit européen, l'absence d'autonomie de la filiale est présumée lorsque celle-ci est détenue à 100 % par sa société mère (cf. arrêt de la CJCE du 10 septembre 2009 C-97/08 Nobel contre Commission, Rec. I-8237 point 60; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9e éd. Oxford 2018, p. 95 s.). Il s'ensuit que la recourante et les sociétés appartenant au groupe MP ne forment qu'une seule et même entité aux yeux de la loi sur les cartels, de sorte que le comportement des différentes sociétés du groupe, y compris de la recourante, peut lui être attribué.

Au surplus, dès lors que l'autorité inférieure prétend que les partenaires de distribution en amont de la recourante lui aurait confié la diffusion ou la distribution pour la Suisse des ouvrages dont ils assurent l'édition ou la diffusion, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse.

Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, la recourante est chargée de diffuser et/ou distribuer les ouvrages qui lui sont confiés; elle entretient ainsi une relation commerciale verticale avec ses partenaires de distribution en amont qui éditent ou diffusent lesdits ouvrages.

Pour le reste, il y a lieu de déterminer s'il existait entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont des accords en matière de concurrence pour la période - délimitée par l'autorité inférieure - s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question présente une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition de l'application de la loi sur les cartels, mais également une prémisse à l'admission d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après (cf. *infra* consid. 5 et 6).

4. Griefs formels

La recourante soulève divers griefs formels en lien avec le droit d'être entendu qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Principalement, elle fait valoir que la décision entreprise diverge à tel point du projet de décision - en particulier, en ce qui concerne la question du privilège de groupe, absente dudit projet, et de l'examen des possibilités d'arbitrage, remanié en sa défaveur - qu'une nouvelle proposition de décision aurait dû lui être notifiée afin qu'elle puisse se déterminer sur ces modifications conformément à l'art. 30 al. 2 LCart (cf. *infra* consid. 4.1). Subsidiairement, elle estime que dite disposition a été vidée de sa substance en tant que l'autorité inférieure ne lui a pas accordé une seconde prolongation de délai (cf. *infra* consid. 4.2). Enfin, elle reproche à l'autorité inférieure de lui avoir opposé, dans la décision attaquée, des pièces couvertes par des secrets d'affaires

sans lui avoir préalablement communiqué le contenu essentiel de celles-ci (cf. *infra* consid. 4.3).

4.1 La recourante invoque une violation de son droit d'être entendu au sens de l'art. 30 al. 2 LCart. Elle conteste d'une part la pertinence de la jurisprudence du Tribunal fédéral, sur laquelle l'autorité inférieure se fonde pour justifier l'absence de nouvelle proposition de décision, dans la mesure où dite jurisprudence porte sur la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10), laquelle ne contiendrait pas de disposition similaire à l'art. 30 al. 2 LCart. En outre, elle estime qu'il est erroné de se fier à la lettre de l'art. 30 al. 2 LCart pour conclure à son inapplicabilité devant la Comco, dès lors que la séparation entre le secrétariat et la Comco ne serait pas aussi nette que le prétend l'autorité inférieure. Elle considère, par conséquent, que cette dernière devait lui soumettre un nouveau projet de décision et lui donner l'opportunité de se prononcer sur celui-ci. A cet effet, elle soulève notamment que la question du privilège de groupe n'aurait pas été traitée dans la proposition de décision attaquée. De même, il existerait des divergences importantes entre la proposition du secrétariat et la décision attaquée, en particulier s'agissant des possibilités d'arbitrage, ce qu'attesterait le fait que la décision attaquée comprend 171 pages, alors que la proposition seulement 92.

L'autorité inférieure estime en substance qu'elle n'était pas tenue de rédiger une nouvelle proposition de décision puisque la recourante s'était déjà prononcée dans sa prise de position du 19 octobre 2012 sur les principes à la base de la décision attaquée, plus précisément sur la violation de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart qui lui est reprochée.

4.1.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1; arrêts du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd. 2013, p. 172 ss no 488 ss).

La procédure administrative fédérale exige de l'autorité qu'elle entende les parties avant de prendre une décision (art. 30 al. 1 PA par renvoi de l'art. 39 LCart). Cette obligation implique qu'elle doit les informer du contenu présumé de la décision qu'elle est appelée à rendre ou, à tout le moins, des éléments essentiels de celle-ci afin de leur permettre de prendre position avant qu'elle ne se prononce (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3, 132 II 485 consid. 3.2, 126 I 7 consid. 2b et 124 II 132 consid. 2b; ATAF 2010/53 consid. 13.1; arrêt du TAF B-3763/2015 du 26 août 2015 consid. 4.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd. 2016, p. 222 no 1011).

En droit des cartels, le droit d'être entendu est élargi, en ce sens que les parties concernées par l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat (art. 30 al. 2 1^{re} phrase LCart) avant que l'autorité inférieure ne rende sa décision (cf. arrêt du TF 2A.492/2002 du 17 juin 2003 Elektra Baselland consid. 3.4). Ce droit porte sur la totalité de la proposition du secrétariat, à savoir sur l'état de fait établi, les considérants juridiques et le dispositif proposé. Il va ainsi plus loin que ce que le droit d'être entendu, découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, prévoit (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.2; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1240 no 13; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1362 no 18 s.). S'agissant toutefois de la suite de la procédure, à savoir une fois le dossier en mains de l'autorité inférieure, seul s'applique - en vertu du renvoi de l'art. 39 LCart aux dispositions de la loi sur la procédure administrative - le droit d'être entendu, tel que garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA, en particulier par l'art. 30 al. 1 PA. Or, le droit d'être entendu ne confère pas à la partie le droit de se déterminer sur chaque résultat possible auquel l'autorité peut envisager d'aboutir. En ce sens, l'autorité n'a pas à soumettre sa motivation aux parties préalablement pour prise de position (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2). L'exercice du droit d'être entendu se limite en général aux faits pertinents. Il ne donne en principe pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique que l'autorité envisage de retenir. Des exceptions sont toutefois réservées, lorsque celle-ci entend se fonder sur des normes juridiques à l'application desquelles les parties intéressées ne peuvent s'attendre, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque l'autorité dispose d'une marge d'appréciation particulièrement grande (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2; arrêts du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007 *Sammelrevers* consid. 7 et 2A.492/2002 précité Elektra Baselland consid. 3.2; arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3). En d'autres termes, si l'autorité inférieure modifie la proposition du secrétariat, compte tenu notamment des prises de positions des parties, il n'en résulte pas un nouveau droit à une prise de position selon l'art. 30 al. 2 LCart, applicable à la seule proposition du secrétariat; une modification de l'argumentation juridique ne constitue en outre pas une violation du droit d'être entendu, dans les limites imposées par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 ss PA (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.2; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 7; arrêts B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4.1.3 et B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 5.2.3; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 no 14).

De plus, si elle le juge utile, l'autorité inférieure peut encore ordonner des mesures d'instruction supplémentaires. Elle peut ainsi procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 *in fine* LCart). Elle peut notamment ordonner l'audition des participants ou de leurs avocats (cf. arrêt du TF 2C_732/2008 du 24 mars 2009 consid. 2.3.3; DUCREY/CARRON, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 no 15 s.; ZIRLICK/TAGMANN, op. cit., art. 30 p. 1369 ss no 47 ss).

4.1.2 En l'espèce, il ressort que la différence principale entre la proposition du secrétariat et la décision de l'autorité inférieure tient de l'abandon des griefs en lien avec l'existence d'accords horizontaux d'attribution de territoires et d'accords verticaux en matière de prix. Cet abandon étant, en définitive, favorable à la recourante, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

Quant à la question du privilège de groupe, il appert que la recourante a soulevé ce grief, pour la première fois, dans sa prise de position suite à la proposition de décision du secrétariat. Partant, c'est à juste titre que l'autorité inférieure y répond dans la décision entreprise. On ne voit guère en quoi cette façon de faire constituerait une violation du droit d'être entendu de la recourante.

De plus, les positions des parties ne divergent pas en ce qui concerne la structure du groupe MP - laquelle relève du fait -, mais divergent en ce qui concerne l'appréciation juridique qu'induit l'existence d'un groupe dans le cadre de l'examen des clauses contractuelles litigieuses. Il ne ressort au surplus pas de la motivation de la décision attaquée que l'autorité inférieure se soit fondée sur une jurisprudence ou une doctrine que la recourante n'aurait pu prévoir.

Quant aux possibilités d'arbitrage, la recourante n'étaye nullement que des faits auraient été pris en compte sans qu'elle n'ait eu l'occasion d'en prendre connaissance. Le fait que la décision attaquée comprenne 171 pages, alors que la proposition de décision n'en comptait que 92, n'est pas à lui seul propre à démontrer que l'autorité inférieure se serait fondée sur des éléments factuels sur lesquels la recourante n'aurait pas pu se déterminer préalablement.

Enfin, il y a lieu de relever que, de manière générale, la décision du 27 mai 2013 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. De plus, l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3; arrêt du TF 2C_622/2012 du 17 juin 2013 consid. 5.3).

Sur le vu de ce qui précède, il ne peut ainsi être reproché à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit d'être entendu de la recourante.

Mal fondé, les griefs de la recourante doivent être rejetés sur ce point.

4.2 La recourante se plaint encore de ce que l'admission très partielle de sa seconde demande de prolongation de délai pour se déterminer sur la proposition de décision du 14 août 2012 constituerait une violation de son droit d'être entendu. Elle fait valoir que l'art. 22 al. 2 PA permet à l'autorité inférieure de prolonger un délai pour des motifs suffisants si la partie concernée en fait la demande avant son expiration; cette disposition donnerait ainsi à l'autorité inférieure un pouvoir d'appréciation dont l'usage est codifié par la pratique et la jurisprudence. Or, la recourante estime que l'autorité inférieure,

en appliquant mécaniquement sa pratique en la matière, n'a pas fait usage de son pouvoir d'appréciation ni n'a procédé à un examen complet des circonstances. Elle considère, en particulier, que son intérêt privé à réunir et produire les éléments lui permettant d'infirmar les conclusions de l'autorité inférieure l'emporte sur l'intérêt public à la célérité de la procédure qui s'est étendue sur plus de quatre ans.

L'autorité inférieure indique avoir informé la recourante dans son courrier du 18 septembre 2012 qu'une seconde prolongation de délai ne serait, en principe, pas accordée. Elle considère que le motif invoqué par la recourante à l'appui de sa deuxième demande de prolongation de délai - à savoir une échéance trop brève pour rassembler de nombreux éléments de fait - n'est pas un motif qualifié au sens de sa pratique. Elle relève, de plus, que la recourante a bénéficié d'un délai de deux mois pour prendre position sur la proposition de décision, délai suffisant à ses yeux, compte tenu des circonstances et que des faits importants pouvaient, au besoin, être allégués tardivement en vertu de l'art. 32 al. 1 PA. Enfin, elle souligne que la recourante a, une nouvelle fois, pu se déterminer sur la proposition de décision lors de son audition du 3 décembre 2012 et a spontanément déposé une prise de position supplémentaire le 24 janvier 2013 (cf. acte 870 du dossier de la Comco [ci-après: l'acte ou les actes]).

4.2.1 L'art. 22 al. 2 PA prévoit que le délai imparti par l'autorité peut être prolongé pour des motifs suffisants si la partie en fait la demande avant son expiration. Selon la jurisprudence, le délai fixé par l'autorité pour permettre aux parties de se déterminer doit être approprié (cf. ATF 138 III 252 consid. 2.2 et ATF 133 V 196 consid. 1.2). La loi sur la procédure administrative ne prévoyant pas de règles relatives à la durée des délais fixés par les autorités, il y a lieu de leur reconnaître une grande marge d'appréciation en ce domaine - ce que la formulation potestative de l'art. 22 al. 2 PA tend également à confirmer s'agissant de la prolongation d'un délai initialement imparti - dans les limites du respect des principes de la proportionnalité et de la bonne foi. Lors de la prolongation d'un délai, l'autorité doit veiller à observer les intérêts des parties tout en écartant les agissements qui auraient pour conséquence de ralentir indûment le cours normal de la procédure; l'autorité décide ainsi en tenant compte de l'objet du litige, des intérêts en cause, des caractéristiques de la procédure et de l'égalité de traitement des parties (cf. arrêt du TF 1A.94/2002 du 2 juillet 2002 consid. 3.1). Afin de garantir cette dernière, l'autorité peut uniformiser sa pratique en établissant des directives ou règlements en la matière. En l'absence de telles mesures, seule une première prolongation de délai, de même durée que celui initialement fixé, est en principe accordée, lorsque le requérant ou son mandataire fait valoir des motifs plausibles, parmi lesquels figurent notamment le service militaire ou civil, la surcharge de travail, les difficultés de communication entre mandant et mandataire, la mort d'un parent proche, la difficulté de l'objet du litige ou un séjour à l'étranger (cf. PATRICIA EGLI, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2016, art. 22 PA p. 478 no 21; URS PETER CAVELTI, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2018,

art. 22 PA p. 349 no 15). Les prolongations de délai supplémentaires sont octroyées pour des durées plus courtes, pour autant qu'une dérogation ne s'impose pas compte tenu de l'existence d'éléments pertinents et imprévisibles. De même, lorsque l'autorité avise expressément une partie qu'elle ne lui accordera pas de prolongation de délai supplémentaire, seule une exception pour des cas d'urgence avérés peut être prise en considération (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.3 à 2.5). En cas de refus de prolongation du délai, l'autorité octroie au requérant un délai de grâce - par définition de courte durée, à savoir généralement de trois jours - en vue de lui permettre de déposer l'acte requis, à moins qu'il n'ait été averti auparavant qu'aucune prolongation de délai supplémentaire ne lui serait accordée et que les motifs avancés à l'appui d'une nouvelle demande sont insuffisants (cf. CAVELTI, op. cit., art. 22 PA p. 350 no 17); en tous les cas, si elle a omis de signaler les conséquences de l'inobservation du délai à la partie, l'autorité est tenue d'accorder un délai de grâce en cas de refus de prolongation de délai (art. 23 PA).

4.2.2 En matière de délais, la Comco a uniformisé sa pratique dans un document intitulé « Note: Délais dans les procédures de droit cartellaire », disponible en ligne (cf. <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019). Il en ressort, en particulier, que le délai indicatif pour se déterminer sur la proposition du secrétariat est de 30 jours (cf. point 12), que la durée maximale de la première prolongation correspond à la durée du premier délai imparti (cf. point 19) et qu'il n'existe pas de droit à une prolongation de délai supplémentaire, celle-ci n'étant accordée que de manière très restrictive pour des motifs de force majeure (cf. point 21) et pour une durée fixée selon les circonstances du cas d'espèce.

4.2.3 En l'espèce, la recourante a été informée, lors de l'admission de sa première prolongation de délai, qu'une seconde prolongation ne serait en principe pas admise; la note relative aux délais dans les procédures du droit cartellaire lui a, par ailleurs, été remise à cette occasion (cf. acte 637). La recourante a ainsi été clairement avisée qu'une seconde prolongation ne lui serait pas accordée, sauf circonstance exceptionnelle. La note de l'autorité inférieure ne fait en outre que préciser la pratique développée par la jurisprudence (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.3 à 2.5). Toutefois, bien qu'instruite de la pratique de l'autorité inférieure, la recourante n'a, à l'appui de sa seconde demande de prolongation de délai, fait valoir qu'une insuffisance de temps; or, un tel motif ne correspond manifestement pas à la notion de force majeure ou d'urgence développée par la jurisprudence et la pratique de l'autorité inférieure. Celle-ci a néanmoins partiellement admis la demande de la recourante en lui accordant une ultime prolongation de dix jours, portant à 70 jours le délai imparti à celle-ci pour se déterminer sur la proposition de décision.

Au terme de ce délai, la recourante a déposé des déterminations d'une soixantaine de pages accompagnées de plusieurs annexes; elle a ensuite été entendue par la Comco et s'est encore spontanément déterminée en janvier 2013. En définitive, il ne ressort ni des écritures ni des pièces au dossier que la recourante eût été em-

pêchée, en raison du délai imparti, de présenter des éléments essentiels ni n'a vu ceux-ci écartés en raison de leur tardiveté.

Il suit de là que l'admission partielle de la seconde prolongation de délai de la recourante est conforme à l'art. 22 al. 2 PA. Ce faisant, l'autorité n'a pas altéré le droit d'être entendu de la recourante; ce grief doit dès lors être rejeté.

4.3 La recourante invoque enfin une violation de son droit d'être entendu et de l'art. 28 PA, dès lors que l'autorité inférieure lui oppose la table de Diffulivre et les conditions de vente d'Hachette Livre sans lui avoir transmis préalablement le contenu essentiel de ces documents couverts par des secrets d'affaires. L'autorité inférieure expose qu'elle est tenue de préserver les secrets d'affaires des parties et qu'elle ne pouvait, pour ce motif, transmettre ces pièces à la recourante. Néanmoins, elle considère avoir résumé dans sa décision lesdits documents de sorte que celle-ci a pu prendre connaissance du contenu essentiel de ceux-ci et faire valoir ses droits.

4.3.1 Conformément à l'art. 27 al. 1 let. b PA, l'autorité ne refuse la consultation de pièces que lorsque des intérêts privés importants - en particulier ceux de parties adverses - exigent que le secret soit gardé. Un tel refus ne peut toutefois s'étendre qu'aux pièces qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). Outre la pesée des intérêts commandée par l'art. 27 al. 1 let. b PA, l'art. 28 PA prévoit qu'une pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné l'occasion de s'exprimer ainsi que de fournir des contre-preuves. Dite disposition assure aux parties la possibilité d'exercer leur droit d'être entendus tout en préservant les secrets d'affaires d'une partie (cf. VINCENT MARTENET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 25 LCart p. 1207 no 49 s.; arrêt du TF 2A.586/2003 et 2A.610/2003 [causes jointes] du 1^{er} octobre 2004 consid. 6.5 s.).

Il sied de rappeler que la violation du droit d'être entendu, en tant que garantie constitutionnelle de caractère formel, entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., no 548 p. 193).

4.3.2 En transmettant le contenu essentiel des pièces couvertes par des secrets d'affaires seulement dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante. Il sied de relever que la recourante a toutefois pu se déterminer sur le contenu essentiel de celles-ci dans le cadre de la présente procédure de recours et que le tribunal possède un pouvoir d'examen identique à celui de l'autorité inférieure. Quant aux pièces concernées, elles ont servi à établir le fonctionnement contractuel de la diffusion et de la distribution de livres en Suisse de façon générale; le système

de distribution particulier de la recourante a, quant à lui, été examiné au moyen d'éléments de preuve se rapportant précisément à celle-ci.

Partant, la violation du droit d'être entendu de la recourante ne s'avère pas particulièrement grave. Il s'ensuit que dite violation a été réparée.

5. Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le système de distribution de la recourante réalisait, entre 2005 et 2011, les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, sans que celle-ci ne puisse être renversée et que l'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que le système de distribution de la recourante a notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie sa nécessité.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour participation à des accords illicites.

5.1 Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart: il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 1 LCart p. 220 no 1).

Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour en conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 544 ch. 224.1; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 no 21; THOMAS

NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 1 p. 166 no 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

En outre, il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1); la conclusion d'un accord nécessite donc la participation d'au moins deux entreprises jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 84 s. no 27-29).

5.2 Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss no 72 ss; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 158 et 162 no 42 et 63).

Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où, objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord.

En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction de la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 s. no 83 ss; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss no 67 ss; MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, 2003, p. 217; ANTI-PAS, op. cit., p. 276).

5.3 Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss); elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union

européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. consid. VII CommVert; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3 et 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3; arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 167 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 s. no 7). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après: TFUE), lequel a la teneur suivante:

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 no 7). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (ch. 1 de la communication de la Commission du 10 mai 2010 concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: les lignes directrices]).

6. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit de déterminer si le système de distribution de la recourante a impliqué, durant la période de l'enquête, la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, en tenant compte, le cas échéant du privilège de groupe.

6.1 L'autorité inférieure a retenu que l'engagement de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée » n'était pas couvert par le privilège de groupe, puisqu'il commandait que le groupe MP prenne les mesures nécessaires non seulement au sein du groupe, mais également à l'extérieur de celui-ci dans le but de protéger l'exclusivité de la distribution concédée à la recourante en Suisse. Elle estimait

que dit engagement impliquait nécessairement des mesures envers des tiers visant à empêcher les ventes passives. Partant, s'appuyant sur la décision Kodak, elle a retenu que la recourante avait été partie à un système de distribution qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues tant avec les éditeurs MP, Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure.

La recourante estime que la décision entreprise viole l'art. 4 al. 1 LCart en tant qu'est retenue l'existence d'accords en matière de concurrence entre des sociétés d'un même groupe. Elle fait valoir que la décision attaquée restreint le champ d'application du privilège de groupe en tant qu'elle sanctionne des engagements qui font l'obligation à une autre société du groupe de prendre toutes mesures utiles afin que l'exclusivité octroyée à la recourante soit respectée. Elle soutient qu'une obligation intragroupe, même si elle prévoit la mise en oeuvre de mesures anticoncurrentielles, n'est pas contraire à la loi sur les cartels. Seule la concrétisation de ces mesures dans des contrats conclus avec des tiers peut être qualifiée d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. A ce sujet, elle allègue que l'autorité inférieure fait une lecture erronée de la décision Kodak (cf. décision 70/332 CEE de la Commission du 30 juin 1970 relative à la procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE, IV/24055, Kodak, JO L 147/24 du 7 juillet 1970), laquelle se réfère à des contrats passés avec des tiers et non aux engagements pris à l'intérieur du groupe.

6.2 Il y a lieu de rappeler que le concept d'accord nécessite une convention ou une pratique concertée entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 2 LCart; ch. 9 pt 2 de la note explicative; cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1), c'est-à-dire jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 79 ss no 14 ss).

Lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés (ch. 9 pt 2 3^e phrase de la note explicative). Est, par exemple, couvert par le privilège de groupe la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse (ch. 9 pt 2 4^e phrase de la note explicative).

Ainsi, les conventions passées entre des sociétés, appartenant au même groupe et sur lesquelles la mère exerce un contrôle effectif, ne sont pas soumises à la loi sur les cartels dès lors que dites entités, en l'absence d'indépendance, constituent avec leur mère une seule entreprise (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 3.3 non publié dans l'ATF 139 I 72; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart, p. 153-155 no

30-35; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 175 s. no 132).

Dans la décision Kodak (cf. décision 70/332 CEE précitée Kodak), la Commission européenne a constaté que, indépendamment de savoir si elles émanaient de la société mère ou de ses filles, les conditions de vente du groupe Kodak interdisant les importations parallèles constituaient un accord au sens de l'art. 85 du traité CEE dès lors qu'elles s'appliquaient aux relations contractuelles entre les sociétés du groupe Kodak et leurs partenaires contractuels situés en aval. Il ressort de dite décision que l'utilisation de conditions de vente destinées à régler les relations commerciales avec des tiers et visant les ventes passives constitue un accord bien que l'obligation de les inclure dans toutes les relations contractuelles découle d'un engagement interne au groupe. Le privilège de groupe n'immunise ainsi pas les accords en matière de concurrence liant une entité d'un groupe et un tiers quand bien même l'illicéité du contrat est la conséquence du respect d'un engagement pris au sein du groupe. De même, dans l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 1996 C-73/95 *Viho contre Commission*, Rec. 1996 I-5457, la Cour de Justice a considéré que la répartition de différents marchés nationaux entre les filiales d'un groupe n'était pas contraire à l'art. 85 CEE, bien qu'elle puisse produire des effets à l'extérieur du groupe (cf. arrêt C-73/95 *Viho* précité point 16 ss). Il résulte de ces décisions que le privilège de groupe s'étend à toutes les relations internes au groupe, indépendamment de leurs effets externes, mais ne couvre pas les accords en matière de concurrence conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une entité du groupe (cf. arrêt C-73/95 *Viho* précité point 16 s.; décision 70/332 CEE précitée Kodak; WHISH/BAILEY, op. cit., p. 97 s.). Il en va de même en droit suisse, dès lors que l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart n'est possible qu'entre deux entités indépendantes (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 154 no 31; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht: Kommentar, vol. 1, 3^e éd. 2011, art. 2 p. 77 s. no 11).

6.3 Il suit de ce qui précède que les relations commerciales entre la recourante et d'autres sociétés appartenant au groupe MP bénéficient du privilège de groupe et n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 4 al. 1 LCart. Tel n'est toutefois pas le cas des accords conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une société du groupe MP. Il convient donc d'établir si de tels accords ont effectivement été passés.

6.4 Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux.

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier.

La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire: le devoir de collaborer des parties

(art. 13 PA; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186; CLÉ-MENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, p. 49 s. no 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2; arrêt du TF 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 *Koch Group* consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de fait défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B_118/2009 et 6B_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié dans l'ATF 138 I 97; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vé-

racité d'une allégation (certitude; *volle Überzeugung, certezza*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit, verosimiglianza preponderante*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*) (cf. arrêts B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 159; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1, 2^e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4; HOHL, op. cit., vol. 1, p. 327 s. no 1971 ss).

En l'occurrence, à l'instar de la procédure administrative ordinaire, la certitude est en principe également requise en droit des cartels suisse (cf. arrêts du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 5.5.2 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.2). Les autorités de la concurrence doivent ainsi être convaincues de l'existence des éléments constitutifs de la définition de l'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les exigences liées à la preuve ne doivent toutefois pas être exagérées lorsque, comme en l'espèce, les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares (cf. PHILIPP ESTERMANN, *Die unverbindliche Preiseempfehlung*, 2016, p. 216). L'appréciation doit donc se faire sur la base d'indices dans de tels cas (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.4).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5). Dans le cas d'espèce, la charge et le fardeau de la preuve de l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 LCart incombent aux autorités de la concurrence (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 232 s. no 36).

Il s'ensuit que l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre la recourante (ou une société du groupe MP) et des tiers, conclus en raison d'une obligation interne au groupe, doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

6.5 En l'occurrence, la recourante est détenue à [...] % par Dargaud FR, elle-même détenue à [...] % par la société Media Participations Paris SA, laquelle chapeaute les différentes entités du groupe MP, en particulier la société Media Diffusion, active dans la diffusion en France et en Belgique, la société MDS, active dans la distribution en France, et la société DLS, active dans la distribution en Belgique. La recourante forme ainsi, avec lesdites sociétés, le groupe MP; l'autorité inférieure ne conteste pas cet état de fait.

Les relations commerciales entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont peuvent être regroupées selon quatre catégories:

- la première lie la recourante aux éditeurs appartenant au groupe MP (ci-après: les éditeurs MP);
- la deuxième lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, mais qui ont confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages à la société Media Diffusion, laquelle a, à son tour, chargé la recourante de la distribution et de la diffusion de ceux-ci sur le territoire suisse (ci-après: les éditeurs Tiers-MP);
- la troisième lie la recourante avec des éditeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui n'ont pas confié la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France et en Belgique à la société Media Diffusion, mais qui ont confié la diffusion et la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante (ci-après: les éditeurs Tiers-Dargaud);
- la quatrième lie la recourante avec des éditeurs/distributeurs n'appartenant pas au groupe MP, qui ont confié la distribution en Suisse de leurs ouvrages à la recourante, mais non leur diffusion (ci-après: les éditeurs/diffuseurs en distribution pure).

Par écritures du 18 avril 2012 (cf. acte 526) et du 24 janvier 2013 (cf. acte 870), la recourante a produit un tableau recensant l'ensemble des relations commerciales qu'elle a entretenues avec ses partenaires de distribution en amont entre 2005 et 2012. Il en ressort que, durant cette période, la recourante a diffusé et distribué en Suisse les ouvrages de 87 éditeurs, ainsi qu'a assuré la distribution sur le territoire suisse des ouvrages de 15 éditeurs/diffuseurs, soit un total de 102 relations commerciales. D'emblée, il y a lieu d'exclure 2 éditeurs ([...] et [...]) et 6 éditeurs/diffuseurs ([...], [...], [...], [...], [...] et [...]) avec lesquels la recourante n'a été en relation commerciale qu'à partir de 2012, soit en dehors de la période de l'enquête.

Sur les 94 relations commerciales restantes, il ressort des tableaux fournis par la recourante que celle-ci diffuse et distribue en Suisse les ouvrages de 28 éditeurs MP, de 20 éditeurs Tiers-MP, 27 éditeurs Tiers-Dargaud et 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure (cf. actes 526 et 870). Enfin, la recourante n'a fourni aucune indication

sur la nature de ses relations commerciales avec 10 éditeurs.

Partant, il convient d'examiner la nature des 84 relations commerciales pour lesquelles des renseignements ont été fournis.

6.5.1 S'agissant des 27 éditeurs Tiers-Dargaud (E.B._____, E.D._____, E.E._____, E.F._____, E.G._____, E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____, E.L._____, E.M._____, E.N._____, E.O._____, E.P._____, E.Q._____, E.R._____, E.S._____, E.T._____, E.U._____, E.V._____, E.W._____, E.X._____, E.Y._____, E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____, E.AC._____) et des 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure (E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____, E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____), il n'est pas contesté que l'attribution du territoire suisse à la recourante et l'engagement pris par certains de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée » étaient contenus dans une convention au sens de l'art. 1 ss CO conclue avec la recourante. Partant, lesdits engagements constituent bien un accord. De plus, dès lors que l'ensemble de ces accords lui octroient tous une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, ils affectent les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Aussi, ils portent tous sur une restriction à la concurrence et sont donc des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

6.5.2 S'agissant des 20 éditeurs Tiers-MP, la recourante a rappelé, dans le cadre de sa plaidoirie du 29 octobre 2019, que l'autorité inférieure ne pourrait pas retenir l'existence d'accords en matière de concurrence, dès lors que la diffusion et la distribution des ouvrages desdits éditeurs s'effectue exclusivement à l'interne du groupe MP.

Il ressort néanmoins du dossier que Media Diffusion - qui fait partie du groupe MP - a conclu avec 19 éditeurs (E.AM._____, E.AN._____, E.AO._____, E.AP._____, E.AQ._____, E.AR._____, E.AS._____, E.AT._____, E.AU._____, E.AV._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AY._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.BB._____, E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____) un contrat de diffusion-distribution des ouvrages qu'ils éditent incluant le territoire suisse (cf. acte 526). Par la suite, Media Diffusion a confié à la recourante la diffusion-distribution exclusive desdits ouvrages pour le territoire suisse.

Au surplus, la recourante a produit, à l'appui de son recours, une attestation de l'éditeur E.C._____ (cf. pièce 6 de la recourante), aux termes de laquelle il ressort que l'éditeur a confié la diffusion de ses ouvrages en France à la société Media Diffusion, à savoir au groupe MP. Il s'ensuit qu'il y a lieu de considérer la nature de la relation commerciale avec l'éditeur E.C._____ comme relevant des éditeurs Tiers-MP, et non pas Tiers-Dargaud comme le prétend la recourante dans son tableau. La recourante a produit le contrat passé avec

E.C. _____ (cf. acte 526, p. 64), lequel contient l'engagement, à charge de cette dernière, de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

En l'occurrence, il n'est pas contesté que les éditeurs Tiers-MP, à savoir des éditeurs externes au groupe, ont attribués à Media Diffusion (groupe MP) les territoires suisse, français et/ou belge, laquelle confie ensuite à titre exclusif la diffusion et la distribution des ouvrages desdits éditeurs à la recourante. Partant, contrairement à ce que soutient la recourante, les relations commerciales avec les éditeurs Tiers-MP ont nécessairement impliqué la conclusion d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, affectant les canaux d'écoulement et d'approvisionnement, en Suisse, sur le marché du livre écrit en français.

6.5.3 S'agissant des 28 éditeurs MP (E.A. _____, E.BF. _____, E.BG. _____, E.BH. _____, E.BI. _____, E.BJ. _____, E.BK. _____, E.BL. _____, E.BM. _____, E.BN. _____, E.BO. _____, E.BP. _____, E.BQ. _____, E.BR. _____, E.BS. _____, E.BT. _____, E.BU. _____, E.BV. _____, E.BW. _____, E.BX. _____, E.BY. _____, E.BZ. _____, E.CA. _____, E.CB. _____, E.CC. _____, E.CD. _____, E.CE. _____ et E.CF. _____), il ressort du dossier que le groupe MP est actif dans l'édition, la diffusion et la distribution de livres en français, principalement en France, en Suisse et en Belgique. Le système de distribution du groupe fonctionne de la manière suivante: chaque société de diffusion est chargée de diffuser et/ou distribuer les fonds du groupe et les fonds externes sur un territoire spécifique (p. ex. Media Diffusion pour la France et la Belgique ou la recourante pour la Suisse). Si la recourante se charge elle-même de la distribution en Suisse, Media Diffusion confie ensuite à d'autres entités du groupe la distribution de ces fonds sur les territoires en question. En France et en Belgique, ce rôle est dévolu respectivement à la société MDS et à la société DLS, qui font partie du groupe MP. Quant au seul contrat produit s'agissant du territoire canadien (cf. acte 526, page 181), il n'en ressort pas que la recourante ou une autre société du groupe MP aurait imposé à des tiers des mesures pour faire respecter l'exclusivité octroyée à la recourante, lequel aurait pu avoir un effet en Suisse. De plus, contrairement à d'autres diffuseurs-distributeurs ayant fait l'objet de la même procédure, aucun élément au dossier ne permet de déduire que la recourante - ou le groupe MP - soit en relation commerciale avec des distributeurs indépendants externes au groupe, notamment des grossistes.

Ainsi, il ressort que tant l'édition, la diffusion et la distribution des ouvrages des éditeurs MP demeurent internes au groupe MP. Partant, la relation directe entre la recourante et les éditeurs MP demeure couverte par le privilège de groupe et n'a dès lors pas impliqué la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Il n'est pas non plus possible de déduire des contrats produits par la recourante l'existence d'accords entre cette dernière (ou une société du groupe MP) et des tiers, conclus en raison d'une obligation interne au groupe; il existe à tout le moins un doute trop important sur ce

point pour l'admettre, de sorte que le doute doit bénéficier à la recourante.

6.6 En résumé, sur les 84 relations contractuelles à analyser, il y a lieu à ce stade d'en écarter 28 (les éditeurs MP) au motif qu'elles n'ont pas conduit à la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et de retenir que, pour 56 d'entre elles (les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure), celles-ci ont impliqué la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, passés soit directement avec la recourante (s'agissant des éditeurs Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure), soit indirectement avec une autre société du groupe (s'agissant des éditeurs Tiers-MP; cf. *supra* consid. 6.3). Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

7. Présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart)

Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont notamment pour objet l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (accord de protection territoriale absolue; ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

7.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la loi sur les cartels de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (*Hochpreisinsel Schweiz*; cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, 1920 ss ch. 1.4.6 [ci-après: message LCart 2001]; Schneider BO 2002 N 1435, Strahm BO 2002 N 1438; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 553 no 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse - en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals - ainsi que de favoriser la concurrence intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise, d'une part, à empêcher qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 41, ci-après: Verhaltensweisen).

Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage auprès de ses distributeurs, dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs dans les autres territoires réservés ne procèdent à aucune vente dans le territoire attribué en question constitue, si tant est qu'il soit respecté, un sys-

tème de protection territoriale infaillible, la concurrence intramarque étant ainsi supprimée. Selon la jurisprudence européenne, une telle protection territoriale absolue n'existe pas si les ventes passives dans d'autres territoires attribués sont autorisées. Un producteur n'a dès lors pas le droit de faire figurer dans ses contrats de distribution un tel engagement. Si des clients d'autres territoires attribués prenaient contact avec un distributeur contractuellement lié, alors il doit être permis à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas lui être interdit par le producteur de procéder de la sorte (cf. Schiesser BO 2003 E 329).

L'ancien Conseiller fédéral Deiss a également déclaré, au cours des débats relatifs à la modification de la loi sur les cartels, que les contrats de concession exclusive (*Alleinvertriebsverträge*) prévoyaient une certaine protection territoriale qui devait pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'avait pas un caractère absolu, c'est-à-dire tant que des ventes passives étaient possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'était pas impossible (cf. Deiss BO 2003 E 331).

En d'autres termes, une protection territoriale devient absolue - et tombe sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart - si un distributeur est empêché par le producteur de procéder à des ventes passives dans le territoire attribué à un autre distributeur (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttker BO 2003 E 330; JULIA ANNE XODIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence: droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, 2002, p. 35; GION GIGER, « *Jovani* », Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. Mai 2010, sic! 10/2011 p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

7.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4 let. b 1^{er} tiret du règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999 - remplacé le 1^{er} juin 2010 par l'art. 4 let. b ch. 1 du règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après: le règlement d'exemption par catégorie). L'art. 4 let. b ch. 1 du règlement d'exemption par catégorie a la teneur suivante:

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet: [...] b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de: i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne

limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur [...] ».

Les règlements d'exemption par catégorie constituent une particularité du droit européen de la concurrence. Ils énoncent - notamment pour les accords verticaux - les conditions auxquelles une exemption est accordée au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE (cf. VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, p. 47 ss).

En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 42; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, Accords de distribution et droit de la concurrence, in: Accords de distribution, 2005, p. 136 no 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

7.3 L'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart implique la réalisation de trois prémisses.

Premièrement, ladite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 2997 *Gaba* consid. 6.3.1 et 129 II 18 *Samme/revers* consid. 4; Comco, DPC 2010 p. 65, *Gaba*, ch. 87 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss no 379 et 586 ss; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, Jusletter du 27 septembre 2004, no 28 s.). Par contrat de distribution, il y a lieu de comprendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais également les clauses individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (ch. 4 CommVert; ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution - directe ou indirecte (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2; arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.2) - de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de territoires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttker BO 2003 E 330; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 70). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart, p. 566 no 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés dans les territoires attribués (ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 s.).

L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (*Marktabschottung*) (cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss).

L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (ch. 10 par. 1 let. b CommVert *a contrario*; cf. Schiesser BO 2003 E 329 ss; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4; arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 5 p. 437 no 554 ss; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2^e éd. 2005, p. 226 ss no 469 ss, ci-après: Kartellrecht; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 70).

Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le producteur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients ou l'obligation de transmettre (ch. 3 CommVert; ch. 51 des lignes directrices; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 607).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique donc sans équivoque à l'exclusion directe des ventes passives, telle que l'obligation faite au distributeur de ne pas vendre à des clients situés sur certains territoires ou de transmettre à d'autres distributeurs les commandes provenant de clients situés sur un territoire qui ne lui a pas été attribué (ch. 10 par. 1 let. b CommVert; ch. 50 des lignes directrices; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 612 ss; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 no 2.259; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht: eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes, sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für Lauterkeit in der Werbung, 5^e éd. 2012, p. 227 no 669).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (ch. 10 par. 2 CommVert; ch. 50 des lignes directrices; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 570 no 615; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 226 no 469; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 ss; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, p. 142), laquelle peut être mise en oeuvre par un refus ou une réduction de primes, de bonus ou de rabais, une réduction des quantités livrées, une limitation des livraisons à la demande ou un arrêt des livraisons ou encore une menace de résiliation du contrat en cas de ventes dans ces territoires réservés à d'autres distributeurs, lorsque ces mesures entraînent un accord exprès ou tacite entre producteur et distributeur

sur le fait que des ventes passives ne peuvent avoir lieu dans des territoires réservés. On peut encore citer une exigence de prix plus élevés pour les produits vendus sur les territoires réservés ainsi qu'une limitation de la part des produits, des obligations de restituer les gains et, plus généralement, des obligations de compensation, un refus d'accorder une garantie, une obligation d'obtenir une autorisation ou encore des formulations équivoques ou imprécises (ch. 50 des lignes directrices; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 616 ss; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 et 569 ss). De telles pratiques peuvent également être soutenues par des « mesures d'accompagnement », telles qu'un système de surveillance afin de vérifier le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 572 s. no 624).

7.4 En l'espèce, il ressort des contrats concernant les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart a pu être démontré (cf. *supra* consid. 6) que la recourante s'est vue confié la diffusion et/ou la distribution exclusive, sur le territoire suisse, des ouvrages édités et/ou diffusés par ses partenaires de distribution en amont. La première et la deuxième prémisse à l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart - relatives au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution - sont dès lors réalisées.

Il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction, en Suisse, des ventes passives des ouvrages de la recourante, ainsi que des ouvrages des éditeurs dont la recourante a été chargée de la diffusion et/ou la distribution. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » de l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. *infra* consid. 8) ou à des partenaires de distribution externes au groupe MP (cf. *infra* consid. 9).

8. Exclusion des ventes par les éditeurs

Les contrats passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont - à savoir les éditeurs - contiennent l'obligation pour ces derniers d'octroyer à la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse et, pour certains, l'obligation, à charge de ceux-là, de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

La recourante fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs. En l'occurrence, la clause en question n'imposerait aucune obligation à la recourante. L'autorité inférieure estime que l'interprétation du texte légal proposée par la recourante est erronée.

8.1 Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs.

8.1.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le

texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

8.1.2 Sous l'angle de l'interprétation littérale de l'art. 5 al. 4 LCart, le tribunal s'intéresse à la notion de « fournisseur agréé ». Sont considérés comme tels, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

Il ressort, en effet, des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que par « fournisseurs agréés », il convient d'entendre « distributeurs » (*Vertriebspartner, distributori*). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'autres distributeurs (*gebietfremde Vertriebspartner, distributori esterni*), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré.

Cette formulation suppose dès lors que celui qui se voit interdire de procéder à des ventes passives sur le territoire attribué est un partenaire de distribution actif sur un autre territoire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.3).

Une telle interprétation ressort également des travaux préparatoires: un producteur (*Hersteller/Lieferant*) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finals (*Endabnehmer*) (ventes directes) ou d'autres distributeurs (*Händler*) (ventes indirectes) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttiker BO 2003 E 330 s.).

Elle ressort également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4 LCart, celui-ci visant uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 558 s. et 577 no 557, 560 et 644; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 28 et 73; RETO JACOBS, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 9/2011 p. 210). Également en droit européen, l'art. 4 let. b du règlement d'exemption par catégorie ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (ch. 50 des lignes directrices).

8.1.3 Sont ainsi considérés comme « autre fournisseur agréé » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, le distributeur -

actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « wholesale » sur son territoire.

8.1.4 En définitive, le contrat de distribution attribuant des territoires - ou contrat de distribution exclusive - se caractérise par l'engagement du producteur d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnée et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. XOUDIS, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. Par clause d'exclusivité simple, le producteur s'interdit de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur sur le territoire concerné (cf. XOUDIS, op. cit., p. 35) et s'abstient de toute intervention dans la zone réservée à celui-ci, cas échéant en renonçant à vendre directement aux clients du distributeur. Le producteur devra alors transférer au distributeur toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, *Les contrats de distribution*, in: *Droits de la consommation et de la distribution*, 2013, p. 77; URS EGLI, *Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis*, recht 1/2014 p. 1 ss et 10; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). Le respect de l'exclusivité simple par le producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010 *Jovani* consid. 3.3.3.2 ss, in: DPC 2010 p. 793 ss; GIGER, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, aussi longtemps que l'acheteur est libre de se fournir auprès du fournisseur de son choix.

8.1.5 Ainsi, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finals dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart, le fait que le producteur soit également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres marchés est inopérant (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2, in: DPC 2010 p. 793 ss; GIGER, op. cit. p. 574; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21; cf. également ch. 9 note explicative CommVert).

En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution - lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres territoires - l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 no 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 557 s. no 554; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 no 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

De même, le législateur a prévu d'autres outils visant à interdire le cloisonnement du marché suisse, lorsque le producteur dispose d'une importante part de marché. Son comportement - quand bien même licite sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart - peut être interdit par l'art. 7 LCart. Or, l'autorité a écarté cette éventualité en l'espèce, lorsqu'elle a renoncé, dans sa décision, à formuler des griefs en application de dite disposition.

8.1.6 Il suit de là que l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées au distributeur, celles s'imposant au producteur - soit l'entreprise située en amont - n'étant pas concernées par dite disposition.

8.2 Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production des livres; les parties ne le contestent pas. A l'inverse, les activités de diffusion et de distribution se concentrent uniquement sur la commercialisation et la distribution des livres produits par les éditeurs.

Il s'ensuit que seule l'entreprise qui édite l'ouvrage peut être considérée comme « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, indépendamment de savoir si elle se charge elle-même de la commercialisation et de la distribution de ses ouvrages. En revanche, l'entreprise qui n'assure que la commercialisation et la distribution d'ouvrages édités par des tiers n'intervient qu'en qualité de distributeur, à savoir de « fournisseur agréé » au sens de dite disposition.

8.3 Il suit de ce qui précède que, en octroyant à la recourante l'exclusivité de la diffusion et de la distribution sur le territoire suisse de leurs ouvrages et, pour certains, en s'engageant à « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée », les partenaires de distribution de la recourante situés en amont ont avant tout renoncé, le cas échéant, à opérer des ventes directes - tant actives que passives - sur le territoire réservé. Or, un tel engagement ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que lesdits partenaires interviennent en tant qu'éditeurs - à savoir « producteurs » - des ouvrages ainsi diffusés et/ou distribués. Il s'agit là aussi bien des éditeurs Tiers-MP que des éditeurs Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure.

9. Exclusion des ventes par des partenaires de distribution externes au groupe MP

Une exclusion des ventes passives par d'autres diffuseurs-distributeurs externes au groupe MP pourrait, en revanche, constituer une infraction à la loi sur les cartels.

9.1 L'autorité inférieure a interprété les clauses contractuelles liant la recourante avec ses partenaires de distribution situés en amont en ce sens que celles-ci visaient à empêcher les ventes passives. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par certains éditeurs de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée en Suisse », de l'existence du droit de retour, de l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses au sein de l'ASDEL et enfin des effets constatés à l'époque sur le marché.

La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, que les clauses litigieuses ne visent pas à

cloisonner le marché et que l'exclusivité concédée est justifiée économiquement. De même, elle estime que des ventes passives étaient possibles et que c'est pour des raisons économiques que les détaillants n'ont pas tenté de procéder à des importations depuis la France.

9.2 Partant, il s'agit de déterminer - pour les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontré (cf. *supra* consid. 6), à savoir les éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure - si les parties ont également voulu que ceux-là s'engagent à ne pas laisser vendre, à savoir qu'ils agissent auprès d'éventuels autres diffuseurs ou distributeurs externes au groupe MP, afin qu'ils ne livrent pas en Suisse. En tant que la recourante conteste avoir voulu que ses partenaires de distribution en amont prennent l'engagement de ne pas laisser vendre, il y a lieu de déterminer si de tels engagements peuvent être déduits d'une interprétation desdites clauses.

9.2.1 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

9.2.2 S'agissant des relations contractuelles avec les 20 éditeurs Tiers-MP, la recourante n'a produit - sauf une exception (E.C._____) - aucun contrat liant lesdits éditeurs au groupe MP. Elle a toutefois remis des contrats liant la recourante avec Media Diffusion s'agissant de 8 éditeurs (E.AM._____[cf. acte 526, p. 29], E.AN._____[cf. acte 526, p. 34], E.AO._____[cf. acte 526, p. 57], E.AP._____[cf. acte 526, p. 67], E.AQ._____[cf. acte 526, p. 83], E.AR._____[cf. acte 526, p. 97], E.AS._____[cf. acte 526, p. 136] et E.AT._____[cf. acte 526, p. 156]). Il ressort des contrats produits que les relations contractuelles entre la

recourante et Media Diffusion reposent sur la même clause contractuelle (clause D):

« 1.1 MEDIA DIFFUSION confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution en Suisse des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés par la société [éditeur tiers] et tels que présentés dans son catalogue grand public et sur son bon de commande.

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages édités par la société [éditeur tiers] dont la diffusion-distribution est confiée à MEDIA DIFFUSION dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres de Suisse.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

La recourante n'a pas produit les contrats la liant avec Media Diffusion s'agissant de 11 éditeurs Tiers-MP (E.AU._____, E.AV._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AY._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.BB._____, E.BC._____, E.BD._____, et E.BE._____) Compte tenu de la similarité entre les 8 contrats produits, il y a aussi lieu d'admettre que les relations contractuelles entre la recourante et Media Diffusion, s'agissant de ces 11 éditeurs reposent sur la clause D.

Au surplus, la recourante a produit le contrat passé avec E.C._____. (cf. acte 526, p. 64), duquel il ressort que les relations entre la recourante et l'éditeur reposent sur la clause B:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de vente de l'intégralité de son fonds d'édition sur le territoire suisse, aux conditions générales qui font suite.

[La recourante] s'interdit expressément de vendre les ouvrages qui lui sont ainsi confiés en dehors de son territoire et prendra toutes mesures auprès de sa clientèle afin que cette interdiction soit respectée.

De même, [l'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

9.2.3 S'agissant des éditeurs Tiers-Dargaud, la recourante a produit 23 contrats (E.F._____. [cf. acte 526, p. 41], E.B._____. [cf. acte 870, p. 32 et 35], E.G._____. [cf. acte 526, p. 44], E.H._____. [cf. acte 526, p. 53], E.J._____. [cf. acte 526, p. 80], E.K._____. [cf. acte 526, p. 104], E.L._____. [cf. acte 526, p. 107], E.M._____. [cf. acte 526, p. 110], E.N._____. [cf. acte 526, p. 115], E.O._____. [cf. acte 526, p. 118], E.R._____. [cf. acte 526, p. 146], E.U._____. [cf. acte 526, p. 163], E.Q._____. [cf. acte 526, p. 122], E.V._____. [cf. acte 526, p. 166], E.D._____. [cf. acte 526, p. 169], E.W._____. [cf. acte 526, p. 172], E.X._____. [cf. acte 526, p. 175], E.Y._____. [cf. acte 526, p. 178], E.Z._____. [cf. acte 526, p. 189], E.AA._____. [cf. acte 870, p. 22],

E.AB._____. [cf. acte 526, p. 199], E.E._____. [cf. acte 526, p. 202] et E.AC._____. [cf. acte 526, p. 205]). Pour les 4 autres éditeurs, elle a indiqué dans son tableau des correspondances avec les contrats produits. Il en ressort que le contrat E.C._____. [cf. acte 526, p. 64] est valable pour E.I._____., E.S._____. et E.T._____., et que le contrat E.Q._____. vaut pour E.P._____. (cf. acte 526 et 870).

Il ressort des contrats produits que les relations entre la recourante et les éditeurs Tiers-Dargaud reposent sur 5 clauses contractuelles:

- S'agissant du contrat E.Q._____. (cf. acte 526, p. 122), il contient la clause A:

« 1.1 [L'éditeur] confie à titre exclusif à [la recourante], qui accepte, la diffusion/distribution de la totalité des ouvrages en édition courante de librairie en langue française, parus ou à paraître, publiés sous ses marques éditoriales ou sous toutes autres marques dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande en Suisse, catalogue que [la recourante] déclare parfaitement connaître [nda: dans quelques contrats, "déclare connaître"].

1.2 [La recourante] diffusera/distribuera les ouvrages de [l'éditeur] en Suisse dans tous les réseaux traditionnels de vente de livres.

Ne sont pas concernés par le présent contrat les réseaux suivants: les librairies en ligne non suisses, réseaux de vente par correspondance, les réseaux de vente à distance, les réseaux de vente par courtage ».

- S'agissant des contrats E.F._____. (cf. acte 526, p. 41), E.G._____. (cf. acte 526, p. 44), E.H._____. (cf. acte 526, p. 53), E.C._____. (cf. acte 526, p. 64), E.J._____. (cf. acte 526, p. 80), E.K._____. (cf. acte 526, p. 104), E.M._____. (cf. acte 526, p. 110), E.N._____. (cf. acte 526, p. 115), E.U._____. (cf. acte 526, p. 163), E.V._____. (cf. acte 526, p. 166), E.D._____. (cf. acte 526, p. 169), E.W._____. (cf. acte 526, p. 172), E.X._____. (cf. acte 526, p. 175), E.Y._____. (cf. acte 526, p. 178), E.Z._____. (cf. acte 526, p. 189), E.AB._____. (cf. acte 526, p. 199), E.E._____. (cf. acte 526, p. 202) et E.AC._____. (cf. acte 526, p. 205), ils contiennent la clause B, déjà reproduite ci-dessus (cf. supra consid. 9.2.2).

- S'agissant du contrat E.B._____. (cf. acte 870, p. 32 et 35), il contient la clause C:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite.

[L'éditeur] prendra toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée. Toutefois, [l'éditeur] a la possibilité d'acquiescer des albums avec une remise de [...] % sur prix public suisse hors taxe afin d'en offrir dans un cadre promotionnel ».

- S'agissant des contrats E.L._____ (cf. acte 526, p. 107), E.O._____ (cf. acte 526, p. 118) et E.R._____ (cf. acte 526, p. 146), ils contiennent la clause E:

« [L'éditeur] confie [à la recourante], pour la Suisse, la diffusion exclusive de l'intégralité de sa production en matière d'ouvrages, bandes dessinées, etc. et mettra tout en oeuvre pour que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée »

- S'agissant du contrat E.AA._____ (cf. acte 870, p. 22), il contient la clause H:

« [L'éditeur] confie [à la recourante] qui l'accepte la diffusion et la distribution exclusives pour tous les réseaux de l'ouvrage intitulé [...] sur territoires suisse, français, belge et canadien, aux conditions générales qui font suite ».

9.2.4 S'agissant des 9 éditeurs/diffuseurs (E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____, E.AH._____ et E.AI._____) en distribution pure, la recourante a produit 3 contrats (E.AE._____ [cf. acte 526, p. 209], E.AH._____ [cf. acte 526, p. 224] et E.AI._____ [cf. acte 526, p. 239]). Pour les autres éditeurs/diffuseurs, elle a indiqué dans son tableau des correspondances avec le contrat E.AE._____.

Il ressort des 3 contrats produits que les relations entre la recourante et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure reposent sur la même clause contractuelle (clause F):

« [L'éditeur] confie [à la recourante], qui l'accepte, l'exclusivité de la distribution dans les territoires repris à l'annexe A [le territoire suisse] des ouvrages qu'il publie ou commercialise en langue française sous sa marque ou sous tout autre marque dont il a la propriété ou l'usage et tels que présentés dans son catalogue grand public ou sur son bon de commande. Une distribution non exclusive des ouvrages publiés en langues étrangères pourra aussi être proposée [à la recourante] ».

9.2.5 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante (ou le groupe MP) et les éditeurs ont réellement voulu en octroyant à la recourante (ou au groupe MP) la diffusion et/ou la distribution exclusives sur le territoire suisse de leurs ouvrages, en particulier en stipulant, dans certains contrats, que l'éditeur devrait « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée ».

9.2.5.1 A titre liminaire, il sied de rappeler que les exclusivités conférées - notamment par les clauses A, F et H - ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'elles n'aient pas empêché les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix, le producteur - à savoir l'éditeur - demeurant libre de s'interdire de livrer lesdits détaillants.

Il en va de même de la clause D. Bien qu'elle soit contenue exclusivement dans un contrat entre deux sociétés du groupe MP, elle n'est pas problématique, aussi longtemps que les éditeurs Tiers-MP n'ont pas pris l'engagement de ne pas laisser vendre leurs ouvrages par

d'autres diffuseurs-distributeurs externes au groupe, actifs hors du territoire réservé à la recourante.

En effet, si les éditeurs peuvent s'interdire de livrer les détaillants suisses, ils ne peuvent pas prendre de mesures auprès de leurs différents fournisseurs - en particulier auprès de la recourante - ayant pour objet ou pour effet d'empêcher les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix.

9.2.5.2 S'agissant des clauses B, C et E, elles prévoient, d'une part, l'engagement, pour les partenaires de distribution de la recourante situés en amont, de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée » en Suisse. D'autre part, la recourante s'interdit de vendre les ouvrages qui lui sont confiés en dehors de son territoire et s'engage à prendre toutes mesures auprès de sa clientèle afin que telle interdiction soit respectée.

Un tel engagement repose uniquement sur un rapport bilatéral passé avec la recourante, si bien qu'il n'impose pas encore d'obligations à des tiers, précisément à des diffuseurs ou distributeurs agréés externes au groupe, actifs en dehors du territoire réservé à la recourante. Il fait toutefois naître une présomption de fait que des partenaires de distribution externes au groupe, actifs hors du territoire suisse ont bien existés et que lesdits partenaires ont effectivement pris des mesures afin de faire respecter l'exclusivité de la recourante. En effet, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, il peut être présumé que l'engagement de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée » a bel et bien été mis en oeuvre et que ces partenaires de distribution ont effectivement pris des mesures envers des tiers afin de faire respecter leur engagement. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » que les éditeurs concernés se sont effectivement engagés à ne pas laisser vendre et à empêcher les ventes par des diffuseurs et/ou distributeurs externes au groupe MP, actifs hors du territoire réservé à la recourante, ce que les parties au contrat ne pouvaient et ne devaient, de bonne foi, ignorer. Il ne peut *a fortiori* en être autrement pour les contrats passés entre la recourante et les éditeurs Tiers-Dargaud, dès lors que ceux-ci ne font pas partie du groupe MP. Quant à l'engagement de la recourante de ne pas livrer les ouvrages qui lui sont confiés en dehors de son territoire, il constitue également un indice que, dans le sens contraire, les éditeurs se sont engagés à ne pas laisser vendre leurs ouvrages en Suisse par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs n'appartenant pas au groupe MP. Cette présomption de fait peut néanmoins être affaiblie par des éléments apportés par les parties (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine*; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss).

9.2.6 En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats avec les 56 éditeurs/diffuseurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart a pu être démontré, il y a lieu de retenir que, pour les 31 éditeurs/diffuseurs dont le contrat contient l'une des clauses

A, D, H ou F (E.Q. _____ et E.P. _____ [clause A; cf. actes 526, p. 122 et 870]; E.AM. _____, E.AN. _____, E.AO. _____, E.AP. _____, E.AQ. _____, E.AR. _____, E.AS. _____, E.AT. _____, E.AU. _____, E.AV. _____, E.AW. _____, E.AX. _____, E.AY. _____, E.AZ. _____, E.BA. _____, E.BB. _____, E.BC. _____, E.BD. _____ et E.BE. _____ [clause D; cf. actes 526 et 870]; E.AA. _____ [clause H; cf. acte 870, p. 22]; E.AD. _____, E.AE. _____, E.AF. _____, E.AG. _____, E.AJ. _____, E.AK. _____, E.AL. _____, E.AH. _____ et E.AI. _____ [clause F; cf. acte 526, p. 209, 224 et 239, ainsi qu'acte 870]), l'exclusivité concédée ne tombe a priori pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'il n'existe toutefois pas d'autres éléments permettant de déterminer que les éditeurs/diffuseurs concernés ont, durant la période de l'enquête, interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse de répondre à des demandes de détaillants suisses, ce qui sera examiné ci-après.

Quant aux 25 éditeurs dont le contrat contient l'une des clauses B, C ou E (E.F. _____, E.G. _____, E.H. _____, E.J. _____, E.K. _____, Javes, E.N. _____, E.U. _____, E.V. _____, E.D. _____, E.W. _____, E.X. _____, E.Y. _____, E.Z. _____, E.AB. _____, E.E. _____, E.AC. _____, E.I. _____, E.S. _____, E.T. _____ et E.C. _____ [clause B; cf. actes 526 et 870]; E.B. _____ [clause C; cf. acte 870, p. 32 et 35]; E.L. _____, E.O. _____ et E.R. _____ [clause E; cf. acte 526, p. 107, 118 et 146]), il existe une présomption de fait que les éditeurs concernés ont pris l'engagement de ne pas laisser vendre et d'empêcher les ventes sur le territoire réservé à la recourante par d'autres diffuseurs-distributeurs externes au groupe MP, actifs hors de ce territoire. Il sied d'examiner toutefois si la recourante apporte des éléments à même de l'affaiblir.

9.3 Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmer, que les 56 partenaires de distribution pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontrée ont, durant la période considérée, interdit à leurs partenaires de distribution actifs en dehors du territoire suisse - de manière directe ou indirecte - de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse.

9.3.1 A cet égard, l'autorité inférieure a relevé notamment que de nombreux diffuseurs-distributeurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir le droit de retour. Elle y voit une contradiction avec l'affirmation de ces mêmes diffuseurs-distributeurs selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit il exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de tels comportements.

La recourante conteste avoir fait valoir que l'exclusivité avait pour but de permettre le fonctionnement du droit de

retour. Elle relève, par ailleurs, qu'une simple contradiction dans l'argumentation ne saurait constituer une preuve de la restriction des ventes passives. Elle soutient qu'il existe plusieurs solutions pour résoudre les difficultés liées au droit de retour. La première consisterait à cesser d'offrir ce droit, ce qu'elle ne souhaite pas; la deuxième consisterait à demander à un détaillant de se fournir soit auprès du diffuseur suisse, soit auprès du diffuseur français, mais pas auprès des deux simultanément; la troisième consisterait à mettre en oeuvre des solutions techniques telles que le marquage ou l'étiquetage des ouvrages, des conventions sur taux de retour ou le suivi du taux. Ces solutions ne seraient toutefois pas infaillibles et reposeraient sur une relation de confiance.

En l'espèce, la recourante ne prétend toutefois pas que des mesures spéciales auraient été mises en place afin d'exercer un contrôle des retours par rapport aux flux « aller » durant la période de référence, à savoir entre 2005 et 2011. Tel que l'affirme la recourante, une solution pour garantir le droit de retour serait de permettre aux détaillants de choisir entre un approvisionnement en Suisse ou un approvisionnement en France. Or, tout laisse à penser, au contraire, que c'est la recourante elle-même qui a opéré un tel choix: en bénéficiant d'un régime d'exclusivité pour le territoire suisse, elle s'est assurée que les ouvrages retournés par les détaillants suisses avaient transité par elle lors du flux « aller ». Il existe donc un indice selon lequel le bon exercice du droit de retour avait pour corollaire l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives depuis la France pour les fonds des éditeurs et/ou diffuseurs dont la recourante assure la diffusion et/ou la distribution en Suisse, ceci pour l'ensemble des 56 partenaires de distribution pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a pu être démontré.

9.3.2 L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du système de distribution de la recourante, à savoir le passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL tenue le 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Sa teneur est la suivante:

« [Servidis] a récemment rencontré [Payot]. [Cette dernière] souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

A la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document » (cf. acte 547f, page 4).

9.3.2.1 Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs suisses et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de Payot ne visait que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs percevaient cette démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande aurait été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs au sein

de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs-distributeurs se seraient dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles, ce qui a renforcé la capacité de leurs systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007 (cf. acte 547f, page 11 s.).

S'agissant de la séance du 12 mars 2007, la recourante indique qu'aucun de ses représentants n'y était présent; les discussions qui s'y sont tenues ne pourraient dès lors lui être opposées. Concernant la séance du 11 mai 2005, elle estime ne pas être concernée par la demande faite par Payot et avoir uniquement été informée que Servidis entendait s'opposer à dite demande. Elle considère en outre que les propos de Servidis ne lui seraient pas opposables et que sa situation n'était pas comparable à la sienne.

9.3.2.2 La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs-distributeurs présents lors de dite séance ont pour la plupart indiqué (s'agissant de la recourante, cf. acte 901 ligne 373), tout comme Payot (cf. acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal (s'agissant de la recourante, cf. acte 901 lignes 357 ss).

Néanmoins, Diffulivre a relaté les propos de son représentant à dite séance comme suit: « cela était relativement flou dans sa tête [...] Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit: oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord [...]. » (cf. acte 902 lignes 362 ss).

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012, Servidis a indiqué qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, elle ne se souvenait plus de l'affaire; elle a toutefois supposé que, si on la citait, c'est qu'elle devait avoir tenu ces propos (cf. acte 914 lignes 435 ss). Ce nonobstant, elle a précisé avoir déclaré lors de dite assemblée que Payot souhaitait pouvoir s'approvisionner en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, elle considère que si Payot se servait en France pour une partie de la production, elle pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (cf. acte 914 lignes 451 ss), si bien que Servidis aurait déclaré lors de la séance de l'ASDEL que, dans ce cas, elle n'existerait plus (cf. acte 914 lignes 454 s.). Elle a ajouté que les diffuseurs-distributeurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les détaillants de se servir en France (cf. acte 914 lignes 414 s.).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, Payot a exposé que dite requête - également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum - consistait

à trouver avec les diffuseurs-distributeurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, de « manière à ramener le délai [de livraison] à quelque chose d'acceptable et raisonnable » (cf. acte 913 lignes 148 ss). Ledit délai, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où Payot commandait l'ouvrage et le moment où elle le recevait. Ces ruptures étaient dues, selon Payot, au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande en France et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours (cf. acte 913 lignes 166 ss). La demande de Payot tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter les ruptures de charge. Elle déplore qu'aucun diffuseur-distributeur n'ait pris en compte ses besoins (cf. acte 913 ligne 152).

9.3.2.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs-distributeurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Quoi qu'il en soit, il paraît peu vraisemblable que la demande de Payot ait porté uniquement sur une autorisation de s'approvisionner en France pour les cas où des titres seraient en rupture de stock auprès des diffuseurs suisses: les librairies interrogées dans le cadre de la procédure ont quasi toutes relevé qu'un des principaux inconvénients à se fournir en France résidait dans des délais de livraison très longs (cf. notamment acte 909 ligne 375). Or, on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse ne peut pas être honorée dans un certain délai. A cet égard, Servidis a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de dix à quinze jours (cf. acte 914 lignes 446 ss).

Néanmoins, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, Servidis a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (cf. acte 914 lignes 451 ss). De même, Diffulivre a rapporté que le tour de table lors de la séance de l'ASDEL avait porté sur la question des importations parallèles (cf. acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert pas les intérêts des diffuseurs-distributeurs, il convient de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que la question des importations parallèles avait été abordée: « [J]es diffuseurs ont appris que la [FNAC] avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la [FNAC] a tou-

jours la possibilité de passer par la plateforme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (cf. acte 547f, page 12). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs, autant lors de l'assemblée des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL en 2005 qu'en 2007, ce qui constitue un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par la recourante à ses partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires pour l'ensemble des 56 relations commerciales pour lesquelles un accord en matière de concurrence a pu être démontré.

9.3.3 Sur le vu de ce qui précède, il ressort que l'exercice du droit de retour et les discussions en 2005, auxquelles a participé la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constituent un indice supplémentaire de l'existence d'une interdiction des ventes passives.

S'agissant des 25 éditeurs dont le contrat contient l'engagement de prendre toutes mesures pour assurer l'exclusivité octroyée à la recourante (cf. *supra* consid. 9.2.6), ces indices renforcent la présomption de fait que ledit engagement avait pour objet l'interdiction des ventes - tant actives que passives - par d'autres fournisseurs agréés, actifs hors du territoire suisse et n'appartenant pas au groupe MP. La recourante n'apporte jusque-là aucun élément propre à affaiblir la conviction du tribunal sur ce point.

Quant aux 31 éditeurs/diffuseurs dont le contrat ne contient pas explicitement ledit engagement (cf. *supra* consid. 9.2.6), ces indices ne suffisent pas à eux seuls à emporter la conviction du tribunal que ces accords ont conduit à l'interdiction des ventes passives.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de poursuivre l'analyse afin de déterminer si lesdits accords ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.4 Prise en compte des effets des accords

9.4.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs suisses, fondés sur des régimes d'exclusivité, ont dans les faits incontestablement visé l'interdiction des ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la FNAC et Payot, ce seraient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui seraient la cause de leur échec à importer parallèlement les ouvrages de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seule B.A._____ serait parvenue à procéder à des importations parallèles, grâce à la mise en place du système B.B._____, lequel repose sur des partenariats - secrets tant pour les diffuseurs-distributeurs en France qu'en Suisse - avec des détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé aurait été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité

inférieure, l'exemple de B.A._____ serait la preuve par les faits que, durant la période concernée, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tabelles de conversion de tous les diffuseurs-distributeurs contiendraient, dans tous les cas, une majoration par rapport au taux de change. Aussi, elle considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau des prix que des services ou de la qualité.

9.4.2 La recourante fait valoir en premier lieu que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution ayant pour objet d'exclure les ventes passives sur le territoire attribué par d'autres fournisseurs agréés. Ainsi, il ne pourrait être pris en compte, au stade de la prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, des effets de l'accord sur le marché - ceux-ci devant être analysés lors du renversement de celle-là. Elle expose que le seul fait que des ventes passives puissent être effectuées par d'autres distributeurs suffit à exclure l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart; il ne s'agit à ce stade pas de démontrer que des importations parallèles ont effectivement eu lieu. Elle précise que l'exclusion des ventes passives peut être directe, mais également indirecte, dans ce cas l'accord doit produire des effets correspondant à une exclusion directe. En l'espèce, elle soutient que les contrats incriminés ne contiennent aucune clause qui s'apparente à une exclusion directe ou indirecte des ventes passives. De même, il ne peut pas être déduit de l'exclusivité concédée une restriction des ventes passives. Elle fait par conséquent valoir que les contrats ne sont pas présumés exclure les ventes passives. S'agissant de l'exemple de B.A._____, elle estime que cet état de fait ne lui est pas opposable dès lors que ce détaillant ne fait pas partie de sa clientèle et qu'elle n'est pas citée par B.A._____ lors de son audition. De même, elle conteste l'analyse de l'autorité inférieure s'agissant des effets que les clauses litigieuses auraient produits, l'état de fait retenu par l'autorité inférieure étant inexact et incomplet. Elle conteste en particulier le différentiel de prix de 30 à 40 % entre la France et la Suisse retenu dans la décision attaquée, celui-ci se situant, selon la recourante, entre [environ 5] et [environ 10] % en tenant compte de la remise accordée aux détaillants. Elle estime dès lors que cette différence de prix n'a pas suffi à susciter des importations parallèles.

9.4.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdit les ventes passives (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 no 33; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 no 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.4.2; arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 *Implemia* consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle

concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de la présomption, mais seulement dans le cadre du renversement de celle-ci (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 3.3.14.2 et 8.1.2). Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (art. 4/b 1^{er} tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, car ce point n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Le contraire ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 à un comportement étranger à celui des entreprises participantes, ce qui n'est pas acceptable (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 609; AMSTUTZ/ REINERT, op. cit., no 71; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 s.).

Comme exposé ci-dessus, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. *supra* consid. 6.4). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché - en particulier les défauts d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante - peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace, mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 488 s. no 223).

Par ailleurs, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Sammelrevers*, a - dans le cadre de l'examen des conditions d'application de la présomption - non seulement discuté de l'accord en question mais également de la mise en oeuvre et de la portée de celui-ci au regard du droit de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.5, 6.5 2 ss et 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implenja*, a de même ajouté que des éléments de fait, se rapportant aux effets de l'entente, pourraient aussi être pertinents en cas de doute quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenja* consid. 7).

Enfin, l'art. 4 /b 1^{er} tiret du règlement d'exemption, dont s'inspire l'art. 5 al. 4 LCart, prévoit que ne sont pas exemptés les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle

l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (ch. 47 des lignes directrices).

Qualifier un accord ou une pratique de restrictif à la concurrence par son objet équivaut en effet à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence (cf. arrêt de la CJUE du 14 mars 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító contre Gazdasági Versenyhivatal*, point 43). Un tel accord est présumé susceptible d'avoir des effets négatifs sur le marché et constitue *per se* une infraction à l'art. 101 par. 1 TFUE (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 88). Certains auteurs estiment toutefois que, même dans le cadre de restrictions à la concurrence par objet, une certaine forme d'analyse des effets de l'entente s'impose. Le caractère sensible de la restriction implique de définir le marché pertinent et, dès lors, une certaine forme d'analyse des effets économiques pro- et anticoncurrentiels de l'entente sur ledit marché (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 275). De même, un accord échappe à la prohibition de l'art. 101 par. 1 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante (cf. arrêts de la CJCE du 28 avril 1998 C-306/96 *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, Rec. 1998 I-1983 point 17, du 25 novembre 1971 C-22/71 *Béguelin Import contre G.L. Import Export*, Rec. 1971 949 point 16, et du 9 juillet 1969 C-5/69 *Voelk contre Vervaecke*, Rec. 1969 295 point 7).

Dès lors que le droit européen - qui, contrairement au droit suisse, ne cherche pas à interdire les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des accords (principe de l'abus), mais des accords en soi (principe de l'interdiction) (cf. arrêts du TAF B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3) - n'exclut pas de prendre en compte les effets sur la concurrence pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre celle-ci, le recours aux effets constatés sur le marché est *a fortiori* admis au stade de l'établissement des prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

La prise en compte des effets de l'accord au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ne dispense pas - le cas échéant - l'autorité d'examiner ultérieurement si la présomption est ou non renversée.

Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

9.5 Possibilités d'arbitrage

La première étape de l'analyse des effets de l'accord consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage. La recourante nie que de telles possibilités eussent existé en raison du faible différentiel de prix entre la Suisse et la France pour les ouvrages qu'elle diffuse et distribue. A ce stade, il s'agit uniquement de déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations ont eu lieu ou si elles auraient pu être effectuées. Ce n'est que dans un dernier temps - s'il est avéré que des importations n'étaient pas possibles - qu'il s'agira d'examiner la raison

pour laquelle dites importations n'ont pas été entreprises.

Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des détaillants actifs en Suisse romande, le premier le 19 décembre 2008 (cf. acte 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (cf. acte 343). Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008, aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 63). L'autorité inférieure a procédé à l'audition de quatre détaillants, à savoir B.A. _____ (cf. acte 911), la librairie A. _____ (cf. acte 909), FNAC (cf. acte 906) et Payot (cf. acte 913), dans la mesure où la plupart des diffuseurs-distributeurs ont affirmé que ceux-ci avaient procédé à des importations en raison des possibilités d'arbitrage existantes.

Il convient en premier lieu de préciser que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, dès lors que ces titres ne connaissent justement pas de diffusion/distribution en Suisse; un approvisionnement depuis la France constitue ainsi le seul moyen de les obtenir.

Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.8.4 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.3.19). S'agissant en particulier du questionnaire du 2 mars 2011, le secrétariat a demandé aux revendeurs, sous forme de questions à choix multiples, s'ils avaient déjà essayé d'obtenir un livre appartenant au catalogue de l'un des diffuseurs-distributeurs établis en Suisse sans passer par le diffuseur-distributeur disposant du titre dans son catalogue, le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les détaillants qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones notamment auprès de la recourante sont pris en compte dans l'examen ci-après.

Il y a lieu de relever que, à la question - contenue dans le questionnaire de décembre 2008 - de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 47 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones notamment auprès de la recourante - et non pas 68 comme l'a soutenu la recourante durant sa plaidoirie du 29 octobre 2019 -, 14 ont répondu notamment qu'il n'était pas possible de se fournir à l'étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et 19 ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse.

Les inconvénients suivants ont été mentionnés: délais de livraison plus longs, frais de port élevés, frais de douane, tarif administratif pour le traitement de la TVA, frais bancaires, factures pro forma, formalités administratives compliquées, remises accordées plus basses,

livres abîmés durant le transport, problèmes douaniers occasionnels, absence de droit de retour ou à des conditions moins avantageuses en cas de renvoi des livres, difficultés à trouver et à communiquer avec les éditeurs, davantage de travail dû à la collaboration avec chaque entité individuelle plutôt qu'avec un seul partenaire.

Quant aux avantages à se fournir à l'étranger, ces mêmes détaillants ont indiqué qu'ils bénéficieraient d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Quelques libraires ont également reconnu que l'approvisionnement à l'étranger permettait, le cas échéant, d'obtenir un livre qui n'était plus en stock en Suisse.

Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l'importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution suisse, en particulier pour les libraires indépendants. La Librairie A. _____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tables trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant d'être performants (cf. acte 442). A la question de savoir si elle avait entrepris des démarches pour ouvrir un compte à l'étranger, la responsable de dite librairie a répondu par la négative. Elle a indiqué ne pas avoir envie de faire ces démarches, qu'elle s'était renseignée et qu'elle s'était aperçue que, pour les libraires indépendants, ce serait plus cher et moins bien. Elle a mentionné que la diffusion-distribution suisse était pour le moment « extrêmement performante ». Elle dit craindre de ne pas arriver, en passant par la France, à avoir des livres aussi rapidement qu'en Suisse. Elle insiste enfin sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France, mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long (cf. acte 909).

La FNAC a relevé que les informations données mensuellement par les représentants suisses étaient capitales pour coller aux exigences du marché suisse. Or, un approvisionnement en France entraînerait inévitablement la disparition des structures suisses et des compétences inhérentes (cf. acte 254). Trois librairies, dont Payot, entre autres raisons, ont déclaré ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a indiqué qu'elle finançait, avec la FNAC, l'équilibre économique de la distribution locale - dont bénéficient tous les petits et moyens détaillants - en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (cf. acte 129).

Il ressort des réponses fournies que les inconvénients de se fournir en France se font particulièrement sentir chez les librairies indépendantes. Aussi, il y a lieu de distinguer lors de l'examen des possibilités d'arbitrage les détaillants les plus importants en Suisse - à savoir Payot et la FNAC - des petits et moyens détaillants.

9.5.1 Tout d'abord, il y a lieu de relever que, durant la période visée par l'enquête, les prix pratiqués sur le marché « *wholesale* » français étaient inférieurs à ceux

appliqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure (cf. ch. 571 de la décision attaquée), ce que Payot a confirmé lors de son audition (cf. acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau « *wholesale* » en Suisse repose sur un système de tables de conversion établies, par chaque diffuseur-distributeur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Bien qu'elles ne soient pas identiques, ces tables contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée pour chaque détaillant avec chaque diffuseur-distributeur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France. Chaque diffuseur-distributeur agit de manière totalement indépendante sur ce point; il n'y a pas d'entente entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (cf. ch. 571 de la décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a relevé également Payot au cours de son audition:

« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table d'aujourd'hui on le retrouve à [...] comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] % de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à [...]. Donc, ils vont acheter ledit bouquin à [...]. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] % de remise [...] % sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est 38 % de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. Et c'est exactement ce qui est en train de se passer pour la FNAC qui [...] s'approvisionnait en Suisse et [...] s'approvisionne maintenant en France. Donc elle a accès à des prix d'achat qui vont jusqu'à 40 % moins chers que ceux auxquels elle avait accès auparavant. Ce qui veut dire qu'elle a maintenant la totale liberté soit de développer des profits significatifs localement, qui est quand-même une distorsion de concurrence qui lui permet de mieux vivre, soit de jouer sur les prix de vente puisqu'il y a une totale liberté de jouer sur les prix de vente » (cf. acte 913 lignes 662-678).

Ce différentiel de prix au niveau « *wholesale* » entre la Suisse et la France est également établi par le système mis en place par B.A. _____ durant la période visée par l'enquête. Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, le système mis en place par B.A. _____ prévoit des achats par l'intermédiaire de libraires situés en France, afin de fournir les points de vente de B.A. _____ en Suisse (cf. acte 838). Ce système démontre par-là même que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses. Il importe peu, à ce stade, de savoir si B.A. _____ a tenté de s'approvisionner directement auprès du groupe MP, en tant que le marché de référence ne couvre pas uniquement les ouvrages diffusés-distribués par la recourante en Suisse.

Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achat que Payot et FNAC auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes de ventes réalisées par ces deux détaillants en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...]

% des parts de marché « *retail* » suisse du livre écrit en français (cf. acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (cf. acte 906 lignes 15-22), la FNAC aurait pu réaliser [...] desdites importations.

L'importation de marchandises se caractérise en particulier par des économies d'échelle en relation avec le transport et le dédouanement; une augmentation du volume d'importation entraîne ainsi une réduction des coûts moyens y relatifs. Le volume d'importation hypothétique de Payot excédant même le volume d'importation du plus grand diffuseur-distributeur de livres écrits en français actif en Suisse (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011), celle-ci aurait pu comparativement, en cas d'importations parallèles, profiter d'économies d'échelle. Toutefois, dans le cadre de son audition, Payot a estimé les coûts des importations parallèles à 10 % du prix de l'ouvrage concerné (cf. acte 913 ligne 923).

Quant à la FNAC, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...] %, elle aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la FNAC correspond environ au volume d'importation de Servidis (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011) - troisième plus gros diffuseur-distributeur de la branche actif en Suisse après Interforum (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011). En tant que la FNAC est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la FNAC des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot.

Il s'ensuit que, en dessous d'un différentiel de prix au niveau « *wholesale* » entre la Suisse et la France de l'ordre de 10 %, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importations n'auraient pas excéder ledit différentiel de prix. Partant, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, renonce à la mise en oeuvre d'une expertise visant à établir le coût des importations depuis la France. Il y a dès lors lieu de rejeter les réquisitions de preuves en ce sens.

9.5.2 En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tables constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30 % plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22, page 5). La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir renoncé à calculer et à individualiser une différence de prix pour chaque diffuseur-distributeur. Elle estime cette dernière, s'agissant des ouvrages qu'elle diffuse et/ou distribue, entre [environ 5] % pour un taux de remise de [...] %, et [environ 10] % pour un taux de remise de seulement [...] %.

Dans ce contexte, il sied de déterminer au plus près le niveau des prix « *wholesale* » français et suisse, en vue d'établir d'abord si lesdits détaillants auraient eu concrètement un intérêt à procéder à des importations parallèles.

S'agissant de la recourante, elle a produit - à l'appui de ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012 - les tabelles qu'elle a appliquées entre le 1^{er} juillet 2007 et le 31 décembre 2011 (celle du 1^{er} octobre 2011 étant encore en vigueur à ce jour-là; cf. acte 691, annexes 8 à 12). Cela précisé, au regard des tabelles fournies et du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse durant la période de référence (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après: BNS], cf. < [Aussi, le niveau des prix sur le marché « *wholesale* » français aurait été, entre juillet 2007 et août 2009, \[moins de 10\] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par la recourante. Il aurait été \[plus de 10\] % inférieur entre sep-](https://data.snb.ch/fr/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0(M0),D1 (EUR1) >, consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué, entre juillet 2007 et août 2009, un prix public au niveau « <i>retail</i> » en Suisse de [...] % en moyenne plus cher qu'en France s'agissant des livres dont la fourchette du prix public français s'élève jusqu'à 40 euros, soit en ce qui concerne la catégorie de livres la plus représentative en termes de vente sur le marché français (tablette du 1^{er} juillet 2007 [cf. acte 691, annexe 8]). Entre septembre 2009 et juillet 2010, le prix public au niveau « <i>retail</i> » en Suisse était de [...] % en moyenne plus cher que son équivalent en France (tablette du 1^{er} septembre 2009 [cf. acte 691, annexe 9]), entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % en moyenne plus cher (tablette du 1^{er} août 2010 [cf. acte 691, annexe 10]), entre janvier 2011 et septembre 2011, de [...] % en moyenne plus cher (tablette du 1^{er} janvier 2011 [cf. acte 691, annexe 11]) et, entre octobre 2011 et décembre 2011, de [...] % plus cher (tablette du 1^{er} octobre 2011 [cf. acte 691, annexe 12]). Ces augmentations moyennes des prix en Suisse par rapport à la France durant la période où chaque tablette a été appliquée se déterminent de la manière suivante. Il y a d'abord lieu d'établir un facteur de conversion moyen par tablette fournie pour la catégorie de livres précités (tabelles du 1^{er} juillet 2007: [...]; du 1^{er} septembre 2009: [...]; du 1^{er} août 2010: [...]; du 1^{er} janvier 2011: [...]; du 1^{er} octobre 2011: [...]). Ensuite, il est tenu compte des taux de change mensuels moyens entre l'euro et le franc suisse pour la période correspondante, conformément aux statistiques du cours des devises de la BNS. Les différences entre les facteurs de conversion moyens et les divers taux de change entre l'euro et le franc suisse, divisées par lesdits taux mensuels, représentent les augmentations mensuelles moyennes des prix en Suisse par rapport à la France pour les livres jusqu'à 40 euros. De l'ensemble des augmentations mensuelles durant la période de validité de chaque tablette résultent les augmentations moyennes de [...] % entre juillet 2007 et août 2009, de [...] % entre septembre 2009 et juillet 2010, de [...] % entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et septembre 2011 et de [...] % entre octobre 2011 et décembre 2011.</p>
</div>
<div data-bbox=)

tembre 2009 et juillet 2010, [plus de 10] % inférieur entre août 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % inférieur entre janvier 2011 et septembre 2011 et [moins de 10] % inférieur entre octobre 2011 et décembre 2011, compte tenu:

- d'un taux de remise accordé à un libraire français du niveau de Payot sur le prix de vente en France de 40 % selon les indications, dans le cadre de la demande d'informations précitée, de Payot (cf. acte 21, page 5) et des allégations de la recourante (cf. ch. 117 du mémoire de recours, qui fait état d'une remise moyenne de [...] % pour l'ensemble des librairies en France;
- d'un taux de remise de base accordé au libraire suisse Payot sur le prix de vente tabellisé en Suisse de maximum [...] % selon les allégations de la recourante (cf. ch. 118 du mémoire de recours) - qui fait état d'une remise moyenne de [...] % pour l'ensemble des librairies en Suisse - nonobstant le chiffre inférieur avancé par Payot de [...] % (cf. acte 21, page 5);
- ainsi que du retrait de la TVA française à 5.5 % du prix payé après déduction de la remise accordée en France et de l'ajout de la TVA suisse à 2.5 % (à savoir le taux déterminant de TVA le plus élevé durant la période de référence, celui-ci étant passé de 2.4 % jusqu'à fin 2010 à 2.5 % dès début 2011) sur le prix d'achat français hors TVA.

Ce montant se calcule comme suit. Après déduction de la remise de 40 % et de la TVA française ainsi que de l'ajout de la TVA suisse, Payot aurait payé, au regard du marché « *wholesale* » français, 58.3 % du prix public français ($(100 \% - 40 \%) / 1.055 \times 1.025$). Sur le marché « *wholesale* » suisse, ladite librairie n'a certes payé que [...] % du prix public recommandé en Suisse par la recourante, après déduction de la remise (plus élevée) de [...] % ($100 \% - [\dots] \%$), alléguée par la recourante. Cela dit, le prix public suisse au niveau « *retail* » étant en moyenne respectivement de [...] % entre juillet 2007 et août 2009, de [...] % entre septembre 2009 et juillet 2010, de [...] % entre août 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et septembre 2011, et de [...] % entre octobre 2011 et décembre 2011 plus élevé que celui en France pour la fourchette considérée, le prix « *wholesale* » à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins:

- entre juillet 2007 et août 2009, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- entre septembre 2009 et juillet 2010, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- entre août 2010 et décembre 2010, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- entre janvier 2011 et septembre 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- et entre octobre 2011 et décembre 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français.

Dans l'ensemble, le prix requis par la recourante au niveau « *wholesale* » est:

- entre juillet 2007 et août 2009, [moins de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du mar-

- ché « *wholesale* » en France ({...} % - 58.3 %) / 58.3 %);
- entre septembre 2009 et juillet 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « *wholesale* » en France ({...} % - 58.3 %) / 58.3 %);
 - entre août 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « *wholesale* » en France ({...} % - 58.3 %) / 58.3 %);
 - entre janvier 2011 et septembre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « *wholesale* » en France ({...} % - 58.3 %) / 58.3 %);
 - et entre octobre 2011 et décembre 2011, [moins de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché « *wholesale* » en France ({...} % - 58.3 %) / 58.3 %).

A noter qu'il est tenu compte du taux de remise de [...] % allégué par la recourante dans son mémoire de recours - et non pas du taux de [...] % fourni par Payot en début d'enquête - ainsi que du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'entier de la période de l'enquête, dès lors qu'en tenant compte de ceux-ci, l'on parvient à un différentiel de prix entre la Suisse et la France au niveau « *wholesale* » inférieur à celui obtenu en prenant les taux moins élevés, ce qui est au bénéfice de la recourante. De même, les différents chiffres ayant été arrondis lors des différentes étapes du calcul, il peut subsister une différence de l'ordre de 0.1 % dans le résultat final. Dite différence n'a toutefois pas d'influence sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer de l'existence d'un différentiel de prix de [...] à [...] % entre les prix « *wholesale* » français et suisse.

Le différentiel de prix de seulement [moins de 10] % ayant existé entre les marchés « *wholesale* » français et suisse entre juillet 2007 et août 2009 et celui de [moins de 10] % ayant existé entre octobre 2011 et décembre 2011 ont fortement diminué, sans toutefois les supprimer totalement, les possibilités d'arbitrage durant ces deux périodes. En revanche, les différentiels de prix de respectivement [plus de 10] %, [plus de 10] % et [plus de 10] % ayant existé entre septembre 2009 et septembre 2011 confirment que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé durant cette période pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

Quant à la période entre janvier 2005 et juin 2007, la recourante - à l'inverse d'autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés - n'a pas produit de tables. Toutefois, dans ces différentes écritures, elle soutient que de telles possibilités n'ont pas non plus existé entre janvier 2005 et juin 2007. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer dites allégations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait de produire, conformément à son obligation de collaborer, les tables sur lesquelles elle se fonde pour prétendre que des possibilités d'arbitrage n'ont pas non plus existé entre janvier 2005 et juin 2007.

Dès lors qu'il peut être retenu que des possibilités d'arbitrage ont existé au moins durant une partie de la période

de l'enquête, soit entre septembre 2009 et septembre 2011, elles suffisent en soi à ce stade de l'analyse. Il y aura toutefois lieu de tenir compte de l'absence de possibilités d'arbitrage entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, dans le calcul d'une éventuelle sanction.

9.5.3 Reste à déterminer si, pour les petits et moyens détaillants, il existait, durant la période de l'enquête, des possibilités d'arbitrage par les prix ou par les services. Il ressort des réponses données dans le questionnaire envoyé aux détaillants en décembre 2008 que - parmi les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante - ces mêmes détaillants ont bénéficié d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Entendue par l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012, la Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et responsable de la librairie A._____, a expliqué s'approvisionner exclusivement en Suisse, ceci pour des raisons à la fois de commodité et économiques:

« [...] Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher [...] » (cf. acte 909 lignes 122-123).

« [...] si j'ouvrais des comptes en France, [...] mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande » (cf. acte 909 lignes 132-135).

« Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant » (cf. acte 909 lignes 347-350).

L'autorité inférieure a également entendu le responsable de l'enseigne B.A._____ en date du 26 novembre 2012 (cf. acte 911), laquelle comprenait [...] points de vente en Suisse romande (cf. acte 911 lignes 70-73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse, précisant ceci:

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] » (cf. acte 911 ligne 186).

« Or à l'époque, l'euro valait à peu près 1.65/1.66, des diffuseurs qui exagèrent un petit peu étaient autour de 2.20/2.25 [...] » (cf. acte 911 lignes 47-48).

Ainsi, il ressort des réponses au questionnaire envoyé en décembre 2008 que, en cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites et moyennes librairies doivent en particulier, en raison de leur faible volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, frais d'exploitation).

Toutefois, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « *retail* » en Suisse, l'exemple de B.A. _____ souligne l'existence de possibilités d'arbitrage lorsque le différentiel de prix entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. Ainsi, il ne peut être exclu que des possibilités d'arbitrage aient existé, y compris pour les petits et moyens détaillants, lesquels auraient éventuellement pu les renforcer en coordonnant - sans toutefois contrevenir à la loi sur les cartels - leurs importations. En revanche, il ne peut être retenu que des possibilités d'arbitrage ont existé pour les petits et moyens détaillants, lorsque celles-ci n'existaient pas pour Payot et la FNAC. Aussi, il y a lieu de retenir que des possibilités d'arbitrage ont été fortement diminuées pour les petits et moyens détaillants entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, à savoir lorsque le différentiel de prix entre le marché « *wholesale* » suisse et français était inférieur à 10 %.

9.5.4 Sur l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que, s'agissant de Payot et de la FNAC, des possibilités d'arbitrage par les prix ont existé durant une partie de la période visée par l'enquête. S'agissant des petits et moyens détaillants, des possibilités d'arbitrage par les prix ont également existé durant une partie de la période de l'enquête, dès lors que nonobstant un faible volume d'achat, ceux-ci pourraient notamment coordonner leurs importations, dans les limites fixées par la loi. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant, dans la décision attaquée, que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.6 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner respectivement si, sur le marché de référence, des importations suffisantes ont été entreprises par les détaillants durant la période considérée et si elles auraient pu l'être.

A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités - de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition - de l'ensemble des librairies ayant indiqué s'approvisionner auprès de la recourante. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices permettant d'apprécier si des importations étaient possibles ou non à l'époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. Enfin, il y a lieu de rappeler que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, un approvisionnement en France constituant le seul moyen de les obtenir. Aussi, les expériences des

détaillants ayant déclaré ne s'approvisionner en France que lorsque l'ouvrage n'était pas diffusé/distribué en Suisse doivent être écartées.

9.6.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (cf. acte 343), avoir tenté de se fournir auprès d'un « *diffuseur-distributeur étranger* », deux ont répondu avoir essayé, une ou plusieurs fois, et n'avoir rencontré aucune difficulté pour le faire. Il s'agit de la librairie D.A. _____ (une fois; cf. acte 353) et de la FNAC (une fois; cf. acte 411). A cet égard, il y a lieu de relever que, dans le précédent questionnaire du 9 décembre 2008, la librairie D.A. _____ avait indiqué qu'il n'existait pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la FNAC avait expliqué qu'un approvisionnement en France pourrait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs-distributeurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (cf. acte 53). Trois librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur/distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C. _____, laquelle a expliqué que « *en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat* » (cf. acte 473); de la librairie D.D. _____, qui a relevé que « *les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse* » (cf. acte 433) et la librairie D.E. _____ (cf. acte 421).

La librairie D.F. _____ a elle-aussi indiqué avoir tenté de s'approvisionner auprès d'un « *autre partenaire commercial* », en l'occurrence une « *librairie collègue* », mais avoir essuyé plusieurs refus (cf. acte 461).

Payot a répondu s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « *autre partenaire commercial* », à titre exceptionnel, pour pallier des ruptures de stock en Suisse sur une meilleure vente du moment, tout en précisant qu'elle n'avait pas un grand intérêt à le faire à grande échelle, car si elle réduisait ses achats chez les diffuseurs-distributeurs suisses, ses conditions commerciales - liées au volume d'achat annuel - seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (cf. acte 397).

S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « *éditeur* », un d'entre eux a indiqué avoir tenté de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté. Il s'agit de la librairie D.H. _____. Elle a répondu s'être approvisionnée une seule fois auprès d'un éditeur, n'exposant cependant pas les circonstances en lien avec cet approvisionnement (cf. acte 427). La librairie D.J. _____ (cf. acte 418) a indiqué que s'approvisionner auprès des éditeurs était « *tellement plus compliqué* » et que « *chaque livre est un cas* ». Une autre librairie - D.E. _____ (cf. actes 149 et 421) - a indiqué avoir rencontré des difficultés à s'approvisionner auprès de l'éditeur et avoir essuyé plusieurs refus. Elle met en cause les contrats d'exclusivité, lesquels « *vérouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct* ». Elle indique

toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (cf. acte 149). Plusieurs librairies ont fait état de difficultés ou de refus, les ayant parfois contraintes à renoncer à un approvisionnement direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment de la librairie D.M._____ (cf. actes 130 et 358), de la librairie D.C._____ (cf. acte 473) et de la librairie D.Z._____ (cf. acte 371). Les raisons avancées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus.

Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements auprès d'éditeurs et de diffuseurs-distributeurs. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.H._____ qui a annoncé avoir acquis avec succès un seul ouvrage auprès d'un éditeur - sans toutefois en détailler les circonstances -, les détaillants font face à des difficultés ou des refus, lorsque ledit ouvrage est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relève Payot, la FNAC ou la librairie D.A._____, ce n'est que lorsque l'ouvrage n'est plus disponible auprès des diffuseurs-distributeurs suisses - par exemple en cas de rupture de stock - qu'un approvisionnement en France est exceptionnellement possible.

9.6.2 Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (cf. acte 913). Celle-ci a indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, elle n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle - ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » - et n'aurait pas été en mesure de le faire, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise [...] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la diffusion-distribution en Suisse (cf. acte 913 lignes 400-409). A noter que ces derniers ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés/distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non-diffusés et non-distribués en Suisse, Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C._____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (cf. acte 913 lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du « faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions et de mesures de rétorsion au niveau de ses conditions commerciales (cf. acte 913 lignes 812-830). Cela ne pourrait fonctionner que pour des librairies de taille modeste. Dès que le volume est trop important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec. En outre, Payot souhaite travailler avec ses fournisseurs de manière transparente (cf. acte 913 lignes 805-807).

De même, Payot a précisé que ses « achats en France ne pourraient se faire qu'auprès des maisons-mères et

certainement pas auprès de grossistes quels qu'ils soient, qui sont inadaptés aussi bien en termes de conditions commerciales puisque c'est un intermédiaire de plus, ça ne réglerait pas [son] problème de prix d'achat [...] » (cf. acte 913 lignes 422-425).

Le directeur général de Payot a indiqué avoir eu, à la suite de l'appréciation du franc suisse, des discussions avec Interforum en septembre 2011 en vue d'un approvisionnement depuis la France. Celles-ci se sont conclues, dans un premier temps, par une fin de non-recevoir, puis, dans un second temps, par une amélioration des conditions commerciales et par une demande officielle de Payot, en septembre 2012, pour l'ouverture de négociations. Celle-ci a abouti par un « nous y réfléchissons », sans qu'aucune date ne soit fixée (cf. acte 913 lignes 268-279). Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livres en France en 2000 - [...] - et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de comptes ouverts auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (cf. acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué [...]. Elle peut se satisfaire d'un approvisionnement local, dès lors que les prix d'achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd'hui s'agissant de Dargaud et Servidis (cf. acte 913 lignes 943-947).

Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 9.5.2), Payot n'a pas tenté de s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête - sauf rares exceptions en cas de rupture de stock - pour des motifs éthiques et en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot a ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 et 9 décembre 2008:

« Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire » (cf. actes 21 et 129).

Néanmoins, il ressort de ces mêmes questionnaires - ainsi que des procès-verbaux d'audition du libraire - qu'un approvisionnement à l'étranger, durant la période considérée, n'était pas possible lorsque l'éditeur était distribué en Suisse. Auditionnée une première fois par l'autorité inférieure, le 4 avril 2012, dans le cadre de l'enquête, Payot a en effet indiqué:

« Jusqu'à maintenant, un libraire suisse ne peut pas commander directement aux diffuseurs français. Un diffuseur français a en général un contrat d'exclusivité avec un diffuseur suisse ou le diffuseur suisse est une filiale du diffuseur français. Les diffuseurs français ne livrent pas les libraires suisses » (cf. acte 510).

Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot - à l'exception des ouvrages appartenant à la franchise [...] - n'a pas tenté d'importations durant la période de l'enquête au motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour s'approvisionner à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales en Suisse étaient acceptables. Enfin, le fait que des importations aient été entreprises via un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », via les librairies C._____, ne suffit pas à démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné.

9.6.3 S'agissant de l'enseigne B.A._____, celle-ci a mis en place, dans une première phase, un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (cf. acte 911 lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon le responsable de B.A._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement dans le fait que les diffuseurs partaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B._____ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (cf. acte 911 lignes 88-91). Les diffuseurs suisses auraient demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société B.B._____. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été imposés à B.B._____, si bien que B.B._____ a dû déposer le bilan (cf. acte 911 lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans, a été établi et respecté. Durant la période du plan de continuation, la structure de B.B._____ a évolué: « Eh ben, j'ai compris ce qu'il fallait faire, c'est-à-dire qu'il fallait [que B.B._____] n'achète plus rien chez les éditeurs, mais n'ait plus qu'une société qui s'approvisionne chez des tiers et qui fait les exportations vers la Suisse » (cf. acte 911 lignes 168-170). Le responsable de B.A._____ a ainsi fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant celles-ci, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour [...] librairies (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (cf. acte 911 lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. L'identité de ces librairies est tenue secrète pour se protéger des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (cf. acte 911 lignes 251-253):

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir [...] librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire » (cf. acte 911 lignes 186 et 608-610).

A la suite de son audition, le responsable de B.A._____ a transmis à l'autorité inférieure une note complémentaire, datée du 17 janvier 2013, dans le but de « mieux préciser [ses] propos », retranscrits dans le procès-verbal (cf. acte 838). Il a notamment indiqué qu'en vue de dite audition, il avait envoyé des courriers à chaque distributeur français, afin de demander l'ouverture d'un compte pour être servi en direct.

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs-distributeurs comme l'exemple-type prouvant que des importations avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition

d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif - qui plus est pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « *retail* » en Suisse - a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écrans liées secrètement à une société d'importation (cf. ch. 251 de la décision attaquée). L'affirmation de la recourante - dans son mémoire de recours (cf. ch. 112 de la décision attaquée) selon laquelle « l'exemple de [B.A._____] est sans pertinence [pour la recourante]. [B.A._____] est une librairie qui vend essentiellement des livres universitaires et éducatifs. Les bandes dessinées, livres pour enfants et livres pratiques diffusés par la recourante ne trouvent pas place dans ses rayonnages, ou de manière très accessoire » est en contradiction directe avec le carnet de rentrée scolaire produit par B.A._____ à l'appui de sa note complémentaire du 17 janvier 2013, lequel mentionne, dans ce qui apparaît être une brochure publicitaire, que B.A._____ fournit également ses clients en bandes dessinées, en livres de jeunesse et en livres pratiques (cf. acte 838, page 33). La recourante fait grief qu'on devrait déduire du fait que B.A._____ ne mentionne à aucun moment des difficultés pour ouvrir un compte auprès du groupe MP en France que, soit ceci n'a pas été demandé, soit B.A._____ n'a pas eu d'intérêt à s'approvisionner auprès de la recourante. Or, ce faisant, elle perd de vue que le système B.B._____ repose sur des librairies écrans, dont l'appartenance audit système est inconnue des diffuseurs-distributeurs, de sorte que la recourante n'a pas la possibilité de déterminer si B.A._____ s'approvisionne auprès d'elle. Au contraire, il appert que le fait que cette dernière offre précisément des bandes dessinées, des livres de jeunesse et des livres pratiques constitue un indice que celle-ci devait s'approvisionner, d'une manière ou d'une autre, en ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, de sorte qu'il y a lieu de tenir compte de cette expérience.

Il y a encore lieu de relever que, selon les indications du responsable de B.A._____, entendu par l'autorité inférieure en qualité de témoin, la société B.B._____ se serait à l'époque vue imposer des baisses unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. *supra* consid. 9.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prises par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si personne ne remet en cause que l'existence du système B.B._____ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A._____ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écrans utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

9.6.4 Il s'ensuit que les quelques importations opérées durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été pos-

sibles, ce d'autant plus que, pour B.A. _____, elles l'ont été grâce à un système de librairies écrans complexe et secret.

Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.7 Possibilités d'importations parallèles

9.7.1 Il y a lieu de revenir sur les expériences des détaillants afin de déterminer si des importations parallèles étaient possibles durant la période de l'enquête.

9.7.1.1 Plusieurs détaillants, ayant répondu, dans le questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger, ont néanmoins prétendu que des importations parallèles étaient possibles durant la période visée par l'enquête.

La librairie A. _____ - laquelle a répondu, par questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger (cf. acte 442) - a néanmoins affirmé, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que des importations seraient possibles: « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (cf. acte 257). Or, celle-ci a indiqué, lors de son audition devant l'autorité inférieure:

« On nous a suggéré d'ouvrir des comptes en France, on pourrait le faire tout à fait. Tout le monde...enfin... c'est peut-être un petit peu compliqué mais on pourrait le faire [...] Donc déjà, cette pratique [l'exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a des gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement, c'est une pratique française et je vois mal... nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient.... Enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion. On a vu [le directeur général de Payot], il essaye d'aller ouvrir des comptes, c'est difficile, mais enfin, on sent qu'il y a une discussion possible et j'ai vu justement en parlant avec [Madrigall] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (cf. acte 909 lignes 120-122 et 338-347).

Il s'ensuit que, contrairement à ce que la librairie A. _____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations étaient effectivement possibles. Au contraire, dès lors que les détaillants en question n'ont pas tenté de se servir parallèlement auprès de partenaires de distribution à l'étranger, leurs réponses ne sont pas aptes à démontrer que des importations parallèles étaient effectivement possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

9.7.1.2 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011, avoir tenté de se fournir auprès d'un « distributeur-diffuseur étranger », trois ont répondu avoir renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à eux. Il s'agit de la librairie D.C. _____, laquelle a expliqué que « en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat » (cf. acte 473), de la librairie D.D. _____, qui a relevé que « les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse » (cf. acte 433) et de la librairie D.E. _____, qui a également répondu avoir essuyé un refus en ces termes: « contrats d'exclusivité verrouillent toute possibilité d'obtenir le livre en direct. Position dominante du distributeur; les libraires sont désormais face à ce système » (cf. acte 421).

Au surplus, bien que très peu de détaillants aient tenté de s'approvisionner durant la période considérée auprès d'un diffuseur-distributeur, d'un grossiste, d'un détaillant ou d'un éditeur à l'étranger, les réponses données au questionnaire du 9 décembre 2008 permettent néanmoins de mettre en évidence des indices concordants.

Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions d'approvisionnement en livres écrits en français autres que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs suisses, 13 détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec lesdits diffuseurs-distributeurs, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux diffuseurs-distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution en France, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer leur commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.D. _____ a soutenu que « il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France » (cf. acte 143). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusive, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en France afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses [...] s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un « faux-nez » [...] mais cela reste, à notre connaissance, marginal » (cf. acte 129). La librairie D.P. _____ a répondu ce qui suit: « Aucune solution autre que de travailler avec les diffuseurs suisses: exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non rentable. M'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution est quasi impossible, très, très difficile et de toute façon encore bien plus cher que le prix des tabelles. Une anecdote: mécontent des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On

m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible: je DEVAIS commander ces livres chez le diffuseur suisse. Une autre anecdote: j'ai essayé une autre fois une commande en France: on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre: j'ai donc annulé cet essai » (cf. acte 140). La FNAC a également indiqué: « Il ne nous est contractuellement pas possible d'acheter directement nos livres en France. En effet, la plupart des diffuseurs ont des accords avec leur maison-mère et ont pris le soin de verrouiller ce point dans nos accords commerciaux annuels » (cf. acte 254). La Librairie D.Q._____ a de même relevé: « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais [des] filiales des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (cf. acte 155). La librairie D.R._____ a encore ajouté que « [pour] une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion/distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse » (cf. acte 264). La librairie D.S._____ a indiqué: « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses » (cf. acte 132). La librairie D.U._____ a prétendu enfin que « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un "grossiste", lui-même libraire en France » (cf. acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.W._____ (cf. acte 131) et de la librairie D.J._____ (cf. acte 144).

A noter que, dans ses plaidoiries du 12 mai 2015 et du 29 octobre 2019, la recourante a contesté que les propos de la librairie D.P._____ reproduit ci-dessus la concernent. Elle n'apporte toutefois aucun élément démontrant le contraire. De plus, il y a lieu de relever à cet égard que la librairie D.P._____ a également indiqué, dans le même document, en réponse à la question de savoir s'il existait des barrières à l'entrée (question no 7), que « Bien sûr ! Dargaud, par exemple, aura toujours toute l'exclusivité de distribution des livres du groupe Dargaud » (cf. acte 140). Dès lors que la librairie D.P._____ met en cause l'exclusivité accordée à l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses et qu'elle mentionne spécifiquement celle dont bénéficie la recourante, il n'y a pas lieu d'écarter les propos de la librairie D.P._____, quand bien même les anecdotes exposées concerneraient d'autres diffuseurs-distributeurs.

Les réponses des détaillants reproduites ci-dessus constituent un indice que des importations parallèles n'étaient pas possibles, et ce, en raison des systèmes de distribution exclusive des diffuseurs-distributeurs suisses.

10 détaillants ont quant à eux répondu qu'il n'était possible de s'approvisionner en livres francophones directement auprès de l'éditeur étranger - ou de son distributeur local - que lorsque celui-là n'était pas diffusé en Suisse. L'autorité inférieure en a dès lors déduit que les importations de livres diffusés/distribués en Suisse n'étaient pas possibles.

Même si l'on ne peut exclure que certains détaillants aient voulu relever par là qu'ils préféreraient s'approvision-

ner en Suisse lorsque cela était possible, les réponses formulées par la majeure partie de ceux-ci ne laissent place à aucun doute quant à l'interprétation qu'il y a lieu de leur donner. Il ressort en effet des questionnaires que, lorsqu'un titre est diffusé et distribué en Suisse, les détaillants n'ont pas la possibilité ou le choix de se le procurer à l'étranger. Il ne s'agit pas d'une impossibilité financière, technique ou commerciale que rencontrerait un détaillant de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. Si certains desdits détaillants ont relevé en sus les difficultés et inconvénients relatifs à un approvisionnement à l'étranger, leurs précisions à ce sujet n'enlèvent aucune portée à leurs déclarations concernant les possibilités qui leur sont données en matière d'approvisionnement à l'étranger. A titre d'exemples, la librairie D.E._____ a indiqué pouvoir obtenir des livres directement auprès de l'éditeur français « dans la seule situation où cet éditeur n'est pas distribué en Suisse. En général, si nous commandons un ouvrage directement auprès d'un éditeur distribué, celui-ci refuse de nous fournir et nous renvoie à son dépositaire helvétique » (cf. acte 149); la librairie D.X._____ a, pour sa part, relevé: « Les éditeurs français représentés en Suisse sont en exclusivité. Seuls les éditeurs non représentés peuvent faire l'objet d'une commande directe » (cf. acte 139); de même, la Librairie D.Y._____ a répondu que « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (cf. acte 193).

A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que « [la] grande majorité des revendeurs - quasiment tous - se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un "faux-nez" de façon à ce que le diffuseur ignore ces pratiques, autant que faire se peut » (cf. acte 21).

9.7.1.3 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux treize diffuseurs suisses, l'administrateur d'OLF - dont plus de [...] % des flux physiques transitent par son infrastructure - a répondu, à la question de savoir si les libraires disposaient d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, que « [il] n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse, sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel » (cf. acte 76).

Entendu par l'autorité inférieure, le 10 décembre 2012, l'administrateur d'OLF a toutefois contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « faux », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il ajoute que, s'agissant d'Interforum, son plus gros client:

« J'ai toujours vu et su qu'une partie conséquente des marchandises Interforum ne passait pas par l'OLF en tout cas pas dans son cheminement éditeur-point de vente. J'imagine que les raisons de cette situation sont dues au fait que le client et l'éditeur considé-

raient la chose comme, j'en sais rien, plus pratique, plus économique, plus intéressante pour eux. Si je dis ça c'est que, si je le sais en plus c'est parce que [...] si par hasard des marchandises ne devaient plus retourner sur France et bien elles revenaient dans les stocks de l'OLF et là on faisait l'acceptation du retour et on était payés pour ces retours. [...] je suis convaincu que nous avons des demandes d'Interforum nous demandant de créditer des bouquins venant de [D.AO._____] mais n'ayant pas été livrés par OLF à [D.AO._____]. Puisque mon métier étant de trouver des solutions, je dois pouvoir trouver les documents qui disent, je peux pas vous prouver qu'ils sont partis de France à [D.AO._____] [...]. Par contre, je peux vous prouver que [...] nous ne les avons pas vendus, c'est qu'ils sont passés par ailleurs et s'ils sont passés par ailleurs c'est pas par nous en tout cas et c'est direct. Si vous les voulez je vous trouve les preuves, en tout cas les démonstrations... les preuves... ce n'est pas une preuve. Je peux vous faire la démonstration de ce que j'ai prétendu [à propos de D.AO._____] et des éconômats cantonaux et peut-être d'autres clients que je n'ai pas en tête parce que ça c'est les plus gros. Mais je peux vous faire cette démonstration [...]. Donc le mot « impossible » est certainement trop fort mais c'est peut-être « compliqué » qu'on aurait dû écrire » (cf. acte 912).

Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position, mais d'une correction: « [...] je peux vous prouver par a + b que ces marchandises sont jamais passées par les canaux de OLF et je peux vous prouver aussi que certaines de ces marchandises sont revenues sans avoir été expédiées par OLF. Donc entre la réponse dans le texte et la pratique... il y a pas mal d'imprécisions dans nos réponses dans votre document, vous savez, je n'ai pas pour volonté de critiquer votre dossier mais il y avait de l'imprécision dans les questions et puis il y a de l'imprécision dans les réponses. C'est pour ça qu'il faut le voir. On l'a peut-être fait un peu à la va-vite, ça je m'en excuse, mais je peux démontrer le contraire ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (cf. acte 912 lignes 258-266).

Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », l'administrateur d'OLF a indiqué que « [un] libraire peut s'approvisionner [en direct en France chez un éditeur], on l'a tous constaté mais simplement on sait très bien que les conditions qu'il va trouver le ramènent à pas le faire » (cf. acte 912 lignes 443-445).

Se fondant sur la déclaration de l'administrateur d'OLF contenue dans le questionnaire de 2008 (cf. acte 76), l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante est précisément une telle antenne - à l'instar d'OLF -, elle considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autres choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

La recourante estime que les déclarations d'OLF ne lui sont pas opposables. Elle considère en effet que celles-

ci sont beaucoup trop générales et ne la concernent pas directement. De même, le fait qu'elle appartienne à un groupe peut expliquer que des clients suisses lui soient renvoyés de manière tout à fait conforme à la loi sur les cartels. Enfin, elle n'entretient aucune relation commerciale avec OLF, de sorte que les déclarations de celle-ci ne concernent pas le système de distribution du groupe MP.

Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant pas être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts d'OLF, également diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français et condamnée à l'issue de la décision déférée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, tout autre alternative d'approvisionnement sur le marché français - telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France - est exclue et pas uniquement auprès des éditeurs, comme semble le penser la recourante.

9.7.1.4 Enfin, la FNAC, représentée par son directeur des opérations, a - lors de son audition devant l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012 - déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle avait fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse essentiellement pour deux raisons:

« dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi, à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement supérieur, mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre, puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons » (cf. acte 906 lignes 59-66).

A la question de savoir si la FNAC aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, son directeur des opérations répond cependant par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors qu'autant les détaillants, les diffuseurs-distributeurs ou les éditeurs français refusaient d'ouvrir un compte, renvoyant au surplus vers les diffuseurs-distributeurs suisses. Le directeur des opérations de la FNAC a ainsi précisé que « [...] si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance » (cf. acte 906 lignes 330-332). Cette réalité concernait tous les détaillants suisses. Si des comptes étaient ouverts, « il fallait négocier les conditions, s'occuper de la partie approvisionnement, de la partie étiquetage. Pas beaucoup de librairies ont des structures pour étiqueter le livre. Et puis vous perdez après les notions de commandes clients, les retours, l'information, tout ce qui aujourd'hui en fait partie. Donc, de toute façon, pour une petite structure,

c'était impossible, pour une grosse, c'était quand même [...] [très] difficile » (cf. acte 906 lignes 96-103). En revanche, il a précisé qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France vers l'Italie ou vers la Belgique, par exemple (cf. acte 906 lignes 343-346).

Celui-ci a ensuite exposé que la FNAC avait changé son mode d'approvisionnement, sur décision de son président début 2012, au regard de la difficulté du marché du livre. En effet, l'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené les clients à considérer la FNAC comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse. Aussi, vu son poids en France, la FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement « au forcing », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement ni en Suisse, ni en France (cf. acte 906 lignes 104-130). Le directeur des opérations de la FNAC a indiqué:

« Donc, c'était avant la conclusion de votre rapport et je pense que votre rapport a également aidé pour discuter du côté français. Et on a obtenu des ouvertures de comptes de quasi la totalité des acteurs français, sauf un » (cf. acte 906 lignes 152-154).

Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne toutefois pas sans problème selon la FNAC. Elle constate ainsi des problèmes avec les retours en Suisse; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (cf. acte 906 lignes 164-206).

Il s'ensuit que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté de se servir en France durant la période considérée, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix, - hormis une fois avec succès - ceci principalement en raison du rapport acceptable entre le prix d'achat et le taux de change. Néanmoins, il ressort aussi clairement du procès-verbal d'audition de la FNAC qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et après la communication de la proposition de décision du secrétariat, dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs-distributeurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution, que la FNAC a pu procéder à des importations depuis la France. En outre, le fait qu'elle a connu, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée. Enfin, des importations de livres écrits en français depuis la France vers l'Italie ne prouvent nullement que le territoire suisse n'était pas cloisonné, au contraire.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations depuis la France durant la période de l'enquête et n'était pas en mesure

d'y procéder, le fait que la FNAC n'ait pas engagé d'efforts supplémentaires en vue d'obtenir des approvisionnements en France aussi longtemps que les consommateurs finals toléraient le niveau de prix pratiqué en Suisse n'indique pas encore que des importations étaient possibles.

9.7.1.5 Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger, les réponses concordantes, données aux questionnaires, de même que les déclarations écrites ou orales faites devant l'autorité inférieure par la librairie A._____, Payot, B.A._____, la FNAC ou OLF sont aptes à démontrer que des importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Elles rejoignent également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles. Le fait que la FNAC ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour des marchandises achetées en Suisse et que Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de l'enquête.

9.7.2 Nonobstant les expériences relatées ci-dessus, la recourante soutient que sa politique de prix bas et les remises toujours plus importantes accordées par les diffuseurs-distributeurs suisses suffirait à démontrer que des importations parallèles étaient possibles.

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la FNAC disposaient, durant une partie de la période visée, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison d'un différentiel de prix supérieur à 10 % au niveau « *wholesale* » (cf. *supra* consid. 9.5.4). Un tel écart de prix laisse fortement penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage par les prix, Payot et la FNAC - qui disposaient de remises similaires - auraient, dans leur intérêt, procédé à des importations depuis la France, si elles avaient été en mesure de le faire. Contrairement à ce que soutient la recourante, ledit potentiel ne signifie pas à lui seul que Payot et la FNAC ont renoncé à s'approvisionner en France en raison des bonnes conditions offertes par la recourante. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et la FNAC qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les meilleures conditions offertes à Payot et la FNAC relèvent plutôt de la volonté de la recourante de retenir celles-ci dans son système de distribution en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tables, dès lors que, en raison de leur part de marché, Payot et la FNAC auraient pu générer un volume d'importation supérieur aux diffuseurs-distributeurs suisses. Ce faisant, la concurrence entre la FNAC, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par les prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France ne serait pas économiquement plus avantageux. Si la FNAC et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbi-

trage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. De plus, comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. *supra* consid. 9.6.3), l'existence de possibilités d'arbitrage d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux autres librairies, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la FNAC avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations depuis la France, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux librairies aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché « *wholesale* » suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun d'entre eux, mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tables.

Sur le vu de ce qui précède, les arguments que tire la recourante du niveau de ses tables - fixant uniquement les prix au niveau « *retail* » - ne sont pas déterminants. En particulier, le fait que Payot et la FNAC appliquent de manière autonome les tables de la recourante n'est pas décisif, celles-ci n'ayant aucun intérêt à en baisser les prix indiqués sur le marché « *retail* ». Selon toute vraisemblance, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix entre les marchés « *wholesale* » français et suisse aurait été réduit si Payot et la FNAC avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales à l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tables auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum les possibilités d'arbitrage par le prix de ceux-ci et pas dans le seul but de compenser l'évolution du taux de change. Un écart de prix de plus de 10 %, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant que la recourante aurait pu et dû réduire pour retenir les détaillants dans le canal de distribution suisse, si un approvisionnement depuis la France avait été rendu possible.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « *wholesale* » suisse et français durant une partie de la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations parallèles de livres écrits en français, diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant cette période.

9.7.3 Reste à déterminer la cause de l'impossibilité, pour les détaillants suisses, de s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée.

9.7.3.1 Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'auditions des responsables des librairies A._____, Payot,

B.A._____ et la FNAC que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité quels qu'ils soient qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des détaillants suisses, puisqu'elles sont susceptibles de compromettre leurs partenaires contractuels en amont, il y a lieu de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via un système de librairies écrans à l'identité gardée secrète - partant, à l'insu des entités actives au niveau « *wholesale* » à l'étranger - ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

9.7.3.2 La recourante reproche encore à l'autorité inférieure de ne pas avoir cité le moindre exemple de détaillant qui aurait refusé de livrer un revendeur suisse, ni même d'avoir pris la peine de demander à des détaillants actifs à l'étranger et à des distributeurs étrangers bénéficiant d'une exclusivité territoriale si, pendant la période visée par l'enquête, ils s'étaient vu interdire, sur la base d'un contrat ou d'une autre manière, d'opérer des ventes passives sur le territoire suisse. Elle produit des attestations des éditeurs E.C._____, E.D._____ et E.E._____ (cf. pièce 6 à 8 de la recourante) certifiant qu'ils n'avaient pas pris de mesure vis-à-vis de leur distributeur afin de faire respecter la clause litigieuse. Ces trois éditeurs ont ainsi indiqué n'avoir jamais mis en oeuvre, en particulier avec les diffuseurs-distributeurs français, une politique d'interdiction des ventes passives à l'endroit des détaillants suisses. La recourante relève par ailleurs qu'aucune pièce au dossier ne permet d'affirmer le contraire.

L'autorité inférieure relève que dites attestations émanent de sociétés qui entretiennent des relations commerciales avec la recourante, celles-ci n'ayant aucun intérêt à nuire à leur partenaire commercial. De plus, elle constate que lesdits documents sont construits exactement sur le même modèle, ce qui implique au moins une coordination de la part de la recourante. Enfin, les affirmations des trois éditeurs ne contredisent pas la teneur de la clause litigieuse et ne se rapportent pas explicitement à la période de l'enquête. Partant, dits documents ne possèderaient pas une valeur probante apte à modifier les conclusions de la décision attaquée.

Les trois attestations émanant d'éditeurs qui sont distribués en Suisse par la recourante doivent être relativisées. D'une part, elles contiennent toutes une formulation pratiquement identique, de sorte que dites attestations ont vraisemblablement été réalisées à l'instigation de la recourante et avec les termes retenus par cette dernière. D'autre part, il convient de rappeler que la majorité des détaillants n'ont pas été en mesure de se fournir à l'étranger. Enfin, l'éditeur E.C._____ a indiqué avoir confié la distribution en France de ses ouvrages à Media Diffusion, qui fait partie du groupe MP (cf. pièce 6 de la recourante) et l'éditeur E.D._____ a indiqué assuré seul la diffusion et la distribution de ses ouvrages en France (cf. pièce 7 de la recourante).

Si l'autorité inférieure n'a effectivement pas versé au dossier des contrats qui auraient été passés entre la

recourante ou des éditeurs tiers et leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger, portant sur l'interdiction des ventes passives sur le territoire suisse, il ressort du même dossier que les relations commerciales entre la recourante et 22 éditeurs sont régies par un accord contenant la clause B. Or, pour 19 d'entre eux, la recourante n'a fourni aucune attestation. Elle n'a ainsi ni démontré que ladite clause n'était pas appliquée, ni que les éditeurs se chargeaient eux-mêmes de la diffusion et de la distribution de leurs ouvrages en France.

Ainsi, l'expérience des éditeurs E.C._____, E.D._____ et E.E._____ doit être relativisée. Les attestations produites ne permettent pas à elles seules de prouver que la recourante n'aurait pas imposé à ses partenaires de distribution actifs hors du groupe MP des mesures visant à empêcher les ventes passives vers la Suisse.

9.7.3.3 Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante. Ainsi, il n'appert pas que l'autorité inférieure ait constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète sur ce point.

9.8 Comme exposé plus haut, l'engagement pris auprès de la recourante par les éditeurs est présumé avoir été mis en oeuvre, soit par la conclusion de contrats portant interdiction de répondre à des commandes non sollicitées provenant du territoire suisse, soit par la mise en oeuvre par les entités concédantes de mesures en ce sens. Or, dès lors qu'il a été établi que les importations des ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, durant une partie de la période sous enquête, pas été possibles en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives.

En outre, les outils de gestion des retours permettent, dans une certaine mesure, de contrôler les flux des partenaires de distribution actifs à l'étranger. S'ils ne constituent pas - en soi - une mesure susceptible d'entraîner directement une exclusion des ventes passives, ils y contribuent, ce qui parle également en faveur de l'existence d'une interdiction - au moins indirecte - des ventes passives par les partenaires de distribution des éditeurs. Cette conclusion est encore appuyée par le fait que les diffuseurs-distributeurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de diverses réunions de l'ASDEL, auxquelles la recourante a pris ou avait la possibilité de prendre part.

Enfin, s'agissant des contrats contenant la clause B, la recourante s'est expressément engagée à ne pas vendre en dehors de son territoire réservé. Tel engagement doit être compris comme une interdiction pour la recourante de livrer des détaillants situés hors de son territoire. Dite clause constitue un indice fort de l'existence, dans le sens inverse, d'une interdiction pour les partenaires de distribution situés hors du territoire suisse de livrer des détaillants suisses.

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le système de distribution de la recourante fondé sur un régime d'exclusivité a indéniablement eu pour effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse. Il en va ainsi autant pour les relations commerciales reposant sur un accord contenant la clause B que pour les autres.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la troisième prémisses à la base de la présomption est ainsi réalisée s'agissant des relations commerciales avec les 56 éditeurs pour lesquels l'existence d'un accord en matière de concurrence a été démontrée (les 20 éditeurs Tiers-MP [E.AU._____, E.AM._____, E.AV._____, E.AN._____, E.AO._____, E.C._____, E.AP._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AQ._____, E.AY._____, E.AR._____, E.AZ._____, E.BA._____, E.AS._____, E.BB._____, E.AT._____, E.BC._____, E.BD._____ et E.BE._____], les 27 éditeurs Tiers-Dargaud [E.F._____, E.B._____, E.G._____, E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____, E.L._____, E.M._____, E.N._____, E.O._____, E.P._____, E.Q._____, E.R._____, E.S._____, E.T._____, E.U._____, E.V._____, E.D._____, E.W._____, E.X._____, E.Y._____, E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____, E.E._____, E.AC._____] et les 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure [E.AD._____, E.AE._____, E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____, E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____, E.AL._____]), si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie, durant l'ensemble de la période de l'enquête, à des accords verticaux en matière de concurrence interdisant les ventes passives par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs externes au groupe MP des ouvrages dont la recourante est chargée de la diffusion et/ou de la distribution en Suisse. Le fait qu'un différentiel de prix respectivement de [moins de 10] % et de [moins de 10] % ait été constaté entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, n'est pas propre à modifier cette conclusion, dès lors que les contrats sur lesquels reposent ces accords sont restés en vigueur durant toute la période de l'enquête. Il en sera toutefois tenu compte ultérieurement, dans le cadre de la fixation d'une éventuelle sanction.

10. Renversement de la présomption

10.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords - qualifiés de « durs » - passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart; *AMSTUTZ/CARRON/REINERT*, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss no 110).

En l'espèce, dès lors que la recourante a été partie à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart avec les 56 éditeurs/diffuseurs mentionnés ci-dessus durant au moins une partie de la période de l'enquête,

ceux-ci sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace.

10.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39; BORER, op. cit., art. 5 p. 80 no 31; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 439 no 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

Le point de savoir si le maintien d'une concurrence sur le plan intermarques peut être aussi pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans les deux arrêts mentionnés et controversée en doctrine (cf. notamment KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 440 ss no 585 ss, en particulier p. 440 s. no 587, qui souligne que « [b]ei Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs durch Preisbindungen zweiter Hand und Klauseln mit einem absoluten Gebietsschutz besteht praktisch immer genügend Interbrand-Wettbewerb. Eine Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs würde die Gesetzesvermutung im Ergebnis zu ‚letzte morte‘ vorkommen lassen »; ADRIEN ALBERNI, Droit des accords verticaux: de l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II 123, p. 130 s., qui retient que, si la présence d'une certaine concurrence intramarque exige la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, la présence d'une concurrence intermarques, en cas d'absence de concurrence intramarque, ne devrait pas conduire au renversement de la présomption; ég. BORER, op. cit., art. 5 p. 78 s. no 30 s.; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 5 p. 524 ss no 345 ss) peut également être laissé ouvert dans le cadre de la présente procédure (cf. *infra* consid. 15).

En l'absence de concurrence effective, il y a lieu encore de tenir compte de la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

10.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences de l'absence de preuves: s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.1). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'ap-

puyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. *supra* consid. 6.4), examiner si, malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 560 ss ch. 231.4; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9; ANDREA CHRISTINE DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, p. 46 no 75).

Ceci étant, il convient d'examiner, si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

11. Délimitation du marché de référence

11.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 4 al. 2 p. 257 s. no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 6.4; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

11.2 La délimitation du marché de référence - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui 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), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la

dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 447 no 71; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

11.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (cf. ch. 556 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché de référence, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (cf. ch. 472 ss de la décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de services de distribution (cf. ch. 551 ss de la décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par l'accord. La définition des niveaux « *retail* » et « *wholesale* » n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau « *wholesale* » (cf. ch. 491 de la décision attaquée). Sur le plan « *wholesale* », les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs/distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (cf. ch. 556 de la décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre « *retail* » (cf. ch. 514 ss de la décision attaquée) - laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-ci (cf. ch. 511 et 536 de la décision attaquée) - et les consommateurs finals, la demande « *retail* » (cf. ch. 501 de la décision attaquée).

La recourante soutient en particulier que les entreprises actives sur Internet - en particulier Amazon - sont des partenaires potentiels de l'échange substituables à l'offre au niveau « *wholesale* » comme au niveau « *retail* ». Elle fait valoir que les entreprises actives sur Internet étaient, durant la période visée, en concurrence avec les revendeurs suisses de livres francophones. De même, de nombreux détaillants interrogés auraient, durant l'enquête, confirmé avoir eu recours aux entreprises actives sur Internet comme méthode d'approvisionnement alternative, si bien que dites entreprises devaient être considérées comme des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre « *wholesale* ».

11.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre « *wholesale* » les entreprises actives sur Internet (cf. ch. 513 de la décision attaquée). Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (cf. ch. 537 ss de la décision attaquée). La recourante estime qu'il y a lieu de tenir compte, tant au niveau « *wholesale* » que « *retail* » des entreprises présentes sur Internet, les achats en ligne constituant une alternative d'approvisionnement pour les détaillants.

Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - principalement les librairies et les autres détaillants - dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement le commerce de détail - actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (cf. ch. 497 s. de la décision attaquée); la recourante ne le conteste pas. Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants, en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (cf. ch. 500 de la décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs, ainsi que les grossistes, font indéniablement partie de celle-ci.

Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange; il convient d'en faire de même avec les consommateurs.

11.3.1.1 L'évaluation des questionnaires envoyés aux détaillants (cf. acte 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (cf. ch. 520 de la décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations d'OLF dans son questionnaire: « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (cf. acte 76 p. 2). De même, Payot a relevé que « [...]Internet ne peut être une solution, dans la mesure où les achats ne pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies » (cf. acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé: « [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle » (cf. acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier de la librairie D.G. _____, laquelle précise acheter souvent sur Internet: « Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs » (cf. acte

406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008: « Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur Internet, mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant » (cf. acte 136 p. 2).

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « *wholesale* ». L'éventuelle concurrence au niveau « *retail* » occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché « *wholesale* » seront néanmoins analysées plus avant.

11.3.1.2 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 librairies françaises 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 (cf. *supra* consid. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché « *retail* », par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant.

A noter que le système singulier mis en place par B.A._____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que l'expérience de B.A._____ a nécessité le déploiement d'un important système parallèle secret, ayant notamment impliqué l'acquisition, par le passé, de librairies

françaises, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. *supra* consid. 9.6.3).

11.3.1.3 Il ressort enfin du dossier que le comportement d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants interviennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeurs dans le but de vendre les livres aux consommateurs finals. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finals. De même, il apparaît que les consommateurs et les détaillants ne sont pas prêts à payer le même montant pour un titre donné. Les détaillants visent avant tout la revente des ouvrages acquis auprès des diffuseurs-distributeurs et des grossistes, afin de dégager un revenu de cette activité. Ils acquièrent dans ce but plusieurs exemplaires d'un même titre afin d'être en mesure de revendre ledit titre à plusieurs consommateurs distincts. De leur côté, les consommateurs n'acquièrent généralement qu'un seul exemplaire de chaque titre. De même, les détaillants supportent les coûts de transport en cas d'exercice du droit de retour, les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Enfin, les détaillants sont directement affectés par les clauses d'exclusivité existant dans les contrats situés en amont et il ne ressort pas du dossier que les consommateurs puissent s'approvisionner directement auprès des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché « *wholesale* » et « *retail* »; la recourante n'a d'ailleurs pas remis en cause sur le fond cette distinction.

Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché « *retail* » et la demande des consommateurs finals seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

11.3.1.4 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché de la vente de livres au niveau « *wholesale* », c'est-à-dire entre les diffuseurs-distributeurs et les grossistes, d'un côté, et les détaillants, de l'autre, en tant qu'il s'agit du marché directement affecté par l'accord.

11.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3; arrêt B-2977/2007 précité *Publi-groupe* consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité

au niveau de l'offre (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 p. 207 no 150; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 no 65; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 163).

11.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit, d'une part, des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français; la recourante ne le conteste pas. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre, et s'il y a lieu d'effectuer une distinction selon les différentes catégories de livres.

S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau « *wholesale* », c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau « *retail* », c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler (cf. acte 699a, annexe 1), sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux « *wholesale* » et « *retail* ». L'utilisation du livre numérique nécessite l'utilisation d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existants entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché « *wholesale* » durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché « *retail* », l'autorité inférieure se fonde sur

plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5 % des ventes totales de livres en France - seuls 0.2 % des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques - pour un catalogue de 60'000 titres (cf. ch. 473 de la décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, effectuée début 2011, les français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (cf. ch. 474 de la décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance, à l'avenir, des livres numériques (cf. ch. 475 de la décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché pertinent au niveau « *retail* ».

11.3.2.2 Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines, que ce soit directement dans leurs rayons ou en les commandant à la demande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux - si ce n'est tous les - diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ces derniers doivent proposer aux détaillants - en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés - l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire - au stade de la définition du marché de référence - d'opérer une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante, puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit vendu. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence.

11.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau « *wholesale* » - soit le marché de la distribution - en tant qu'il s'agit du marché affecté par l'accord. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau

« *wholesale* », en particulier celle exercée par le marché « *retail* » sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse.

11.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1; arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 302 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9.2; Comco, DPC 2007/2 190, *Publigroupe*, ch. 121; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 no 98; DAVID/JACOBS, op. cit., p. 237 no 693; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 no 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 303; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 15).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau « *wholesale* » à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau « *retail* » à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente. La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique effectuée par l'autorité inférieure.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

11.5 Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui compose le marché géographique (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 16; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 ss no 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle, lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les diffuseurs-distributeurs et les détaillants ont respectivement offert et acquis des livres écrits en français, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues tant sur le marché « *wholesale* » que sur le marché « *retail* » pendant la période de l'enquête.

11.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché du livre, en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, en se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché « *wholesale* » et « *retail* ». Pour le surplus, la recourante ne remet pas en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence opérée par l'autorité inférieure, laquelle a défini le marché comme étant celui de la vente « *wholesale* » de livres neufs, imprimés et écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

Il s'ensuit que les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

12. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords concernés, il subsiste une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

12.1 L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendrait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, respectivement le détaillant ou le grossiste au niveau « *wholesale* » et le consommateur au niveau « *retail* », ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ou du diffuseur-distributeur; il acquerrait avant tout un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur-distributeur ou au livre lui-même, les conclusions de l'analyse de la concurrence demeureraient identiques.

La recourante soutient qu'il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage par les prix ou à tout le moins pas avant 2011. De même, dans la mesure où les détaillants ont choisi de s'approvisionner en Suisse en raison de la meilleure qualité du service des diffuseurs-distributeurs suisses, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage entre la France et la Suisse.

12.2 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange qui offrent des produits ou des services de la même marque continuent de se faire concurrence malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2; arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.4; Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, no 207 ss; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 459 no 114; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 442 no 594 ss). Tel est le cas lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage suffisantes, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, comme les services, et - dans le cadre d'accord d'attribution de territoires - si

suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; *Comco*, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 207 ss; *AMSTUTZ/CARRON/REINERT*, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque peut également subsister indépendamment d'éventuelles importations parallèles, s'il subsiste une concurrence en Suisse (cf. *AMSTUTZ/CARRON/REINERT*, op. cit., art. 5 LCart p. 585 no 676). En droit européen, un accord de distribution exclusive - n'interdisant pas les ventes passives - peut malgré tout affaiblir la concurrence. La position sur le marché détenue par le producteur est particulièrement importante; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (ch. 153 des lignes directrices). De même, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque peut constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodin sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent (ch. 158 des lignes directrices). La concurrence sur le plan intramarque risque de s'affaiblir, lorsque la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus - comme par exemple un Etat -, dans la mesure où les partenaires potentiels de l'échange du côté de la demande pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité d'approvisionnement (ch. 159 des lignes directrices).

12.3 Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (cf. ch. 422 de la décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que - sur un territoire donné - chaque titre est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Ce dernier est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (cf. ch. 5 ss, not. 9 de la décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu - au niveau de l'analyse de la concurrence intramarque - d'opérer une distinction au niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

12.4 Au surplus, il a été admis ci-dessus que les librairies Payot et FNAC avaient bénéficié de possibilités d'arbitrage par les prix durant une partie de la période visée par l'enquête. Quant aux petits et moyens détaillants, il ne peut être exclu qu'ils ont bénéficié d'un potentiel d'arbitrage par les prix notamment s'ils coordonnaient leurs importations (cf. *supra* consid. 9.5.4).

12.5 De même, il a également été établi que seules quelques importations depuis la France avaient été opérées entre 2005 et 2011 (cf. *supra* consid. 9.6.1 ss).

12.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que seules quelques importations depuis la France ont été opérées entre 2005 et 2011 sur le marché de référence. Elles concernent par ailleurs prin-

cipalement des ouvrages non-diffusés et non-distribués en Suisse, de sorte qu'il ne s'agit pas - à proprement parler - d'importations parallèles au sens de celles comprises dans l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque, un approvisionnement direct depuis la France étant le principal - si ce n'est le seul - canal de distribution desdits ouvrages. Les quelques importations proprement dites qui ont été réalisées sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant une partie de la période d'enquête, entre les marchés « *wholesale* » suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. *supra* consid. 9.8). En outre, la recourante étant le diffuseur et/ou distributeur exclusif pour le territoire suisse du catalogue des éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et des éditeurs/diffuseurs en distribution pure, et par là-même, l'unique acteur sur le marché « *wholesale* » suisse en relation avec lesdits ouvrages, aucune concurrence sur le plan intramarque n'a existé sur le marché de référence durant la période visée par l'enquête. De même, il ressort que des importations n'étaient pas possibles en raison du système de distribution de la recourante et des autres diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit que les 56 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis qu'il subsiste, sur le marché de référence et pour toute la période de l'enquête, une concurrence sur le plan intramarque.

13. Concurrence sur le plan intermarques

Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Il s'agit d'abord d'examiner la concurrence actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 *CommVert*; *AMSTUTZ/CARRON/REINERT*, op. cit., art. 5 LCart p. 483 no 203). A cet égard, il y a lieu de déterminer si les parts de marché détenues par les concurrents d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, on examinera la concurrence potentielle (cf. *ANTIPAS*, op. cit., p. 356).

13.1 L'autorité inférieure a relevé que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable; aucun titre ne peut être véritablement identique (cf. ch. 592 de la décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas, en tant que tel, un indice de concurrence, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finals et des détaillants, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les détaillants doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques *ab ovo* (cf. ch. 602 de la décision atta-

quée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, un détaillant se doit de travailler avec l'ensemble des acteurs du marché et ne peut se limiter à offrir le catalogue d'un seul diffuseur-distributeur. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle a créé une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs, au niveau des prestations financières, mais aussi des services, pour disposer du plus grand rayonnement de titres de leurs catalogues auprès de chaque détaillant (cf. ch. 601 de la décision attaquée).

De l'avis de la recourante, quand bien même les détaillants seraient tenus de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs, cela ne signifie pas qu'ils ne se livrent pas à une concurrence vive entre eux. Au contraire, le fait que les livres constituent des produits différenciés, combiné au fait que le marché se caractérise par un nombre élevé de références, pousserait les diffuseurs-distributeurs à se concurrencer sur la qualité des services de diffusion, dans le but d'augmenter leurs volumes de vente respectifs auprès des détaillants. En présence de produits différenciés, la demande reposerait en effet sur plusieurs facteurs qui, contrairement aux biens homogènes, ne se limiteraient pas au prix du produit, mais s'étend à la qualité du service en général, à l'information sur les spécificités du produit, à l'éventail du stock de produits à disposition ou encore aux conditions d'obtention du produit en cas de commande. Ainsi, les diffuseurs-distributeurs se livreraient une concurrence vive au niveau « *wholesale* » par l'assortiment et l'offre de produits proposés, les services de commercialisation qu'ils fournissent, la taille, le nombre et la compétence de leurs équipes, ainsi que par les promotions particulières accordées en faveur des détaillants. Ils rivaliseraient aussi également entre eux au niveau du droit de retour et des modalités de livraison. Quant au marché spécifique de la bande dessinée, il se caractériserait par l'existence de séries se concurrençant entre elles.

13.2 Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques 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.

A cet égard, Payot a indiqué, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, ce qui suit:

« si nous ne pouvons fournir ces livres, soit dans l'assortiment, soit par le biais de commandes clients spécifiques, nous ne sommes pas en mesure de remplir notre mission qui est justement de pouvoir proposer à notre clientèle l'ensemble des titres réputés disponibles, quel que soit le mode de diffusion/distribution choisi par l'éditeur » (cf. acte 129).

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.

Payot a, à ce titre relevé, dans le questionnaire précité, que:

« cette concurrence [entre les diffuseurs-distributeurs suisses] n'existe pas, dans la mesure où chacun diffuse une production qui lui est propre [...] quel que soit son poids de parts de marché, y compris s'il est très faible, un diffuseur dispose des mêmes conditions d'exclusivité de diffusion qu'un gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres. [...] Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est copié du modèle français: il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné [...]. Un libraire ne peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille: quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité; il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (cf. acte 129).

Cela étant, il n'est pas contesté que les détaillants doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leurs librairies tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès desquels ils disposent d'un compte (cf. ch. 601 de la décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres des catalogues de ceux-ci, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. Il s'ensuit néanmoins que la forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le

plan intermarques non seulement sur les prix, mais aussi au niveau du rayonnement. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

13.3 L'analyse de la concurrence actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 257 ss). En principe, les accords verticaux (de prix minimum ou de protection territoriale) ne produiraient d'effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché des entreprises participantes supérieur à 30 % (ch. 153 et 154 des lignes directrices; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 no 670). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 282; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 s. no 673). De même, la différenciation des produits constitue aussi un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. no 120). A défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 212 ss et DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. no 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (ch. 151 des lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple -

à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné - peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (ch. 154 des lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser la distribution exclusive multiple sur la concurrence sur le plan intermarques sont plus importants au niveau « *wholesale* » qu'au niveau « *retail* ». Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau « *wholesale* » (ch. 160 des lignes directrices).

13.3.1 La recourante a relevé que, faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux avaient un potentiel de nuisance inférieure aux accords horizontaux. Sa part de marché devant être limitée à [...] ou [...] %, l'exclusivité dont elle bénéficie ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché. Dite observation ne lui est toutefois d'aucune aide en l'espèce. L'enquête portant sur les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche et non sur un seul diffuseur-distributeur comme cela avait pu être le cas dans de précédentes affaires (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba* et DPC 2012/3 540, *BMW*), une addition des parts de marché est avérée et pertinente, en tant que l'autorité inférieure a établi que l'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs conduisait au cloisonnement du marché (cf. ch. 605 de la décision attaquée). Cette façon de faire est conforme, de surcroît, au droit européen, lequel tient compte dans l'appréciation de la concurrence intermarques des parts de marché des différents concurrents, en particulier lorsque leur nombre est faible, que leur part de marché est plus ou moins identique et qu'ils exploitent des systèmes de distribution similaires (ch. 154 des lignes directrices).

13.3.2 S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait à [...] % en 2009, [...] % en 2010 et [...] % en 2011, si bien qu'elle n'a quasiment pas varié en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il ressort de ce tableau que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête (cf. ch. 606 de la décision attaquée). Ceux-ci bénéficiant tous - sous une forme ou sous une autre - d'une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution sur le territoire suisse, il s'ensuit que la quasi-totalité (plus de 95 %) du marché au niveau « *wholesale* » a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires (cf. ch. 606 de la décision attaquée), ce qui ne plaide pas non plus

en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence durant la période de l'enquête.

13.3.3 Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché « *wholesale* », le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur-distributeur le niveau de la remise (cf. ch. 611 de la décision attaquée). Il a toutefois été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse au questionnaire du 12 juillet 2007, bénéficiaire de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, OLF, les Editions des 5 Frontières et la recourante oscillant entre [...] - [...] % et [...] % chez Flammarion (cf. acte 21). Ces taux ont été relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 de la décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier - et la recourante ne l'allègue pas non plus - que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur-distributeur dans leurs librairies ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quels que soient le type de livres et la quantité achetée pour un même titre (cf. acte 129). De même, les tables de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs:

« Vous êtes resté sourd à notre message. Les "promotions" que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an.

De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert "d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse", ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tables répondrait à nos préoccupations les plus urgentes » (cf. acte 693c, annexe 56).

Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau « *wholesale* », les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit qu'il ne subsiste aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'entier de la période de l'enquête.

13.3.4 Reste à déterminer si, nonobstant la forte différenciation des produits, il subsiste une concurrence sur le plan intermarques au niveau du rayonnage.

Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères elle choisissait les livres qu'elle proposait à sa clientèle, que:

« il n'est pas dans les us et coutumes de la librairie de privilégier un fournisseur en fonction des conditions qu'il nous octroie. Seul l'intérêt commercial présumé d'un livre et la nécessité de proposer une offre riche, variée et cohérente sont les facteurs déterminant l'achat [...]. Ce sont les librairies, dans chacune des succursales, qui déterminent et créent leur assortiment, aussi bien pour les nouveautés que pour le fonds, en fonction de leur connaissance de leur clientèle, de la taille de la librairie, etc. » (cf. acte 129).

La FNAC a, dans ce même questionnaire, encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate (cf. acte 254). La FNAC et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le détaillant à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients (cf. actes 129 et 254). Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55 % des clients interrogés, l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie (cf. acte 129). Selon la FNAC, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie (cf. acte 254). En outre, à la question de savoir, dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie, quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20 %, la FNAC à environ 50 %. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut ainsi représenter une perte financière importante pour un détaillant. La FNAC a encore relevé que les diffuseurs-distributeurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leurs catalogues en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante, entraînant alors la remise en avant du fonds de l'auteur concerné (cf. acte 254). La FNAC a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué aux nouveautés, c'est-à-dire que, pour tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, un exemplaire au moins, parfois davantage, est envoyé - et facturé - d'office (cf. acte 129).

Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leurs librairies, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour déterminer leurs offres. Au même titre qu'il doit

avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

13.3.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il 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.

13.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché. Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence intermarques potentielle (message LCart 1995, FF 1995 I 472, 515). L'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508).

Selon l'autorité inférieure, deux éléments auraient limité les possibilités d'entrée sur le marché. Premièrement, celle-ci dépendrait des droits d'édition. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France. En effet, les principaux éditeurs seraient concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui reviendrait à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, elle ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (cf. ch. 624 ss de la décision attaquée).

La recourante a en substance exposé dans son recours qu'une concurrence potentielle importante existait au niveau intermarques sur le marché « *wholesale* » durant la période visée par l'enquête dès lors que les barrières à l'entrée y seraient peu élevées. Ainsi, il était possible pour un nouvel acteur de faire une entrée sur celui-ci, que ce soit un nouveau diffuseur-distributeur décidant de se mettre à diffuser et/ou distribuer des catalogues d'éditeurs encore non-représentés en Suisse, un éditeur déjà présent sur le marché, mais décidant de s'auto-diffuser, ou une entreprise nouvellement créée se voyant accorder une exclusivité de diffusion et/ou de distribution pour la Suisse, ou l'arrivée de grossistes ou de diffuseurs depuis la France.

En l'espèce, compte tenu de la forte différenciation du produit du livre, l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché de référence n'aurait dans tous les cas pas été apte à exercer une pression concurrentielle sur les prix pour les diffuseurs-distributeurs en Suisse. Quant au rayonnage,

s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs qui doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, dite concurrence ne se reflète pas au niveau des détaillants qui doivent à tout le moins être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises entrent sur le marché du côté de l'offre et génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

13.5 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.

14. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait pas de concurrence, tant sur le plan intramarque, qu'intermarques, il y a lieu d'examiner si la position des partenaires potentiels de l'échange a exercé une pression disciplinaire sur les parties à l'accord (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implemia* consid. 9.2.4; KRAUS-KOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

Dans sa décision, l'autorité inférieure a examiné la pression concurrentielle exercée par les acteurs en amont - les éditeurs - ainsi que celle émanant du côté de la demande, d'abord au niveau des détaillants puis des consommateurs.

14.1 Du côté des éditeurs, certains diffuseurs-distributeurs ont prétendu que ceux-là exerçaient sur eux une pression disciplinante suffisante, dans la mesure où certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs-distributeurs pour la Suisse, de sorte qu'il y aurait une concurrence entre ceux-ci pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages (cf. ch. 635 de la décision attaquée).

S'il n'est pas contesté que plusieurs petits éditeurs ont effectivement changé de diffuseur-distributeur durant la période de l'enquête, il y a lieu de rappeler que les principaux éditeurs français sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion et/ou distribution en Suisse et seraient - par conséquent - déjà entrés sur le marché. S'agissant donc des principaux éditeurs, une éventuelle pression disciplinante est, dans tous les cas, fortement limitée.

Au surplus, il y a lieu de relever qu'aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication propre à définir dans quelle mesure cette concurrence dans l'obtention des contrats de diffusion-distribution au niveau suisse aurait pu se répercuter sur la concurrence entre diffuseurs-distributeurs sur le marché « *wholesale* » de la vente des livres. On peine à saisir en quoi cela pourrait d'ailleurs être le cas. Aussi, l'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs - leur intérêt étant d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient - et n'ont

dès lors pas pu discipliner les acteurs en aval, doit être confirmée.

14.2 Du côté des détaillants, l'autorité inférieure a retenu, pour l'essentiel, que les détaillants n'avaient pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs, en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur-distributeur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociation des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs-distributeurs dans l'adaptation de leurs tabelles par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs-distributeurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » entre 2009 et 2011 (cf. ch. 606 de la décision attaquée) - a ainsi déclaré en 2007, s'agissant de la FNAC, laquelle couvrait [...] % de la demande « *wholesale* » (cf. acte 906 lignes 15-22), en réponse au questionnaire envoyé en 2007: « Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la commercialisation du livre, mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (cf. acte 27). Payot - qui représentait [...] % de la demande « *wholesale* » - s'est également déclarée surprise de ce que les diffuseurs-distributeurs avaient parlé entre eux de sa demande de s'approvisionner directement en France, le fait que ce genre d'information ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociation (cf. acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » entre 2009 et 2011 - (cf. ch. 606 de la décision attaquée) a indiqué que plusieurs librairies indépendantes - ayant couvert environ 30 % de la demande « *wholesale* » - avaient fait pression sur elle, ce qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat - qui représentaient à eux deux [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » - ont indiqué avoir fixé leurs prix au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finals (cf. acte 672, p. 46).

Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les parts de marché importantes de certains détaillants, ni la FNAC, ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeurs. Ainsi, les

propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, il ressort que la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (cf. acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liée à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs-distributeurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous d'Amazon. Or, il sied de relever que, alors que celle-ci s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-là ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur.

Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs-distributeurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs actifs sur le territoire suisse, et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est donc pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut pas menacer ceux-là d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tabelles ou ne lui offrent pas de meilleures prestations de services. Pour ces motifs, il y a lieu de retenir que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante suffisante sur les prix « *wholesale* » suisses du catalogue de la recourante durant la période concernée.

14.3 Il s'agit encore d'examiner si, durant la période d'enquête, la concurrence entre les détaillants suisses et, de manière plus générale, la concurrence sur le marché « *retail* » de la vente de livres, situé en aval du marché pertinent, a - par réflexion - exercé une pression disciplinante sur le comportement de la recourante.

Selon l'autorité inférieure, la concurrence résiduelle sur le marché « *retail* » n'a pas pu être un facteur disciplinant de l'offre sur le marché « *wholesale* ». En particulier, de nombreux paramètres économiques (tabelles, étiquetage, taux de suivi, etc.) auraient eu un effet limitatif sur la concurrence au niveau « *retail* ». En effet, indiquant que les détaillants peuvent demander que les livres leur soient remis avec une étiquette mentionnant le prix de vente final, l'autorité inférieure relève que, selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, il s'agirait généralement du prix tabellisé si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix. En pratique, ce système, fortement incitatif, se serait traduit par un taux de suivi élevé des prix tabellisés sur le marché « *retail* » de la part des détaillants. L'étiquetage et le respect des prix tabellisés auraient ainsi facilité une coordination des prix par les acteurs économiques, laquelle aurait réduit la concurrence. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants aurait été d'autant moindre que ceux-ci auraient été en mesure de

transférer sur les consommateurs finals le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs.

Il ressort du dossier que chaque diffuseur-distributeur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tables de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur-distributeur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur-distributeur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur-distributeur. C'est en cela que la concurrence sur le marché « *retail* » peut se répercuter sur les prix « *wholesale* » pratiqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. En revanche, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché « *retail* », n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller s'approvisionner chez un autre fournisseur s'il ne lui fait pas une plus grosse remise ou ne baisse pas ses tables ou encore ne lui offre pas de meilleures prestations de services dès lors que, comme déjà dit, en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent travailler avec les principaux diffuseurs-distributeurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution. Aussi, peu importe que la concurrence soit vive ou non sur le marché « *retail* » du livre écrit en français, elle ne se répercuterait pas sur la concurrence du côté de l'offre sur le marché pertinent.

14.4 Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché « *retail* » émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes - lesquels ne constituent toutefois pas des partenaires potentiels de l'échange - aurait, par effet réflexe, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante.

Selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période d'enquête environ 10 % de la vente de livres aux clients suisses. Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché « *retail* », les détaillants suisses ont, durant la période visée, subi la concurrence des entreprises actives sur Internet et des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (cf. acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente de leurs ouvrages. Toutefois, compte tenu du cloisonnement du territoire

national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs-distributeurs une remise supérieure ou une baisse des tables afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci.

Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007: « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux: [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais, et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risque de mettre notre entreprise en péril économique » (cf. acte 21). La pression concurrentielle émanant du marché « *retail* » ne se répercute dès lors pas, par effet réflexe, sur le marché « *wholesale* », les détaillants étant tenus d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs sur le marché (cf. *supra* consid. 14.2). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008, les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les détaillants sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs, ni à [s']approvisionner en France en direct » (cf. acte 129).

Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché « *wholesale* ».

14.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pression concurrentielle exercée par les partenaires potentiels de l'échange en amont et en aval a été largement insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché « *wholesale* ».

15. Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède (cf. *supra* consid. 10 à 14), il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent, en effet, pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques, en raison des spécificités du marché du livre, de sorte que la question de la prise en compte de la concurrence au niveau intermarques, en l'absence de concurrence sur le plan intramarque, peut demeurer ouverte. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est pratiquement inexistante.

Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée.

Il s'ensuit que les 56 accords passés entre la recourante et respectivement les 20 éditeurs Tiers-MP (E.AU._____, E.AM._____, E.AV._____, E.AN._____, E.AO._____, E.C._____, E.AP._____, E.AW._____, E.AX._____, E.AQ._____, E.AY._____, E.AR._____,

E.AZ._____, E.BA._____, E.AS._____,
 E.BB._____, E.AT._____, E.BC._____,
 E.BD._____, et E.BE._____), les 27 éditeurs Tiers-
 Dargaud (E.F._____, E.B._____, E.G._____,
 E.H._____, E.I._____, E.J._____, E.K._____,
 E.L._____, E.M._____, E.N._____,
 E.O._____, E.P._____, E.Q._____,
 E.R._____, E.S._____, E.T._____,
 E.U._____, E.V._____, E.D._____,
 E.W._____, E.X._____, E.Y._____,
 E.Z._____, E.AA._____, E.AB._____,
 E.E._____, E.AC._____) et 9 éditeurs/diffuseurs en
 distribution pure (E.AD._____, E.AE._____,
 E.AF._____, E.AG._____, E.AH._____,
 E.AI._____, E.AJ._____, E.AK._____,
 E.AL._____), prévoyant notamment pour la recou-
 rante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution
 des ouvrages édités et/ou diffusés par ceux-ci sur le
 territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des
 ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sont
 illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

16. Affectation notable de la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

Subsidiairement, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 56 relations commerciales tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et qu'il subsiste - par conséquent - une concurrence sur le plan intramarque, les accords litigieux seraient saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

Lorsque l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut en effet examiner s'il l'affecte de manière notable sur le marché de référence et s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique.

16.1 Il est reconnu que le seuil de notabilité peut être atteint avec des critères quantitatifs et qualitatifs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 5.2.1). Il n'en résulte pas qu'une importance quantitative et une importance qualitative soient l'une et l'autre nécessaires. Au contraire, dans son arrêt *Gaba*, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.6); il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.2). Or, l'utilisation d'une méthode quantitative, déduite des modèles économiques, pour déterminer les parts de marché ou le chiffre d'affaires est moins appropriée pour élucider rapidement si le seuil de notabilité est atteint, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.1; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). Les termes « affectent de manière notable la concurrence » ne distinguent pas entre deux sortes d'importance; l'art. 5 al. 1 LCart n'en requiert qu'une seule (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2). Elle peut être cons-

tatée tant quantitativement que qualitativement (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

A cet égard, les débats parlementaires des années 2002 et 2003 sur la révision de la loi sur les cartels ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. Fässler BO 2002 N 1440; Meier-Schatz BO 2002 N 1295; Schiesser BO 2003 E 329; Büttiker BO 2003 E 330). En 1995 déjà, le Conseil fédéral avait laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ch. 231.4).

De même, il ressort des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart, ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale; le renversement de la présomption ne se référait en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait de la concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords particulièrement dommageables énumérés aux art. 5 al. 3 et 4 LCart sont nécessairement ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.5), de sorte qu'il n'est pas nécessaire pour ceux-ci de déterminer où se trouve exactement le seuil de notabilité.

Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe, dans ce cas, plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par-là même, la sécurité du droit (ch. 12 par. 1 let. a CommVert; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2).

16.2 Partant, il y a lieu de retenir que, même en supposant que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des 56 accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, ceux-ci affectent notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

17. Existence de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 LCart)

Les accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.3.1 et 144 II 194 *BMW* consid. 4.4.1 et 4.5).

17.1 Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de fabrication, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement les ressources (let. a), et lorsque cet accord ne permettra en aucune

façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (let. b).

Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord: l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique, la nécessité de l'accord pour atteindre le motif d'efficacité visé et l'impossibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées. Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 7.1 et 144 II 246 *Altimum* consid. 13).

La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 no 256 et 272 s.). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 499 no 272). Néanmoins, seuls des motifs économiques peuvent entrer en ligne de compte à l'exclusion de justifications non-économiques, notamment culturelles ou politiques (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.1; BORER, op. cit., art. 5 p. 87 no 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 498 no 270).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3; XOUDIS, op. cit., p. 331 s.). Fondé sur dite disposition, le ch. 16 par. 3 CommVert indique que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas. Les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché, la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels, la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (parasitisme) (ch. 16 par. 4 let. a-d CommVert). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la

clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; REYMOND, op. cit., art. 6 p. 616 no 122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

17.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

La recourante fait valoir que la restriction des ventes passives serait justifiée par les investissements consentis dans son centre logistique de [...] et par la nécessité de créer un volume de transaction suffisant afin d'abaisser les coûts fixes résultant de l'amortissement de cet investissement ainsi que de l'exploitation dudit centre. Elle indique que son centre permet une mutualisation des coûts d'importation pour la totalité du marché suisse et lui permet de pratiquer des prix globalement inférieurs à ceux appliqués sur le marché français. De même, elle invoque que ses services sont compétitifs et appréciés des librairies. Enfin, le droit de retour aurait un effet pro-concurrentiel.

L'autorité inférieure conteste que le système de distribution de la recourante ait eu des effets pro-concurrentiels. Si elle ne nie ni l'importance du droit de retour, ni l'aptitude du régime d'exclusivité à contrôler les flux allers et retours des ouvrages, elle considère que celui-ci n'est pas nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle relève que plusieurs diffuseurs-distributeurs ont exposé d'autres modalités permettant un contrôle du flux retour afin d'éviter des renvois croisés, notamment une solution basée sur le taux de retour ou le marquage des livres. En outre, elle fait valoir qu'un régime d'exclusivité ne profite pas économiquement à tous dès lors que les détaillants, privés de concurrence dans leur approvisionnement, reportent sur les consommateurs finals leur prix d'achat, le cloisonnement du marché suisse étant à l'origine du niveau de prix élevé sur le territoire suisse.

17.3 En l'espèce, l'exclusivité octroyée par les 56 éditeurs/diffuseurs - pour lesquels l'existence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart a été démontrée - respectivement à la recourante ou au groupe MP et l'engagement pris par ces derniers de ne pas vendre à des détaillants suisses ont pour effet de cloisonner le territoire suisse, la concurrence étant pratiquement inexistante sur le marché pertinent. Il s'ensuit que les accords sur lesquels respectivement dite exclusivité ou dit engagement reposent sont particulièrement néfastes pour la concurrence. Aussi et en application du principe de la proportionnalité, la mise en place d'une telle protection territoriale doit répondre à un besoin particulier. Dans ce contexte, l'investissement consenti par la recourante dans son centre de distribution ne justifie nullement une telle restriction à la concurrence. En effet, celle-ci bénéficie déjà en raison de son appartenance au groupe MP d'une très grande maîtrise de la distribution en Suisse. Ainsi, une exclusivité ayant pour effet de cloisonner le

territoire suisse n'apparaît ni être nécessaire ni avoir un effet pro-concurrentiel.

17.4 Dans ses écritures, la recourante a sollicité qu'une instruction complète soit menée sur la question de la justification économique si le tribunal devait retenir qu'elle fût partie à un accord affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart; elle a, en particulier, requis qu'un délai lui soit imparti pour faire valoir, le cas échéant, des moyens de preuve supplémentaires.

17.4.1 Il y a lieu de rappeler que, selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en droit public (cf. *supra* consid. 6.4), l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés; elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1; arrêt du TF 1C_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1). Conformément aux principes précités, les autorités doivent, sur la base des faits établis, examiner l'existence d'éléments propres à justifier la restriction à la concurrence constatée. Elles ne sont pas pour autant tenues de prouver l'inexistence de tels motifs (cf. arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 10.3.5.3). En effet, dès lors qu'une restriction à la concurrence n'est justifiée qu'en présence de motifs d'efficacité économique réels, le simple fait de ne pas pouvoir exclure leur existence ou leur éventualité ne suffit pas à admettre la licéité d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. La recourante subit, dans ces circonstances, les conséquences de l'absence de preuve et supporte objectivement le fardeau de celle-ci (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

17.4.2 En l'espèce, la question de la justification de l'accord a fait l'objet d'une instruction complète sur la base des éléments au dossier. Il revenait à la recourante, dès lors qu'elle contestait dans sa réplique l'analyse de l'autorité inférieure sur ce point de produire, à l'appui de son argumentaire, les moyens de preuve qu'elle jugeait utiles. Par ailleurs, le tribunal a procédé à plusieurs échanges d'écriture ultérieurs et à une audience d'instruction; la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a ainsi bénéficié, lors de l'instruction de la cause, de tout le temps nécessaire pour étayer son propos. Le tribunal est ainsi en droit de clore l'instruction sans inviter la recourante à compléter son argumentaire juridique et ses moyens de preuve dès lors que le dossier de la cause lui permet de se forger l'opinion que les présents accords ne sont nullement justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Il n'y a ainsi pas lieu de donner suite à la requête de la recourante.

17.5 Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution mis en place par la recourante, ayant impliqué l'interdiction des ventes passives des ouvrages des éditeurs externes au groupe, ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

Mal fondés, les griefs doivent être rejetés.

18. Sanction (art. 49a al. 1 LCart)

Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne une sanction.

18.1 Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

18.1.1 Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-pénal (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2), les art. 1 er CP et 7 par. 1 CEDH - consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) - trouvent application en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si l'art. 49a al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analysaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9). Se fondant sur les méthodes d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 », il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49a al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

A l'inverse, les accords qui suppriment la concurrence efficace - ou qui l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique - sans toute-

fois être visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 3 ou 4 sont exclus du champ d'application de l'art. 49a al. 1 LCart.

18.1.2 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les 56 accords passés entre la recourante et respectivement les 20 éditeurs Tiers-MP, les 27 éditeurs Tiers-Dargaud et les 9 éditeurs/diffuseurs en distribution pure prévoyant notamment pour la recourante l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par ceux-ci sur le territoire suisse ont impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés actifs hors du territoire réservé à la recourante. Par conséquent, ils sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence serait renversée (cf. *supra* consid. 16).

En revanche, les relations commerciales entre la recourante et les 28 éditeurs MP bénéficient du privilège de groupe et il n'a pas été possible de déduire des contrats produits par la recourante l'existence d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre le groupe MP et un partenaire de distribution externe au groupe. Partant, dites relations échappent au champ d'application de la loi sur les cartels et, par conséquent, ne peuvent être sanctionnées.

18.2 Imputabilité de la sanction

Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, qu'elle a participé à 56 accords illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi, les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

18.2.1 La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle soutient que la décision attaquée lui attribue les comportements prétendument illicites d'autres diffuseurs-distributeurs, sans distinction entre eux, dans la mesure où elle retient que « tous les systèmes de distribution [...] ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives », ce qui ne serait pas propre à prouver que les diffuseurs-distributeurs impliqués avaient conscience de l'illicéité de leurs pratiques. Elle reproche encore à l'autorité inférieure de n'avoir démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en oeuvre un système de distribution interdisant les ventes passives. Enfin, l'autorité inférieure se fonderait sur le procès-verbal de l'assemblée des diffuseurs au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 à laquelle la recourante n'aurait pas participé. La recourante avance encore qu'une éventuelle restriction des importations parallèles ne serait pas de son fait, mais de celui des diffuseurs-distributeurs français qui refuseraient les exportations vers la Suisse. Enfin, elle n'aurait eu aucune raison de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition.

18.2.2 Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, *Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz*, in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une filiale et une société mère, d'autant plus lorsque celles-ci forment un groupe et constituent partant une seule et même entreprise au sens de l'art. 2 LCart. Aussi, il est possible de sanctionner la filiale pour des accords conclus entre des sociétés du groupe et des tiers (cf. arrêts B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 74 et 577 ss; ROBERT ROTH, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd. 2013, rem. art. 49a -53 p. 1496 s. no 34 ss).

18.2.3 La révision de l'art. 5 LCart et l'introduction de l'art. 49a LCart sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante a été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution des ouvrages édités et/ou diffusés par 56 éditeurs/diffuseurs sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. Au regard des termes explicites contenus dans la plupart de ces contrats, à savoir l'engagement pris par lesdits éditeurs de « prendr[e] toutes mesures utiles afin que l'exclusivité [de la recourante] soit respectée », en vigueur entre 2005 et 2011, celle-ci devait être consciente de ce que son comportement était problématique; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition. De même, lesdits contrats ont été exécutés dès lors

qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. *supra* consid. 9.7.1.5). La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas conscience de l'illicéité de son comportement ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

18.2.4 Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que les accords auxquels elle a été partie, directement ou par l'intermédiaire d'une autre société du groupe (cf. *supra* consid. 6.3), durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes passives et, partant, tombaient ou, à tout le moins, étaient susceptibles de tomber sous le coup des art. 5 al. 4 et 49a LCart. En ayant maintenu une telle interdiction non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat, la recourante ne peut valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

18.3 Montant de la sanction

La recourante fait valoir encore plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

18.3.1 Elle se plaint de ce que la décision attaquée ne fait aucune distinction, dans le calcul du montant de base, entre les parts du chiffre d'affaires de la recourante réalisé avec les éditeurs MP, les éditeurs Tiers-MP, les éditeurs Tiers-Dargaud et les éditeurs/diffuseurs en distribution pure. Il conviendrait, selon la recourante, de ne retenir dans le calcul du montant de base que le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 5 al. 4 LCart a pu être démontré. Elle reproche encore à l'autorité inférieure d'avoir mal apprécié la gravité des infractions reprochées, la décision attaquée ne tenant aucun compte des particularités de chaque diffuseur-distributeur. Elle avance que sa politique de prix bas et les faibles possibilités d'arbitrage qui en découlent font qu'une éventuelle restriction des importations parallèles n'aurait eu qu'un effet très marginal sur la concurrence, de sorte que la sanction ne pourrait excéder 1 à 2 % du montant de base. Elle soutient que les accords incriminés n'ont pas été en mesure d'entraver la concurrence durant toute la période de l'enquête, mais uniquement lorsque des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé. Dès lors que les détaillants principaux ont affirmé qu'ils n'avaient pas d'intérêt à s'approvisionner à l'étranger avant que le franc suisse n'entame son mouvement de hausse, soit environ en 2011, aucun des comportements incriminés ne serait passible de sanction avant l'année 2011. Elle affirme également n'avoir réalisé aucun profit significatif sur le marché pertinent, ce qui n'aurait pas été pris en compte par l'autorité inférieure. Enfin, elle affirme que la

décision attaquée viole l'art. 49a LCart dès lors que celui-ci prévoit que le calcul du montant de la sanction se fonde sur les trois derniers exercices avant le rendu de la décision attaquée, à savoir 2010 à 2012, et non 2009 à 2011 comme le retient l'autorité inférieure.

18.3.2 L'autorité inférieure rappelle s'être fondée sur les exercices qui lui ont été transmis par les parties. Or, à l'instar de la recourante, celles-ci n'ont pas été en mesure de lui remettre, en mai 2013, les chiffres requis pour l'année 2012. Elle a ainsi pris en considération les exercices disponibles correspondant aux chiffres d'affaires des années 2009 à 2011. Elle considère en outre qu'elle n'avait pas à distinguer dans le calcul du montant de base les chiffres d'affaires réalisés avec les différents éditeurs. Elle rejette également les critiques formulées contre la gravité et la durée de l'infraction. Elle précise avoir retenu un pourcentage conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart pour ce type de violation et que des possibilités d'arbitrage ont existé durant l'entier de la période retenue. Enfin, elle relève que le profit réalisé n'a pas joué un rôle primordial dans la détermination de la sanction dès lors que le comportement des diffuseurs-distributeurs était similaire, malgré des structures et des coûts très différents.

18.3.3 Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart; cf. ATF 137 II 199 *Swisscom Terminierung* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.1). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après: les notes explicatives OS LCart], disponibles en ligne [cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications--notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019]; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent - concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 1576 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P *Pilkington Group et al. contre Commission*, point 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). Il s'agit du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. *supra* consid. 11). Ainsi, il n'y a géné-

ralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 723).

Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a no 10 p. 359). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a une durée d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'ac-

trice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en oeuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

18.3.4 L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

18.3.4.1 Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir [...] francs.

Il y a lieu de rejeter les critiques de la recourante quant à la prise en compte dans le calcul du montant maximal des chiffres d'affaires des exercices 2009 à 2011 et non 2010 à 2012. D'une part, l'autorité inférieure s'est fondée sur les données en sa possession au moment de la prise de décision. Il appartenait à la recourante, eu égard à son devoir de collaborer (cf. *supra* consid. 6.4), de fournir à l'autorité inférieure des renseignements concernant l'exercice 2012. D'autre part, les exercices retenus sont ceux qui se rapprochent le plus du comportement incriminé, ce qui correspond à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, dont il n'y a pas lieu de s'écarter en l'espèce.

Partant, il y a lieu de confirmer le montant maximal de la sanction retenu par l'autorité inférieure.

18.3.4.2 Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a tout d'abord soustrait des chiffres d'affaires précités les revenus réalisés en dehors du marché pertinent et provenant, en l'espèce, des prestations de services effectuées en faveur des sociétés détenues par la recourante ainsi

que ceux des éditeurs allemands. Elle a retenu que le chiffre d'affaires réalisé, sur le marché pertinent, lors des exercices 2009 à 2011 était de [...] francs, soit un montant de base maximal de [...] francs.

En tant que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction, contrairement à ce que prétend la recourante, entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs externes au groupe (Tiers-Dargaud et en distribution pure) et celui réalisé avec les éditeurs appartenant au groupe ou ayant confié à celui-là la diffusion et la distribution de leurs ouvrages en France, en Belgique et en Suisse (Tiers-MP). Dès lors que ceux-ci font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a en effet pas lieu d'écarter les premiers et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction.

Partant, il y a lieu de confirmer le montant de base maximal retenu par l'autorité inférieure.

18.3.4.3 L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type des infractions, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles doit être particulièrement protégée et est essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle retient que des comportements illicites cloisonnant le marché constituent des infractions graves à la loi sur les cartels, *a fortiori* lorsque plus de 95 % du marché pertinent est concerné. Compte tenu de cela, elle admet que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement est difficile à estimer ou mesurer, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de la recourante. Elle considère partant qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle doit être retenu. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon sa pratique, fixé à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Partant, le montant de base ainsi calculé est de [...] francs (4 % de [...] francs).

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que les contrats conclus entre des sociétés d'un même groupe ne constitue - en principe - pas des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. De même, il ne peut pas être reproché aux éditeurs - en tant que producteur - de s'interdire de vendre à des détaillants actifs sur le territoire suisse.

Il a ainsi été établi que sur les 94 éditeurs diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse durant la période de l'enquête, seuls les accords conclus avec 56 d'entre eux entraînent dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et pouvait partant être sanctionnés. Ainsi, il ressort qu'une part non négligeable des contrats de diffusion et/ou distribution conclus par la recourante l'ont été avec des éditeurs du groupe MP. Il ressort également des documents comptables produits par la recourante que la part des revenus réalisés avec les éditeurs pour lesquels un accord au sens de l'art. 5 al. 4 n'a pas pu être démontré s'élève à environ [...] % (cf. pièce 5 de la recourante).

Il s'ensuit que la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites et sanctionnables a dès lors été relativement plus faible durant la période de l'enquête que ce que l'autorité inférieure a

retenue. Partant, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords, s'ils justifient qu'une sanction soit prononcée, ne sont toutefois pas aussi graves que ce que l'autorité inférieure prétend. Dans ces circonstances, le pourcentage de 4 % retenu par l'autorité inférieure est excessif. Il convient de réduire celui-ci à 3 %.

De même, il y a lieu de tenir compte de ce qu'un différentiel de prix de seulement [moins de 10] % entre les marchés « *wholesale* » suisse et français a été constaté entre juillet 2007 et août 2009, ainsi qu'entre octobre 2011 et décembre 2011, ledit différentiel a fortement diminué les possibilités d'arbitrage par les prix pour les détaillants suisses, ce qui doit également être pris en compte. Partant, il convient de réduire le pourcentage retenu à 2 % et de fixer le montant de base, compte tenu de la gravité de la sanction, du type d'infraction et des profits réalisés par la recourante, à [...] francs (2 % de [...]).

Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. L'argument de la recourante selon lequel il y aurait lieu de tenir compte de ce que des possibilités d'arbitrage suffisantes n'ont pas existé durant l'entier de la période de l'enquête a déjà été examiné dans le cadre de la fixation du montant de base, de sorte qu'il n'y a pas lieu à ce stade d'en tenir compte une nouvelle fois. De même, la durée du comportement incriminé ne dépend pas de l'extension de l'enquête à l'art. 5 LCart, mais résulte bien de la participation par la recourante à des accords illicites durant la période précitée. Partant, le comportement de la recourante ayant duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a lieu de retenir qu'une majoration jusqu'à 70 % aurait été possible compte tenu de l'art. 4 OS LCart. Partant, la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure est conforme au droit et tient compte des circonstances.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la majoration retenue par l'autorité inférieure. Partant, le montant majoré - compte tenu du montant de base retenu par le tribunal ci-dessus - est de [...] francs.

18.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante ne formulant aucun grief à cet égard, rien ne permet de remettre en cause l'analyse des circonstances atténuantes effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors pas de réduire le montant de la sanction à ce titre.

18.3.4.5 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a tenu compte enfin de la capacité contributive de la recourante. En raison de son appartenance au groupe MP, dont le chiffre d'affaires s'élevait en 2011 à [...] millions d'euros (cf. ch. 758 de la décision attaquée) et des profits nets cumulés sur la période de l'enquête de la recourante, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante ne soulève aucun grief à cet égard, de sorte qu'il n'y a pas lieu de réduire davantage la sanction pour ce motif.

18.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce que la sanction prise à l'encontre de la recourante doit être fixée à [...] francs.

19. Mesures destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence

En outre, même si la recourante ne conteste pas directement l'interdiction qui lui a été faite 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, il convient de confirmer cette mesure.

En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à supprimer ladite restriction (art. 30 al. 1 LCart; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 30 p. 1283 no 24 s.; PATRIK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. IZUMI/KRIMMER, op. cit., art. 30 p. 1283 no 25; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, p. 509 no 12.85). De plus, selon l'art. 50 1^{re} phrase LCart, l'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux ait été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction faite à la recourante 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.

20. Emoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure

20.1 S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendu. Elle estime que l'autorité inférieure devait motiver comment elle parvenait à un montant total des frais s'établissant à 988'195 francs, la décision attaquée ne mentionnant pas le nombre d'heures total consacré à l'affaire ni leur répartition en fonction du taux horaire applicable.

20.2 Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comporte l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 138 V 32 consid. 2.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

20.3 En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

20.4 En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision attaquée que les émoluments étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que dites investigations étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart.

Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs-distributeurs suisses de livres écrits en français avaient passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux détaillants actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-ci ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux accords d'attribution de territoire; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. Il s'ensuit que le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs-distributeurs condamnés.

20.5 Il ressort de la décision attaquée que les frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart se montent, pour les treize diffuseurs-distributeurs concernés par celle-ci, à 988'200 francs. Si l'on tient compte d'un tarif horaire moyen, en application de l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, de 200 francs, l'on obtient un total d'heures de 4'941, soit 380 heures par partie. La recourante est parvenue d'elle-même à un calcul similaire. Bien que conséquent, le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure à l'examen des infractions visées par l'art. 5 LCart n'apparaît pas excessif, compte tenu de la durée de la procédure y relative (près de deux ans et demi), de la nature et de la difficulté de l'affaire ainsi que des mesures d'investigation entreprises.

Il s'ensuit qu'avec un tarif horaire moyen se situant dans le bas de l'échelle contenue à l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart et donc avec des heures de travail largement comptées, l'on obtient un total qui n'apparaît en aucun cas excessif en relation avec l'examen des accords visés à l'art. 5 LCart.

Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a mal qualifié les relations commerciales entretenues entre la recourante et certains éditeurs, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas de la fixation de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

Au surplus, les frais d'un montant de 988'200 francs ont été répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés devant payer solidairement un émolument total de 760'150 francs (cf. ch. 775 de la décision attaquée).

20.6 Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure. Partant, quand bien même l'autorité n'a pas indiqué le détail du calcul de l'émolument, il ne ressort en l'espèce pas que l'autorité inférieure aurait violé le droit d'être entendu de la recourante; celle-ci ayant pu formuler des griefs à l'encontre du calcul de l'émolument et le tribunal ayant pu exercer son contrôle, une violation du droit d'être entendu serait de toute manière réparée.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

21. Conséquences

Le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure partiellement réformée, en tant qu'elle condamnait la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de [...] francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à [...] francs.

En revanche, dans la mesure où le tribunal parvient à la conclusion que les accords passés entre la recourante et les éditeurs Tiers-MP, Tiers-Dargaud et en distribution pure, octroyant notamment à celle-ci l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leurs ouvrages sur le territoire suisse, ont supprimé la concurrence efficace sur le marché de référence, ou à tout le moins, l'ont affecté notablement, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, la décision doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à la recourante 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.

De même, il y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

22. Frais et dépens

22.1 S'agissant des frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, ils sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause.

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais de procédure. En effet, la sanction prononcée à l'encontre de la recourante ayant été réduite, il fait partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il se justifie, compte tenu de l'importance que représente la sanction pour la recourante, de mettre à sa charge des frais de procédure réduits à 11'000 francs. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 18'000 francs perçue le 24 juillet 2013. Le solde de 7'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

22.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF); le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Aucun dépens ni frais de procédure ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2).

En l'espèce, la recourante qui obtient partiellement gain de cause et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens réduits.

22.2.1 En date du 15 janvier 2016, le mandataire de la recourante a produit une note de frais s'élevant à 98'730 francs pour la procédure devant l'autorité inférieure et à 145'905 francs pour la procédure de recours (TVA non incluse). Conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens et les frais liés à la présente procédure.

La note de frais a été établie sur la base d'un tarif horaire de 300 francs pour les avocats et de 200 francs pour les avocats-stagiaires. Le temps consacré à la rédaction des différentes écritures par les avocats comprend 150.5 heures pour la rédaction d'un recours de 65 pages, 114.3 heures pour la rédaction d'une réplique de 35 pages et 84.45 heures pour la rédaction de déterminations sur la duplique de 9 pages. En outre, 62.9 heures ont été dédiées à la préparation de l'audience

d'instruction et 31.5 heures à la rédaction de notes de plaidoiries de vingt-six diapositives et des déterminations consécutives de trois pages. Les avocats-stagiaires ont été occupés 4.85 heures pour la rédaction des différentes écritures et 59.2 heures pour la préparation de l'audience d'instruction, la rédaction de notes de plaidoiries et des déterminations consécutives. Enfin, les débours s'élèvent à 317.70 francs.

22.2.2 Le tribunal s'intéresse d'abord au temps de travail des avocats. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est référé, de manière indicative, aux résultats d'une étude de 2005 commandée par la Fédération suisse des avocats (FSA) à l'Université de Saint-Gall (URS FREY/HEIKO BERGMANN, Bericht: Studie Praxiskosten des schweizerischen Anwaltsverbandes, Saint-Gall 2005) (cf. ATF 132 I 201 consid. 8.7; arrêt du TF 6B_659/2017 du 6 mars 2018 consid. 2.7.3). Cette étude estimait notamment les frais généraux des avocats en tenant compte des heures de travail facturables, les heures non facturées étant cofinancées par les heures facturées. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de s'écarter de ce principe de calcul, permettant d'évaluer les charges effectives fondées sur des moyennes d'heures facturées annuellement, et non un coût théorique tenant compte du temps global passé à l'étude. Selon l'étude effectuée par Frey/Bergmann pour l'année 2012 (cf. URS FREY/HEIKO BERGMANN, Etude sur les frais professionnels de la Fédération suisse des avocats [année de référence 2012], Saint-Gall 2014, dont les résultats ont été résumés dans la Revue de l'avocat 8/2014 p. 325 ss), il a été tenu compte de 1'386 heures facturables pour un avocat à temps complet sur un an (cf. FREY/BERGMANN, op. cit. 2014, p. 14). En tenant compte de 231 jours de travail par année à Genève, cela correspond à 6 heures journalières facturées.

Il apparaît d'emblée que les 150.5 heures nécessaires à la rédaction du recours sont excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à 25 jours de travail. Certes, le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois, le mandataire de la recourante représentait déjà celle-ci devant l'autorité inférieure. Vu la similitude avec les arguments développés devant l'autorité inférieure, le temps consacré à la rédaction du recours doit être réduit à 100 heures.

Quant aux écritures ultérieures, elles comprennent de nombreuses répétitions des griefs invoqués dans le mémoire de recours. En particulier, le mandataire de la recourante fait état de 84.45 heures consacrées aux déterminations sur la duplique. Or, dites déterminations se contentent d'écarter les griefs soulevés par l'autorité inférieure et de répéter sur neuf pages des griefs déjà traités précédemment. On peine à saisir en quoi de telles déterminations justifient qu'un mandataire professionnel y consacre 84.45 heures, soit plus de 14 jours de travail. Aussi, le temps nécessaire consacré au dépôt de la réplique doit être réduit à 60 heures, celui consacré au dépôt des déterminations à 20 heures.

Quant au temps nécessaire à la préparation de l'audience, le dépôt de notes de plaidoiries et celui de déterminations consécutives, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une reprise et d'une synthèse de certains griefs

soulevés par la recourante au cours de la procédure. Elles ne justifient pas que l'on y consacre en tout 94.4 heures (62.9 + 31.5 heures), soit près de 16 jours de travail. Le temps nécessaire doit être réduit à 60 heures.

Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 300 francs est toutefois justifié. Quant aux temps de travail des avocats-stagiaires, il y a lieu de réduire, pour les mêmes arguments, le temps nécessaire à la préparation de l'audience, le dépôt de notes de plaidoiries et celui de déterminations consécutives à 40 heures, au lieu des 59.2 heures déclarées. Pour le reste, il peut être tenu compte du décompte de prestations tel qu'établi.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de 81'287.70 francs - correspondant à 240 heures à 300 francs, 44.85 heures à 200 francs et 317.70 de débours. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il se justifie de réduire ce montant à 40'700 francs. Il convient enfin, faute de nouveau décompte remis par la recourante à la suite des débats publics du 29 octobre 2019, d'augmenter, ex aequo et bono, ce montant et d'octroyer à la recourante une indemnité à titre de dépens réduits de 46'000 francs, ces dépens ne comprenant aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF, et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.

2.

Le chiffre 1.2 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit: « 1.2. Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses ».

3.

Les frais de procédure, d'un montant réduit de 11'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 7'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Un montant de 46'000 francs est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (acte judiciaire; annexe: formulaire « adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 31-0277; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

[Indication des voies de droit]

B 3	2. Arrêt du 30 octobre 2019 Les Editions Flammarion SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français
-----	---

Décision attaquée devant le Tribunal fédéral
--

Arrêt B-3975/2013 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 en l'affaire Les Editions Flammarion SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, autorité inférieure. Objet: Cartels – sanction. Marché du livre écrit en français.

Faits:**A.**

A.a Les Editions Flammarion SA (ci-après: la recourante) est une société anonyme de droit suisse. Durant la période 2005 à 2011, elle a fait partie du groupe Flammarion qui rassemble plusieurs sociétés - dont la société Flammarion SA sise en France (ci-après: Flammarion FR) - actives au niveau de l'édition, de la diffusion et de la distribution de livres en français. Quant à la recourante, elle est chargée de la diffusion des livres du groupe sur le territoire suisse; son capital-actions est détenu à [...] % par Flammarion FR. En 2012, le groupe Flammarion a été racheté par le groupe Madrigall.

A.b La recourante sous-traite l'intégralité de la distribution des ouvrages qu'elle diffuse à la société OLF SA (ci-après: OLF), qui assure également la gestion des ouvrages retournés. Celles-ci ont conclu plusieurs contrats entre novembre 2000 et mars 2010, contenant la clause suivante:

Art. 3 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000:

« [La recourante] confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres.

Ce contrat ne concerne pas, sauf en cas de demande faite et notifiée par [la recourante] à OLF qui ne pourra pas refuser:

- la vente par courtage et/ou par correspondance,
- les ventes par clubs, couponing,
- les clients suisses achetant des éditions qui leur sont spécialement destinées.

[La recourante] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable [d']OLF, sauf pour des titres soldés.

Par ailleurs, OLF confirme à [la recourante], en ayant le droit de le faire par une délégation de pouvoir donnée par la Société [...], Maison Mère [d']OLF que les sociétés [...] (librairies) et [...], filiales de cette dernière, se sont engagées à faire le maximum d'efforts sur les plans de la promotion et de la vente des ouvrages édités (et/ou diffusés) par [la recourante] ».

A.c En date du 18 juillet 2012, la recourante et OLF ont précisé la portée de cette clause:

« Comme vous le savez, nous répondons à la demande de client [suisse] qui souhaitent acheter des ouvrages directement en France via notre filiale de distribution UD-Union Distribution et non plus via l'OLF. C'est notamment le cas de la FNAC ou encore de Payot.

Nous vous remercions de bien vouloir nous confirmer, en contresignant la présente que vous considérez comme nous que, [la recourante] est libre de servir directement ses clients suisses sans que l'OLF puisse lui opposer une quelconque exclusivité en sa qualité de logisticien ».

B.

B.a Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des détaillants ont fait apparaître que les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix était élevé en Suisse.

B.b D'entente avec le Président de la Commission de la concurrence (ci-après: la Comco ou l'autorité inférieure), le secrétariat a ouvert, le 13 mars 2008, une enquête dans le but d'examiner l'existence éventuelle d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs concernés - parmi lesquels figurait la recourante - par un courrier leur indiquant les principaux éléments susceptibles de constituer un abus de position dominante et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et la Feuille fédérale du 29 avril 2008 (FF 2008 2582). L'enquête a été réalisée en collaboration avec la Surveillance des prix, qui a participé à l'élaboration et à l'évaluation des questionnaires destinés aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants.

B.c Le 2 mars 2011, le secrétariat a étendu l'enquête, de concert avec le Président de la Comco, à l'examen de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels; cette extension a également fait l'objet d'une communication aux parties concernées ainsi que d'une publication dans la FOSC et la Feuille fédérale du 22 mars 2011 (FF 2011 2391).

B.d Le 18 mars 2011, le Parlement a adopté la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre (ci-après: la loi sur le prix du livre), contre laquelle un référendum a été lancé. L'adoption de cette loi et la perspective d'une votation populaire ont amené le secrétariat, en application du principe de l'économie de la procédure, à sus-

pendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé le 11 mars 2012 et a rejeté la loi sur le prix du livre. L'enquête a ainsi été reprise le 22 mars 2012 et les diffuseurs-distributeurs ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec les fournisseurs.

C.

C.a Le 14 août 2012, le secrétariat a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces versées au dossier. Il a été retenu que la recourante avait participé à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'Association suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires (ci-après: l'ASDEL) ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles. De même, la recourante avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il a considéré que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et a ainsi proposé à la Comco d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente au moyen, notamment, de tabelles et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise basé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il a prescrit de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché concerné et de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou encore d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution. Finalement, il a proposé de sanctionner la recourante et de mettre à sa charge une partie des frais de procédure.

C.b Le 26 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur la proposition de décision du 14 août 2012. Elle y a détaillé la structure et les activités du groupe Flammarion ainsi que sa relation contractuelle avec OLF, qu'elle décrit comme un simple logisticien. Elle a ensuite précisé la méthode de fixation du prix du livre en Suisse et affirmé qu'il existait une concurrence actuelle et potentielle suffisante sur le marché, susceptible de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, elle a estimé que l'absence de prises en compte du développement du marché, particulièrement au regard de l'arrivée de nouveaux moyens électroniques dans la commercialisation de livres, constituait une carence dans la proposition de décision. En définitive, elle a réfuté être partie à tout accord illicite au sens des art. 4 al. 1 et 5 de la loi sur les cartels. Elle a dès lors requis la clôture de l'enquête à son encontre sans suite de frais.

C.c L'autorité inférieure a procédé, entre le 26 novembre 2012 et le 10 décembre 2012, à l'audition de la recourante et des autres parties à la procédure. En particulier, elle a entendu le directeur général de Payot, la responsable de la Librairie A. _____ et présidente des librairies au sein de l'ASDEL ainsi que l'administrateur d'OLF.

D.

D.a En date du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a rendu une décision à l'encontre de la recourante et de neuf autres diffuseurs-distributeurs, dont le dispositif est le suivant:

« 1. *Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à*

des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart:

- 1.1 *Albert le Grand S.A pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.2 *Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.3 *Diffulivre S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.4 *Diffusion Transat SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.5 *Editions Glénat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.6 *Interforum Suisse SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.7 *Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.8 *Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.9 *OLF SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.10 *Servidis SA pour un montant de [...] francs suisses.*
2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glénat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA 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;*
 3. *Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure;*
 4. *Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glénat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération;*
 5. *Notifie la présente décision à [...] ».*

En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à des systèmes de distribution ayant constitué une action collective consciente et voulue qui avait visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels. Elle a estimé que les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies dans la mesure où le système de distribution mis en place cloisonnait la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse. De plus, elle a considéré que la concurrence intermarques et intramarque n'était pas apte à renverser celle-ci. Toutefois, dans l'hypothèse d'un renversement

de la présomption, elle a relevé que dit système de distribution avait notablement affecté la concurrence tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif sans qu'un motif d'efficacité économique ne l'ait justifié (art. 5 al. 1 et 2 de la loi sur les cartels).

D.b L'autorité inférieure a tout d'abord retenu que la loi sur les cartels s'appliquait en l'espèce. D'une part, la recourante avait été active dans le processus économique du livre écrit en français et son comportement avait restreint la concurrence en Suisse. D'autre part, la loi Lang qui régleme, en France, le prix du livre ne devait pas être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les cartels. Nonobstant le rejet, par le peuple, de la loi sur le prix du livre, l'autorité inférieure a précisé que celle-ci n'aurait pas été assimilée à une prescription réservée, dès lors qu'elle ne concernait pas les approvisionnements.

D.c Elle a rappelé que les activités de diffusion et de distribution devaient être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Si les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs, les distributeurs se chargent de tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvraient notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le *picking*, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients.

D.d Elle a ensuite examiné le système de distribution de la recourante, plus particulièrement la relation contractuelle qu'elle entretenait avec OLF, afin de déterminer si celle-ci avait agi en qualité de distributeur indépendant ou d'agent. Le droit et la pratique juridique suisses en matière de concurrence ne traitent pas du rapport d'agence, l'autorité inférieure a repris les notions développées par les autorités européennes de la concurrence. Elle a retenu que le facteur essentiel pour qualifier la relation contractuelle de rapport d'agence était la titularité du risque commercial ou financier, l'agent ne supportant pas les risques propres au contrat. En l'espèce, il est ressorti des clauses contractuelles liant la recourante à OLF que le risque de ducroire revenait entièrement à cette dernière. Ce risque étant spécifique au contrat en cause, l'autorité inférieure a exclu tout rapport d'agence entre la recourante et OLF, une éventuelle rémunération du risque de ducroire ne changeant rien à la répartition de celui-ci. En outre, l'autorité inférieure a retenu que l'exclusivité octroyée à OLF et l'engagement pris par la recourante de ne pas ouvrir de comptes directement en France pour les détaillants suisses visaient à interdire les ventes passives. Elle a également indiqué que, en modifiant son système de distribution en 2012, la recourante a démontré avoir volontairement restreint, durant la période de l'enquête, les canaux de distribution à un seul distributeur - OLF - afin d'empêcher les ventes passives. La seule gestion du droit de retour ne justifiait pas, selon l'autorité inférieure, un système de distribution tel que celui mis en place par la recourante. L'autorité en a conclu que le système de distribution de la recourante avait reposé sur un régime d'exclusivité visant à empêcher les ventes passives.

Se fondant sur les expériences des diffuseurs-distributeurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure

a retenu que les accords en cause étaient des accords de distribution qui prévoyaient une attribution de territoire au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels; la suppression de la concurrence efficace devait dès lors être présumée. Elle a exposé que le système de distribution exclusive mis en place avait permis une traçabilité des flux et empêché les ventes passives. De même, elle a estimé que le droit de retour - soit l'opportunité offerte aux détaillants de retourner les ouvrages invendus - n'avait fonctionné en l'espèce qu'en raison d'un régime prohibant les ventes passives, dont il était le corollaire. Elle a encore relevé que le procès-verbal du 25 mai 2005 - relatant une discussion du 11 mai 2005 au sein de l'ASDEL sur les dangers des importations parallèles - démontrait la volonté commune des diffuseurs-distributeurs d'empêcher les ventes passives. Finalement, elle a considéré que les relations commerciales entre les éditeurs et les distributeurs français n'avaient pas à être examinées plus avant - en particulier, si elles contenaient une interdiction de livrer en Suisse - les éléments au dossier étant suffisants pour constater que le système de distribution en cause empêchait les ventes passives.

D.e Examinant un éventuel renversement de la présomption, l'autorité inférieure a défini le niveau « *wholesale* » comme étant le marché de référence principal car il était directement visé par les accords d'attribution de territoire. Elle a néanmoins admis que le comportement des consommateurs finals influençait dans une certaine mesure celui des détaillants; en particulier, elle a laissé indécise la question de savoir si le commerce électronique apparaissait du côté de l'offre au niveau « *retail* » et a nié qu'il faisait partie du marché de référence au niveau « *wholesale* ». Sur la base de l'examen de la concurrence intramarque, elle a conclu que des possibilités d'arbitrage avaient existé de manière systématique durant la période de l'enquête tant sur les prix que sur d'autres paramètres; celles-ci auraient pu constituer des opportunités intéressantes pour les détaillants. Elle a toutefois constaté que ces derniers n'avaient pas été en mesure de les exploiter, à tout le moins insuffisamment pour générer une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs. Le système de distribution mis en place par ceux-ci ayant, dans une large mesure, empêché les importations parallèles, il y avait lieu de constater l'absence de concurrence intramarque. La Comco a relevé la forte différenciation du produit, la stabilité des parts de marché et les grandes difficultés d'entrée sur le marché en raison des droits d'édition. Elle en a déduit une concurrence intermarques très limitée. Enfin, elle a retenu la très faible pression concurrentielle des éditeurs ainsi que l'absence de capacité disciplinante des détaillants. Dans ces conditions, elle a conclu au non-renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

Subsidiairement, l'autorité inférieure a indiqué que les accords en cause seraient illicites quand bien même la présomption devait être renversée. Elle a noté que le système de distribution exclusive mis en place par la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs avait reposé sur des clauses prohibant les ventes passives de sorte qu'elles avaient, sur le plan qualitatif, notablement affecté la concurrence. Par ailleurs, 95 % du marché

suisse étant soumis à un système de distribution interdisant les ventes passives, la concurrence était d'un point de vue quantitatif également affectée de manière notable. Finalement, elle a rejeté toute justification pour des motifs d'efficacité économique.

D.f Enfin, la Comco a retenu que le comportement illicite décrit ci-dessus était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée sur la base des chiffres d'affaires réalisés durant les années 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à [...] francs, à savoir 4 % du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 50 %.

E.

E.a Le 11 juillet 2013, la recourante a formé recours contre la décision du 27 mai 2013. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision de l'autorité inférieure soit réformée en ce sens que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée sont annulés et que la procédure est classée sans suite à son encontre, les frais de la procédure étant mis à la charge de la Confédération. Subsidièrement, elle conclut au renvoi de la cause pour nouvelle décision au sens des considérants.

E.b A titre liminaire, la recourante décrit ses activités commerciales en Suisse. Elle indique que [...] collaborateurs assurent la promotion et la diffusion des ouvrages en Suisse. Elle précise que son offre éditoriale comprend plus de [...] ouvrages et que la gestion des commandes, le conseil aux clients, la distribution et la gestion des droits de retour sont des tâches complexes, ce dont l'autorité inférieure n'a pas suffisamment tenu compte dans la décision entreprise. La distribution des ouvrages et la gestion des ouvrages retournés sont assurées par OLF - que la recourante qualifie de logisticien -, dont la rémunération est calculée en fonction des [...]. Le prix des ouvrages est quant à lui fixé par [...] au moyen d'une table et du chiffre d'affaires escompté par les librairies. Elle indique qu'entre 2005 et 2011, le groupe Flammarion n'a jamais reçu de demande d'ouverture de compte en France de la part de détaillants suisses. En revanche, depuis 2011, la FNAC bénéficie d'un double flux d'approvisionnement, à savoir depuis la France et la Suisse; un accord semblable avec [...] était en négociation, mais n'a pas abouti. Cette situation de double flux nécessite, selon la recourante, un système de marquage pour la gestion des ouvrages retournés.

E.c La recourante considère ensuite que la décision entreprise viole les art. 2 et 4 al. 1 de la loi sur les cartels en tant qu'est retenue une commune et consciente intention des entreprises concernées par l'enquête de conclure un accord en matière de concurrence visant à empêcher les ventes passives. Elle rappelle que la volonté des parties n'était pas de restreindre les ventes passives, mais de gérer le droit de retour des ouvrages, lequel nécessite qu'OLF soit informée du flux de ceux-ci. Elle fait aussi valoir qu'OLF ne participe pas à l'effort de vente des ouvrages du groupe Flammarion et n'a que des activités logistiques. Ainsi, la recourante soutient que les rapports commerciaux qui la lient à OLF relèvent du contrat d'agence, lequel n'est pas constitutif d'un accord vertical lorsque l'agent ne supporte pas de risque

commercial ou que celui-ci est négligeable. De même, elle considère que les relations contractuelles entretenues avec la société française Flammarion FR sont couvertes par le privilège de groupe, dans la mesure où la recourante est détenue à [...] % par [...] et agit en Suisse comme sa filiale.

E.d Elle allègue que la clause litigieuse ne restreint pas la liberté d'action d'OLF, mais celle de Flammarion FR en l'obligeant à ne pas ouvrir de comptes directs pour les détaillants suisses, ce qui n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. Il appartenait ainsi à l'autorité inférieure de démontrer que d'autres distributeurs agréés ne pouvaient effectuer des ventes passives dans le territoire attribué à OLF, ce qu'elle n'est - selon la recourante - pas parvenue à faire. En effet, les déclarations des détaillants suisses et les éléments retenus à son encontre sont généraux et ne se rapportent pas spécifiquement à la recourante. En outre, elle avance que l'autorité inférieure a confondu le fait que les détaillants ne procédaient pas à des importations parallèles avec une interdiction de ces dernières. Plusieurs détaillants n'auraient tout simplement pas essayé d'y procéder, dans la mesure où elles ne sont pas économiquement avantageuses. En conséquence, la recourante se prévaut du principe *in dubio pro reo* et considère que les indices recueillis par l'autorité inférieure ne pouvaient pas conduire celle-ci à conclure à l'existence d'un accord supprimant la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

E.e S'agissant du marché de référence, la recourante relève que la vente électronique de livres imprimés a concurrencé d'une manière importante les détaillants suisses ainsi que les diffuseurs-distributeurs. De même, elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir tenu compte des différentes catégories d'ouvrages et conteste que des possibilités d'arbitrage tant sur les prix que les services aient existé; les accords en cause n'ont dès lors pas pu affecter la concurrence. En outre, la part de marché de la recourante n'étant que de [...] %, il subsistait une concurrence intermarques suffisante. En additionnant les parts de marché de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs concernés par l'enquête et en constatant que leurs systèmes de distribution couvraient 95 % du marché, l'autorité inférieure a repris une théorie d'accord horizontal qu'elle avait cependant exclue de la décision entreprise.

E.f Subsidièrement, la recourante souligne qu'il n'est pas possible de lui imputer un comportement illicite, en tant qu'elle n'a eu ni la conscience, ni la volonté d'interdire les ventes passives. De même, l'enquête ayant débuté en relation avec l'art. 7 de la loi sur les cartels, la recourante estime n'avoir pas pu d'emblée comprendre ce qui lui était reproché, ni prévoir qu'elle agissait de manière contraire au droit. En outre, elle considère que la sanction ne tient pas compte de sa capacité contributive et viole l'égalité de traitement dès lors qu'elle n'a pas été individualisée. Elle estime encore que des possibilités d'arbitrage n'ont existé qu'à partir de 2011, lorsque le cours de l'euro a chuté, si bien que la durée des infractions retenue par l'autorité inférieure est erronée. Enfin, elle se plaint de ce que les frais de procédure mis à sa charge n'ont pas été suffisamment motivés.

F.

Le 20 novembre 2013, l'autorité inférieure a transmis sa réponse au recours. Elle y conclut au rejet de celui-ci, sous suite de frais. Elle rappelle que l'enquête a été étendue le 2 mars 2011 à l'examen de l'art. 5 de la loi sur les cartels, que la proposition de décision contenait déjà les griefs retenus dans la décision entreprise et que la recourante a été entendue le 3 décembre 2012, de sorte que celle-ci a bénéficié du temps nécessaire pour préparer sa défense.

Elle maintient que l'accord liant la recourante à OLF est un contrat de distribution conférant une exclusivité territoriale et constituant un accord en matière de concurrence. Elle rappelle qu'OLF est le véritable importateur de l'offre éditoriale du groupe Flammarion en Suisse et n'agit dès lors pas comme un simple logisticien. A ce titre, le risque commercial, plus particulièrement le risque de ducroire, échoit à OLF, de sorte que cette dernière ne peut être considérée comme un simple agent. Quant au privilège de groupe, il ne s'applique pas entre la recourante et OLF, celles-ci étant deux entités économiquement indépendantes.

Cela étant, l'autorité inférieure souligne avoir fondé sa décision sur de nombreux éléments qui ont apporté la pleine preuve du comportement incriminé. Elle réfute dès lors avoir violé le principe *in dubio pro reo*, rappelant également que les déclarations d'OLF vont dans le sens des conclusions de l'autorité inférieure. Elle fait valoir que l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels s'applique quand bien même la clause litigieuse ne prévoit pas directement une obligation pour le distributeur, le critère essentiel étant l'exclusion des ventes passives visée par les accords.

Concernant le marché de référence, l'autorité inférieure indique l'avoir correctement défini. Elle considère avoir suffisamment tenu compte de la vente électronique de livres imprimés dans le cadre de l'analyse de la pression concurrentielle. Quant à l'appréciation de la concurrence intramarque, elle présente qu'en dépit d'un renoncement volontaire à des importations parallèles de la part de certains détaillants, les essais infructueux tentés par d'autres ont démontré l'impossibilité d'exploiter les possibilités d'arbitrage existantes. S'agissant de la concurrence intermarques, elle conteste avoir repris l'idée d'un accord horizontal et renvoie à sa décision pour le surplus. Elle estime que les détaillants n'ont pas été en mesure d'exploiter une quelconque possibilité d'arbitrage, la recourante et les autres diffuseurs-distributeurs ayant cloisonné le marché suisse. Elle considère dès lors que la sanction ainsi que le calcul de celle-ci sont justifiés et conformes à la loi. Il en va de même pour les frais de procédure mis à la charge de la recourante.

G.

Le 12 février 2014, la recourante a transmis sa réplique. Elle maintient intégralement les conclusions prises dans son recours du 11 juillet 2013 ainsi que les griefs formulés. Elle revient sur la qualification du contrat liant à OLF, contestant que celle-ci soit l'importatrice des ouvrages édités par le groupe Flammarion. De plus, elle estime nécessaire de distinguer la notion d'approvision-

nements directs et d'importations parallèles, la clause litigieuse ne concernant que les premières. En effet, dite clause ne traiterait que de l'ouverture d'un compte auprès de Flammarion FR - soit un cas d'approvisionnement direct couvert par le privilège de groupe. Elle estime en outre que la période de l'enquête a été arbitrairement arrêtée à 2011, dans le seul but de ne pas tenir compte des négociations entreprises avec FNAC et Payot. Elle considère que l'absence de recours d'OLF ne peut en aucun cas être retenue comme une preuve de l'illicéité du contrat liant à dite société. Très subsidiairement, elle allègue que son système de distribution serait, dans tous les cas, justifié par des motifs d'efficacité économique, dans la mesure où il est nécessaire pour assurer le droit de retour.

H.

Le 23 avril 2014, l'autorité inférieure a transmis sa duplique. Elle maintient ses conclusions et ses arguments quant aux griefs invoqués. Elle précise notamment qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie la participation de la recourante à un système de distribution excluant les ventes passives, mais que les arguments développés par celle-ci démontrent bien l'existence de celui-ci.

I.

Par ordonnance du 28 mai 2014, le tribunal a invité les parties à se prononcer sur une éventuelle suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les procédures *Gaba International AG*, respectivement *Gebro Pharma GmbH*, contre *Comco* (ci-après: *Gaba/Gebro*) pendantes devant le Tribunal fédéral.

J.

Par écritures du 17 juin 2014, la recourante a fait part de ses remarques sur la duplique de l'autorité inférieure. Confirmant les conclusions de son recours, elle y indique contester l'entier des écritures de l'autorité inférieure. Compte tenu des différences entre la proposition de décision et la décision entreprise, elle sollicite la tenue d'une audience d'instruction et de plaidoirie.

K.

L'autorité inférieure a indiqué, par courrier du 25 juin 2014, que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation de la concurrence avait été établie d'un point de vue quantitatif et qualitatif dans la décision entreprise. Partant, le sort des procédures *Gaba/Gebro* devant le Tribunal fédéral n'aurait, selon elle, aucune influence sur la présente procédure de recours.

L.

Le 30 juin 2014, la recourante a indiqué ne pas s'opposer à une suspension de la procédure et s'en remettre à justice. Elle indique toutefois que les procédures *Gaba/Gebro* n'auraient que très subsidiairement une influence dans la présente procédure.

M.

Par ordonnance du 23 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la cause.

N.

N.a Le 12 mai 2015, le tribunal a tenu une audience d'instruction sur réquisition de la recourante. Celle-ci a pu, par l'intermédiaire de ses conseils, poser des questions à ses représentants et à l'autorité inférieure, laquelle a également pu interroger ceux-ci. Les parties ont plaidé la cause. L'autorité inférieure a déposé des notes de plaidoiries séance tenante; la recourante a été invitée à le faire d'ici le 27 mai 2015.

N.b Par courrier du 27 mai 2015, la recourante a déposé ses notes de plaidoiries.

N.c Le 29 mai 2015, le procès-verbal de l'audience d'instruction du 12 mai 2015 a été transmis aux parties.

N.d Par déterminations du 19 juin 2015, l'autorité inférieure a pris position sur les notes de plaidoiries de la recourante. Elle rejette les arguments de celle-ci à propos de la qualification du contrat conclu avec OLF et l'existence d'un rapport d'agence. Elle conteste également avoir indiqué que l'art. 3 des contrats liant la recourante à OLF était équivalent à la restriction illicite de l'affaire Gaba/Gebro. Elle indique toutefois que ces clauses sont analogues dans la mesure où elles ont entraîné un cloisonnement du marché. Elle rappelle que ce cloisonnement était généralisé et homogène sur le marché pendant la période visée par l'enquête de sorte que les détaillants le souhaitant n'ont pas été en mesure d'exploiter les possibilités d'arbitrage. Finalement, elle considère avoir établi suffisamment les faits constatés dans la décision entreprise par de nombreux éléments de preuve.

N.e Par courrier du 22 juin 2015, la recourante a sollicité la rectification du montant du flux aller des ouvrages figurant au procès-verbal.

N.f Par écritures du 24 juillet 2015, la recourante a déposé ses remarques. Elle relève que l'autorité inférieure se limite à répéter le contenu de sa décision sans répondre aux arguments spécifiques soulevés. En outre, elle rappelle que l'autorité inférieure a, lors de l'audience d'instruction, clairement comparé les clauses litigieuses de l'affaire Gaba/Gebro au cas d'espèce. Elle fait valoir encore que l'analyse effectuée par l'autorité inférieure concernant les importations parallèles est inacceptable; elle reproche ainsi à celle-ci de ne pas faire de distinction entre les approvisionnements directs et les importations parallèles, la clause litigieuse ne visant que les premières et uniquement à des fins de coordination avec OLF. Une nouvelle fois, elle allègue que la décision entreprise n'est pas suffisamment individualisée, notamment s'agissant des demandes d'approvisionnement des détaillants suisses - qui ont été en ce qui la concerne inexistantes - et les possibilités d'arbitrage. Finalement, elle considère que l'instruction a été insuffisante, les moyens de preuve étant limités à des déclarations générales des librairies ne la concernant pas.

O. Le 29 octobre 2019, le tribunal a tenu des débats publics sur requête de la recourante. Les parties ont plaidé la cause et déposé leurs notes de plaidoiries séance tenante.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit:**1. Recevabilité**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 A qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA).

1.2.1 Est particulièrement touché celui qui est atteint de manière directe et concrète par la décision attaquée, avec une intensité plus grande que d'autres personnes et qui se trouve dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1; arrêt du TF 2C_524/2018 du 8 mai 2019 consid. 2.3). A un intérêt digne de protection, celui qui a un intérêt juridique ou de fait à ce que la décision soit annulée ou modifiée: cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que la modification ou l'annulation lui apporterait, en lui évitant de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3, 139 II 279 consid. 2.2 et 135 II 145 consid. 6.1; arrêt 2C_524/2018 précité consid. 2.3).

1.2.2 La recourante conclut notamment à ce que les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée soient annulés. En procédant ainsi, elle conclut à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée à l'encontre des diffuseurs-distributeurs condamnés, qu'aucune mesure ne soit prise à leur encontre et qu'il soit renoncé à mettre à leur charge les émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

Dite conclusion est partiellement irrecevable, en tant que la recourante n'a pas d'intérêt à recourir contre les sanctions et mesures prononcées à l'encontre des neuf autres diffuseurs-distributeurs condamnés et n'est pas particulièrement touchée par celles-ci (cf. arrêt du TAF B-364/2010 du 3 décembre 2013 Hors-Liste Medikamente consid. 1.2.3).

1.2.3 Partant, la recourante n'a qualité pour recourir que contre le prononcé de la sanction à son égard, les mesures prises à son encontre et sa condamnation au paiement solidaire des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure.

1.3 La recourante conclut encore à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre.

Il convient, à titre liminaire, de rappeler que le législateur a octroyé aux autorités de la concurrence, en particulier au secrétariat, un grand pouvoir d'appréciation s'agissant notamment de l'opportunité d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart, RS 251]) ou une enquête au sens de l'art. 27 LCart concernant des restrictions à la concurrence (cf. ATF 135 II 60 Maestro Interchange Fee con-

sid. 3.1.2; arrêt du TAF B-463/2010 du 19 décembre 2013 Gebro consid. 4.1.4; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 26 no 66 ss p. 1271 et art. 27 no 66 ss p. 1310 ss); de plus, l'ouverture d'une enquête ne constitue pas une décision susceptible de recours (cf. arrêt du TAF B-2050/2007 du 24 février 2010 *Swisscom Terminierung* consid. 1.2.3 non publié dans l'ATAF 2011/32). Partant, dès lors que les autorités de la concurrence décident seules de l'opportunité d'ouvrir une enquête, elles décident, le cas échéant, également seules de l'opportunité de classer celles-ci. Ainsi, même en cas d'admission du recours, le Tribunal administratif fédéral ne peut imposer de classer l'enquête.

Excédant les compétences de l'autorité saisie, la conclusion de la recourante tendant à ce que la procédure soit classée sans suite à son encontre est donc irrecevable.

Le Tribunal limitera ainsi son examen au bien-fondé de la sanction et des mesures prononcées à l'encontre de la recourante.

1.4 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

2. Base légale et objet du litige

2.1 La loi sur les cartels - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart); et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est

tenu au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (art. 49a al. 1 LCart).

2.3 Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1^{re} phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1^{re} phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1^{re} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1^{re} phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002, édicté la première communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007, elle-même abrogée par la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après: CommVert), entrée en vigueur le 1^{er} août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après: la note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco (cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019). Dites communications - lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral - sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêts du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 *Altimum* consid. 2.4 et

B-506/2010 du 19 décembre 2013 *Gaba* consid. 11.1.7; JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 6 LCart p. 598 ss no 40 ss; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 6 p. 458 no 24 ss).

2.5 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec OLF un accord attribuant des territoires, alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré que l'interdiction faite à la recourante d'ouvrir des comptes à Paris et le fait que respectivement les détaillants ne pouvaient s'approvisionner directement auprès de Flammarion FR ou de sa filiale UD-Union Distribution suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante, pour sa part, conteste l'existence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution n'interdirait pas les ventes passives.

Dans le cadre de l'examen des griefs formulés par la recourante, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1^{er} août 2010 (ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2; REYMOND, op. cit., art. 6 LCart p. 617 no 130).

3. Champ d'application de la loi sur les cartels

A titre liminaire, il est nécessaire de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la loi sur les cartels toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *Swisscom ADSL* consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 *Publigroupe* consid. 4.1). La loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart; cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [Loi sur les cartels, LCart], FF 1995 I 472, 535 s. ch. 222.2 [ci-après: message LCart 1995]).

En l'occurrence, il ressort du dossier que la recourante appartient au groupe Flammarion. Or, lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effective-

ment contrôlées par leur société-mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, - dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes par rapport aux autres - que celles-ci forment une seule et même entreprise au sens de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 *SIX Group* consid. 39 ss, B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 2 p. 84 s. no 27-29; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, p. 1278 ss). En droit européen, l'absence d'autonomie de la filiale est présumée lorsque celle-ci est détenue à 100 % par sa société mère (cf. arrêt de la CJCE du 10 septembre 2009 C-97/08 *Nobel contre Commission*, Rec. I-8237 point 60; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9e éd. Oxford 2018, p. 95 s.). Il s'ensuit que la recourante et les sociétés appartenant au groupe Flammarion ne forment qu'une seule et même entité aux yeux de la loi sur les cartels, de sorte que le comportement des différentes sociétés du groupe, y compris de la recourante, peut lui être attribué. Toutefois, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans le cadre de la présente procédure, du comportement des sociétés du groupe Madrigall, lequel a racheté le groupe Flammarion en 2012, dès lors que l'opération de rachat a pris effet après la fin de la période de l'enquête (cf. arrêt B-831/2011 précité *Six Group* consid. 63).

Au surplus, dès lors que l'autorité inférieure prétend que la recourante aurait confié à OLF la distribution pour la Suisse des ouvrages dont elle assure la diffusion, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse.

Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, la recourante est chargée de diffuser les ouvrages qui lui sont confiés; elle entretient ensuite une relation commerciale verticale avec OLF qui distribue lesdits ouvrages.

Pour le reste, il y a lieu de déterminer s'il existait entre la recourante et OLF un accord en matière de concurrence pour la période - délimitée par l'autorité inférieure - s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question présente une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition de l'application de la loi sur les cartels, mais également une prémisses à l'admission d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après (cf. *infra* consid. 5 et 6).

4. Griefs formels

La recourante soulève divers griefs formels en lien avec le droit d'être entendu qu'il y a lieu d'examiner préalablement. Principalement, elle estime que la décision

n'est pas suffisamment motivée, en ce sens qu'elle souffre d'un manque d'individualisation et que la situation particulière de la recourante n'a été abordée que de manière succincte et lacunaire.

4.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision ne soit prise concernant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles, ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 135 II 286 consid. 5.1; arrêts du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 4 et B-2050/2007 du 24 février 2010 consid. 6.1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich 2013, p. 172 ss no 488 ss).

Il comporte aussi l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6 et 134 I 83 consid. 4.1). L'autorité n'est toutefois ni tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Néanmoins, exceptionnellement, lorsque la violation du droit d'être entendu ne s'avère pas particulièrement grave, celle-ci peut être guérie si la partie lésée dispose de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition est similaire à celle de l'instance inférieure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *op. cit.*, p. 193 no 548).

4.2 En tant que la recourante se plaint que la décision souffre d'un manque d'individualisation et que sa situation n'a été abordée que de manière succincte et lacunaire, elle se limite à l'affirmer, mais ne motive pas en quoi elle n'a pas pu comprendre et contester utilement la décision entreprise.

Or, de manière générale, la décision du 27 mai 2013 renvoie régulièrement à l'avis écrit de la recourante, au contenu de son audition ainsi qu'aux autres pièces du dossier, dont elle a pu prendre connaissance. Enfin, l'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaque à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3; arrêt du TF 2C_622/2012 du 17 juin 2013 consid. 5.3).

Dans ces conditions, il n'incombe pas au tribunal, en présence de critiques purement appellatoires, d'examiner plus avant ce grief formel (cf. PATRICK L. KRAUS-KOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2^e éd. 2016, art. 12 PA p. 264 s. no 59).

Mal fondé, le grief soulevé par la recourante est rejeté.

5. Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

L'objet principal de la présente procédure consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a conclu que le système de distribution de la recourante réalisait, entre 2005 et 2011, les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart, sans que celle-ci ne puisse être renversée et que l'examen subsidiaire de l'affectation notable de la concurrence mène à la conclusion que le système de distribution de la recourante a notablement affecté la concurrence pendant la période visée par l'enquête, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, sans qu'aucun motif d'efficacité économique ne justifie sa nécessité.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart, et par conséquent, à la condamnation de la recourante selon l'art. 49a LCart pour participation à des accords illicites.

5.1 Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon le texte de l'art. 4 al. 1 LCart: il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 1 LCart p. 220 no 1).

Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontaux), mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour en conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 544 ch. 224.1; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. DIMITRI ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO; cf. AMS-

TUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 no 21; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 1 p. 166 no 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

En outre, il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1); la conclusion d'un accord nécessite donc la participation d'au moins deux entreprises jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 84 s. no 27-29).

5.2 Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss no 72 ss; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 158 et 162 no 42 et 63).

Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où, objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord.

En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction de la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 s. no 83 ss; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss no 67 ss; MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, 2003, p.217; ANTIPAS, op. cit., p. 276).

5.3 Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss); elles s'inspi-

rent ainsi du droit et de la pratique au sein de l'Union européenne, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. consid. VII CommVert; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13. 3 et 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3; arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 167 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 s. no 7). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 326/47 du 26 octobre 2012 (ci-après: TFUE), lequel a la teneur suivante:

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 no 7). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (ch. 1 de la communication de la Commission du 10 mai 2010 concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: les lignes directrices]).

6. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit de déterminer si le système de distribution de la recourante a impliqué, durant la période de l'enquête, la conclusion d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, en tenant compte, le cas échéant, d'une relation d'agence.

6.1 L'autorité inférieure a relevé que la notion de relation d'agence découle du droit de l'Union européenne dont l'application analogue en Suisse découle - s'agissant des accords verticaux - de la volonté du législateur. Elle souligne que, selon la pratique européenne, l'agent fait partie de l'organisation commerciale du commettant. A défaut d'indépendance économique entre l'agent et le

commettant, la relation d'agence n'est pas soumise à l'art. 101 TFUE. Elle souligne que les risques commerciaux et financiers spécifiques aux contrats conclus sont déterminants pour qualifier de rapport d'agence le lien entre un producteur et un intermédiaire. L'autorité considère qu'en l'espèce la recourante est liée à OLF par un contrat ayant pour objet la distribution et lui conférant une exclusivité territoriale. De plus, les activités mentionnées par la recourante constitueraient précisément des activités typiques de la distribution. Enfin, la particularité de la branche du livre, séparant les activités de diffusion et de distribution, ne change rien à cette analyse. Il s'agit uniquement d'une particularité sur le marché du livre qui concerne la promotion et l'information sur les produits. De plus, elle estime que la recourante supporte entièrement le risque de ducroire. Une éventuelle rémunération de ce risque n'en modifierait pas la répartition. De plus, OLF assume le risque lié au stockage des ouvrages, est tenue de les assurer et répond d'une éventuelle différence de stock lors de l'inventaire. Partant, une relation d'agence doit être niée entre la recourante et OLF.

La recourante estime que la décision entreprise viole l'art. 4 al. 1 LCart, dans la mesure où elle se trouverait dans une relation d'agence avec OLF. Partant, les contrats entre elle et OLF ne sauraient être qualifiés d'accords en matière de concurrence. Elle estime qu'une relation d'agence n'est, en effet, pas constitutive d'un accord vertical lorsque la société en aval - en l'espèce OLF - ne supporte aucun risque commercial ou que celui-ci est négligeable. Elle fonde son raisonnement sur les jurisprudences du Tribunal de première instance de l'Union européenne *Daimler-Chrysler contre Commission* et de la Cour de Justice dans l'arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía de Petróleos*. Selon elle, le risque de ducroire, seul risque supporté par OLF serait négligeable. En effet, elle affirme que le contrat vise uniquement à régler la question du droit de retour et qu'il s'agit d'un contrat de logisticien, dans la mesure où OLF a pour uniques tâches la réception, la livraison et la facturation des ouvrages selon les instructions données par la recourante. Elle prétend qu'OLF n'a aucune obligation de distribution, qu'elle n'est pas propriétaire des ouvrages et qu'elle ne participe pas à l'effort de vente; elle ne joue ainsi aucun rôle dans les relations contractuelles avec les librairies, en particulier s'agissant de la fixation du prix et de la remise concédée à ces derniers.

6.2 En droit des obligations, le contrat d'agence se définit comme le contrat par lequel un agent prend, à titre permanent, l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure, en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a al. 1 CO). L'agent agit à titre indépendant. Il n'est ainsi pas tenu par un rapport de subordination (cf. ATF 129 III 664 consid. 3.2; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd. 2016, no 5046 p. 738 s.; CHRISTOPH MÜLLER, *Contrats de droit suisse*, 2012, no 2131 p. 439). L'indépendance de l'agent doit être comprise dans un sens juridique et non économique, dès lors que le caractère durable du contrat d'agence a pour corollaire une dépendance économique accrue (cf. arrêt

du TF 4C.270/2002 du 11 février 2003 consid. 2). Le contrat d'agent se distingue ainsi du contrat de distribution (exclusive ou non), dans lequel le distributeur agit en son propre nom et pour son propre compte. Ainsi, contrairement à l'agent, le distributeur assume les risques liés à son activité (cf. arrêt du TF 4C.130/2004 du 18 juin 2004 consid. 2.2; TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., no 7256 p. 1074; MÜLLER, op. cit., no 2145, p. 441 s.).

6.3 En droit des cartels, il y a lieu de rappeler que le concept d'accord nécessite une convention ou une pratique concertée entre au moins deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 2 LCart; ch. 9 pt 2 de la note explicative; cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1), c'est-à-dire jouissant d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 27 ss et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 4.1; MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; LEHNE, op. cit., art. 2 p. 79 ss no 14 ss). Pour le surplus, le droit et la pratique suisses sont muets sur la question des relations d'agence au regard de la loi sur les cartels. Dans ce contexte, le droit de l'Union européenne peut fournir une piste d'interprétation utile, la mise en oeuvre d'une politique analogue à celle de l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux correspondant à la volonté du législateur (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss).

En droit européen, lorsqu'un agent peut conclure ou négocier des contrats, pour le compte d'un commettant, dans le but notamment de vendre des biens ou des services fournis par ce dernier, la dépendance économique et organisationnelle de l'agent vis-à-vis du commettant peut faire obstacle à l'application des dispositions relatives aux accords verticaux en matière de concurrence (ch. 12 ss des lignes directrices). En effet, lorsque l'agent se trouve dans une relation de dépendance, financière et organisationnelle, vis-à-vis du commettant, les deux entités, bien que juridiquement distinctes, sont considérées comme une seule entité économique, les activités de l'agent n'ayant aucune influence sur le marché (cf. arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía de Petróleos*, Rec. I-11987 point 39 ss; arrêt du TPICE du 15 septembre 2005 T-325/01 *Daimler-Chrysler contre Commission*, Rec. 2005 II-3319 point 86 ss). L'indépendance de l'agent s'examine à l'aune des risques qu'il supporte (ch. 13 des lignes directrices; cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 43). Sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence les risques propres à chaque contrat, les risques liés aux investissements propres au marché, et les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques (ch. 14 des lignes directrices).

L'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le

commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation (ch. 15 des lignes directrices).

Selon le ch. 16 des lignes directrices, un accord sera généralement aussi considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels. Tel n'est toutefois pas le cas notamment lorsque l'agent tient, à ses propres frais ou risques, un stock de biens contractuels, et notamment lorsqu'il supporte le coût de financement des stocks ou le coût lié à la perte des stocks, ou qu'il ne peut retourner au commettant, sans frais, les invendus (ch. 16 let. b des lignes directrices *a contrario*).

Ainsi, lorsque l'agent n'assume aucun risque résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant, il opère comme un auxiliaire intégré dans l'organisation économique de ce dernier et les dispositions européennes relatives aux accords verticaux en matière de concurrence ne sont par conséquent pas applicables à leur relation contractuelle (cf. arrêt *Daimler-Chrysler* précité point 86; WHISH/BAILEY, op. cit., p. 634 ss). Enfin, les risques assumés par l'agent doivent être examinés in concreto (cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 46). En effet, si ceux-ci s'avèrent négligeables, la relation d'agence ne peut pas être exclue (cf. arrêt *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* précité point 61).

6.4 Partant, il y a lieu d'examiner la nature des relations contractuelles entre la recourante et OLF et de déterminer si celles-ci relèvent d'un contrat d'agence ou non, c'est-à-dire d'examiner si OLF opère ou non comme un simple auxiliaire intégré dans l'organisation économique de la recourante, en tenant compte des risques concrets supportés par OLF.

En l'occurrence, aux termes des contrats des 27 novembre 2000, 5 juin 2007 et 23 mars 2010 (cf. acte 523 du dossier de la Comco [ci-après: l'acte ou les actes]), la recourante confie à OLF la distribution exclusive de ses ouvrages auprès de l'intégralité des revendeurs de livres en Suisse (art. 1 et 3). De son côté, OLF s'engage à réceptionner et stocker les ouvrages de la recourante, recevoir et traiter les commandes qui lui sont transmises directement par les clients ou par la recourante, livrer les ouvrages dans toute la Suisse et les facturer selon les instructions données par la recourante (art. 4 let. a à c). En outre, elle s'engage à « être *du croire* sur les comptes clients vis-à-vis de [la recourante] » (art. 4 let. d); la portée de cette obligation est précisée à l'art. 8: « [e]n vertu de l'art. 4 [let.] d, OLF assure l'entière responsabilité du recouvrement des créances sur les clients suisses. Il est toutefois prévu que les ouvertures de compte, demandées par [la recourante] à OLF, seront acceptées par OLF sauf si [cette dernière] a prévenu à l'avance de l'insolvabilité du client ou de contentieux antérieur. Les fermetures de compte sont effectuées par OLF qui doit

au préalable demander son accord à [la recourante]. [Cette dernière] pourra soit accepter, soit demander la fourniture sous sa propre responsabilité ». De même, OLF doit verser à la recourante l'équivalent du prix net des produits facturés aux revendeurs quand bien même ceux-ci ne se seraient pas acquittés des montants éventuellement dus à OLF (art. 6). En outre, OLF supporte les risques inhérents au stockage des ouvrages. Cette dernière assume les conséquences d'un éventuel sinistre ainsi que les différences de stock constatées lors de l'inventaire physique; de même, elle gère le suivi du stock dont elle doit limiter les ruptures (art. 4 let. k et l). Il convient encore de relever que la propriété des ouvrages ne passe pas à OLF, la rémunération de celle-ci découlant de [...] (art. 4 let. a et art. 5). Enfin, OLF ne participe pas à la politique commerciale et la promotion des ouvrages, [...] (art. 9 ch. 1 et 2).

Ainsi, il appert qu'OLF n'acquiert pas les ouvrages dans le but de les revendre aux détaillants. Par conséquent, elle ne supporte pas un éventuel échec commercial. Ce constat tend à soutenir la thèse de la recourante. Toutefois, il ne se suffit pas à lui seul. Au contraire, en plus d'assurer le stockage et le flux physique des ouvrages, OLF assume la facturation auprès des détaillants et le risque de *du croire*. Si la recourante détermine certes [...], elle n'intervient par la suite plus dans la vente effective de ses ouvrages, à savoir leur livraison, leur facturation et leur encaissement. Elle n'en supporte pas le risque. Il y a lieu de rappeler que la recourante perçoit d'OLF le prix net des ouvrages facturés, indépendamment de tout versement par les détaillants, dont les comptes sont d'ailleurs ouverts directement auprès d'OLF. Les détaillants passent directement commande auprès de dite société, laquelle gère les stocks et le réassort des produits. Elle supporte d'ailleurs également le risque de perte du stock et les conséquences d'une différence de stock constatée lors de l'inventaire. Ce faisant, le rôle d'OLF dépasse largement celui d'un simple logisticien, ses activités allant au-delà de la simple manutention des ouvrages. Ce rôle est d'ailleurs confirmé par le directeur d'OLF, qui conteste que le rôle de sa société soit de faire du « paquet-ficelle »; il affirme au contraire que son activité économique est celle d'un prestataire offrant une multitude de services (cf. acte 874 lignes 20 ss). Il n'est dès lors pas déterminant que la propriété des livres ne soit pas transférée.

Certes, il ressort des contrats passés entre OLF et la recourante que cette dernière conserve la maîtrise de sa politique commerciale et que la première répond aux commandes des clients et ne peut refuser de les servir, sauf exception. Partant, la liberté commerciale d'OLF est, de ce point de vue, pratiquement nulle. Néanmoins, le risque inhérent à la vente des ouvrages - à savoir le paiement du prix - est supporté par OLF dès lors qu'elle assume le potentiel défaut de paiement du produit. La recourante est, quant à elle, totalement libérée de ce risque. De plus, ce risque ne saurait être qualifié de négligeable en tant qu'il est inhérent à chaque contrat; peu importe à cet égard avec quelle occurrence ce risque est susceptible de se réaliser. Sa rémunération atteste de son importance économique et ne saurait pas le minimiser. Enfin, OLF supportant également le risque de stock,

elle se retrouve - vis-à-vis de la recourante - dans la position d'un distributeur indépendant.

Il s'ensuit qu'OLF supporte des risques économiques analogues à ceux d'un distributeur indépendant. Ce faisant, elle n'agit pas comme un agent de la recourante au sens du droit suisse, mais bien comme un distributeur économiquement indépendant. L'existence d'un rapport d'agence doit donc en l'espèce être exclue.

6.5 Au surplus, il n'est pas contesté que l'attribution du territoire suisse à OLF et l'engagement pris par la recourante de « *ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans l'accord préalable [d']OLF, sauf pour des titres soldés* » étaient contenus dans une convention au sens de l'art. 1 ss CO conclue avec OLF. Partant, lesdits engagements constituent bien un accord. De plus, dès lors que cet accord lui octroie une exclusivité pour la distribution sur le territoire suisse de l'ensemble des fonds diffusés par la recourante, il affecte les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Aussi, il porte sur une restriction à la concurrence et constitue donc un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Un tel constat ne dit encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

7. Présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart)

Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont notamment pour objet l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (accord de protection territoriale absolue; ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

7.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la loi sur les cartels de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (*Hochpreisinsel Schweiz*; cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, 1920 ss ch. 1.4.6 [ci-après: message LCart 2001]; Schneider BO 2002 N 1435, Strahm BO 2002 N 1438; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 553 no 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse - en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals - ainsi que de favoriser la concurrence intramarque (cf. consid. IV et ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise, d'une part, à empêcher qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 41, ci-après: Verhaltensweisen).

Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage auprès de ses distributeurs, dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs dans les autres territoires réservés ne procèdent à aucune vente dans le territoire attribué en question constitue, si tant est qu'il soit respecté, un système de protection territoriale infaillible, la concurrence intramarque étant ainsi supprimée. Selon la jurisprudence européenne, une telle protection territoriale absolue n'existe pas si les ventes passives dans d'autres territoires attribués sont autorisées. Un producteur n'a dès lors pas le droit de faire figurer dans ses contrats de distribution un tel engagement. Si des clients d'autres territoires attribués prenaient contact avec un distributeur contractuellement lié, alors il doit être permis à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas lui être interdit par le producteur de procéder de la sorte (cf. Schiesser BO 2003 E 329).

L'ancien Conseiller fédéral Deiss a également déclaré, au cours des débats relatifs à la modification de la loi sur les cartels, que les contrats de concession exclusive (*Alleinvertriebsverträge*) prévoyaient une certaine protection territoriale qui devait pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'avait pas un caractère absolu, c'est-à-dire tant que des ventes passives étaient possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'était pas impossible (cf. Deiss BO 2003 E 331).

En d'autres termes, une protection territoriale devient absolue - et tombe sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart - si un distributeur est empêché par le producteur de procéder à des ventes passives dans le territoire attribué à un autre distributeur (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttker BO 2003 E 330; JULIA ANNE XODDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence: droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, 2002, p. 35; GION GIGER, « Jovani », Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. mai 2010, sic! 10/2011 p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

7.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4 let. b 1^{er} tiret du règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999 - remplacé le 1^{er} juin 2010 par l'art. 4 let. b ch. 1 du règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après: le règlement d'exemption par catégorie). L'art. 4 let. b ch. 1 du règlement d'exemption par catégorie a la teneur suivante:

« *L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour ob-*

jet: [...] b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de: i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur [...] ».

Les règlements d'exemption par catégorie constituent une particularité du droit européen de la concurrence. Ils énoncent - notamment pour les accords verticaux - les conditions auxquelles une exemption est accordée au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE (cf. VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, p. 47 ss).

En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 42; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, Accords de distribution et droit de la concurrence, in: Accords de distribution, 2005, p. 136 no 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

7.3 L'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart implique la réalisation de trois prémisses.

Premièrement, ladite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 2997 *Gaba* consid. 6.3.1 et 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4; Comco, DPC 2010 p. 65, *Gaba*, ch. 87 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss no 379 et 586 ss; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, Jusletter du 27 septembre 2004, no 28 s.). Par contrat de distribution, il y a lieu de comprendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais également les clauses individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (ch. 4 CommVert; ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution - directe ou indirecte (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2; arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 7.3.2) - de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution. La présomption de l'art. 5 al. 4 LCart s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de terri-

toires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttiker BO 2003 E 330; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 70). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 566 no 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés dans les territoires attribués (ch. 10 par. 1 let. b CommVert et ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 s.).

L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (*Marktabschottung*) (cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss).

L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (ch. 10 par. 1 let. b CommVert *a contrario*; Schiesser BO 2003 E 329 ss; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4; arrêt B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 5 p. 437 no 554 ss; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2^e éd. 2005, p. 226 ss no 469 ss, ci-après: Kartellrecht; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 70).

Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le producteur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients ou l'obligation de transmettre (ch. 3 CommVert; ch. 51 des lignes directrices; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 607).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique donc sans équivoque à l'exclusion directe des ventes passives, telle que l'obligation faite au distributeur de ne pas vendre à des clients situés sur certains territoires ou de transmettre à d'autres distributeurs les commandes provenant de clients situés sur un territoire qui ne lui a pas été attribué (ch. 10 par. 1 let. b CommVert; ch. 50 des lignes directrices; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 612 ss; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 116 no 2.259; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht: eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes, sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für Lauterkeit in der Werbung, 5^e éd. 2012, p. 227 no 669).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (ch. 10 par. 2 CommVert; ch. 50 des lignes directrices; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 570 no 615; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 226 no 469; KRAUS-

KOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 ss; CHRISTIAN KAUFMANN, *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, 2004, p. 142), laquelle peut être mise en oeuvre par un refus ou une réduction de primes, de bonus ou de rabais, une réduction des quantités livrées, une limitation des livraisons à la demande ou un arrêt des livraisons ou encore une menace de résiliation du contrat en cas de ventes dans ces territoires réservés à d'autres distributeurs, lorsque ces mesures entraînent un accord exprès ou tacite entre producteur et distributeur sur le fait que des ventes passives ne peuvent avoir lieu dans des territoires réservés. On peut encore citer une exigence de prix plus élevés pour les produits vendus sur les territoires réservés ainsi qu'une limitation de la part des produits, des obligations de restituer les gains et, plus généralement, des obligations de compensation, un refus d'accorder une garantie, une obligation d'obtenir une autorisation ou encore des formulations équivoques ou imprécises (ch. 50 des lignes directrices; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 569 ss no 616 ss; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 s. no 554 et 569 ss). De telles pratiques peuvent également être soutenues par des « mesures d'accompagnement », telles qu'un système de surveillance afin de vérifier le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 572 s. no 624).

7.4 En l'espèce, il ressort de l'art. 3 en lien avec l'art. 2 des accords litigieux que la recourante a confié à OLF la distribution exclusive, sur le territoire suisse, de ses propres ouvrages ainsi que de ceux des éditeurs dont elle a été chargée de la diffusion en Suisse. La première et la deuxième prémisse à l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart - relatives au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution - sont dès lors réalisées.

Il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction, en Suisse, des ventes passives des ouvrages de la recourante, ainsi que des ouvrages des éditeurs dont la recourante a été chargée de la diffusion. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » de l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. *infra* consid. 8) ou aux partenaires de distribution des éditeurs (cf. *infra* consid. 9).

8. Exclusion des ventes par les éditeurs

Les contrats passés entre la recourante et OLF contiennent l'obligation pour la première d'octroyer à la seconde l'exclusivité de la distribution en Suisse de ses propres ouvrages et de ceux des éditeurs et/ou diffuseurs-distributeurs qui ont eux-mêmes confié à la recourante cette distribution sur le même territoire et l'engagement, à charge de la recourante, de « *ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable d'OLF* ».

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir retenu que la présomption de suppression de la concurrence efficace de l'art. 5 al. 4 LCart s'appliquait à l'accord conclu entre la recourante et OLF en tant que le

système de distribution de celle-là interdirait les ventes passives. Elle fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart ne viserait que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs. En l'occurrence, la clause en question n'imposerait aucune obligation à OLF. L'autorité inférieure estime que l'interprétation du texte légal proposée par la recourante est erronée.

8.1 Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées à un distributeur et non celles imposées aux éditeurs.

8.1.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écartera de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

8.1.2 Sous l'angle de l'interprétation littérale de l'art. 5 al. 4 LCart, le tribunal s'intéresse à la notion de « fournisseur agréé ». Sont considérés comme tels, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « *wholesale* » sur son territoire.

Il ressort, en effet, des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que par « fournisseurs agréés », il convient d'entendre « distributeurs » (*Vertriebspartner, distributori*). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'autres distributeurs (*gebietfremde Vertriebspartner, distributori esteri*), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré.

Cette formulation suppose dès lors que celui qui se voit interdire de procéder à des ventes passives sur le territoire attribué est un partenaire de distribution actif sur un autre territoire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.3).

Une telle interprétation ressort également des travaux préparatoires: un producteur (*Hersteller/Lieferant*) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finals (*Endabnehmer*) (ventes directes) ou d'autres distributeurs (*Händler*) (ventes indirectes) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329, Büttiker BO 2003 E 330 s.).

Elle ressort également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4

LCart, celui-ci visant uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 558 s. et 577 no 557, 560 et 644; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 28 et 73; RETO JACOBS, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 9/2011 p. 210). Egalement en droit européen, l'art. 4 let. b du règlement d'exemption par catégorie ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (ch. 50 des lignes directrices).

8.1.3 Sont ainsi considérés comme « autre fournisseur agréé » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau « *wholesale* » sur son territoire.

8.1.4 En définitive, le contrat de distribution attribuant des territoires - ou contrat de distribution exclusive - se caractérise par l'engagement du producteur d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnée et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. XOUDIS, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. Par clause d'exclusivité simple, le producteur s'interdit de livrer les produits à toute autre personne que le distributeur sur le territoire concerné (cf. XOUDIS, op. cit., p. 35) et s'abstient de toute intervention dans la zone réservée à celui-ci, cas échéant en renonçant à vendre directement aux clients du distributeur. Le producteur devra alors transférer au distributeur toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, *Les contrats de distribution*, in: *Droits de la consommation et de la distribution*, 2013, p. 77; URS EGLI, *Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis*, recht 1/2014 p. 1 ss et 10; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). Le respect de l'exclusivité simple par le producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010 *Jovani* consid. 3.3.3.2 ss, in: DPC 2010 p. 793 ss; GIGER, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, aussi longtemps que l'acheteur est libre de se fournir auprès du fournisseur de son choix.

8.1.5 Ainsi, le Tribunal de commerce du canton de Zurich a admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finals dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart, le fait que le producteur soit également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres marchés est inopérant (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2, in: DPC 2010 p. 793 ss; GIGER, op. cit. p. 574; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21; cf. également ch. 9 note explicative CommVert).

En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution - lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses pro-

duits sur d'autres territoires - l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 no 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 557 s. no 554; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 435 no 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

De même, le législateur a prévu d'autres outils visant à interdire le cloisonnement du marché suisse, lorsque le producteur dispose d'une importante part de marché. Son comportement - quand bien même licite sous l'angle de l'art. 5 al. 4 LCart - peut être interdit par l'art. 7 LCart. Or, l'autorité a écarté cette éventualité en l'espèce, lorsqu'elle a renoncé, dans sa décision, à formuler des griefs en application de dite disposition.

8.1.6 Il suit de là que l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées au distributeur, celles s'imposant au producteur - soit l'entreprise située en amont - n'étant pas concernées par dite disposition.

8.2 Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production des livres; les parties ne le contestent pas. A l'inverse, les activités de diffusion et de distribution se concentrent uniquement sur la commercialisation et la distribution des livres produits par les éditeurs.

Il s'ensuit que seule l'entreprise qui édite l'ouvrage peut être considérée comme « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, indépendamment de savoir si elle se charge elle-même de la commercialisation et de la distribution de ses ouvrages. En revanche, l'entreprise qui n'assure que la commercialisation et la distribution d'ouvrages édités par des tiers n'intervient qu'en qualité de distributeur, à savoir de « fournisseur agréé » au sens de dite disposition.

8.3 Lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés (ch. 9 pt 2 3^e phrase de la note explicative). Est, par exemple, couvert par le privilège de groupe la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse (ch. 9 pt 2 4^e phrase de la note explicative).

Ainsi, les conventions passées entre des sociétés, appartenant au même groupe et sur lesquelles la mère exerce un contrôle effectif, ne sont pas soumises à la loi sur les cartels dès lors que dites entités, en l'absence d'indépendance, constituent avec leur mère une seule entreprise (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 3.3 non publié dans l'ATF 139 I 72; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 29;

MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 153-155 no 30-35; NYDEGGER/NADIG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 175 s. no 132).

Dans la décision Kodak (cf. décision de la Commission du 30 juin 1970, 70/332 CEE, *Kodak*, JO L 147 du 7 juillet 1970), la Commission européenne a constaté que, indépendamment de savoir si elles émanaient de la société mère ou de ses filles, les conditions de vente du groupe Kodak interdisant les importations parallèles constituaient un accord au sens de l'art. 85 du traité CEE dès lors qu'elles s'appliquaient aux relations contractuelles entre les sociétés du groupe Kodak et leurs partenaires contractuels situés en aval. Il ressort de dite décision que l'utilisation de conditions de vente destinées à régler les relations commerciales avec des tiers et visant les ventes passives constitue un accord bien que l'obligation de les inclure dans toutes les relations contractuelles découle d'un engagement interne au groupe. Le privilège de groupe n'immunise ainsi pas les accords en matière de concurrence liant une entité d'un groupe ou un tiers quand bien même l'illicéité du contrat est la conséquence du respect d'un engagement pris au sein du groupe. De même, dans l'arrêt de la CJCE du 24 octobre 1996 C-73/95 *Viho contre Commission*, Rec. 1996 I 5457, la Cour de Justice a considéré que la répartition de différents marchés nationaux entre les filiales d'un groupe n'était pas contraire à l'art. 85 CEE, bien qu'elle puisse produire des effets à l'extérieur du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité *Viho* point 16 ss). Il résulte de ces décisions que le privilège de groupe s'étend à toutes les relations internes au groupe, indépendamment de leurs effets externes, mais ne couvre pas les accords en matière de concurrence conclus, en vertu d'une obligation interne, entre un tiers et une entité du groupe (cf. arrêt C-73/95 précité *Viho* point 16; décision 70/332 CEE précitée *Kodak*; WHISH/BAILEY, op. cit., p. 97 ss). Il en va de même en droit suisse, dès lors que l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart n'est possible qu'entre deux entités indépendantes (cf. MARTENET/KILLIAS, op. cit., art. 2 LCart p. 154 no 31; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht: Kommentar, vol. 1, 3^e éd. 2011, art. 2 p. 35 no 11).

Il s'ensuit que le comportement des différentes sociétés du groupe Flammarion et leur rôle dans le système de distribution du groupe peut être directement attribué à la recourante, celle-ci ne formant dans l'application de la loi sur les cartels qu'une seule et même entité avec lesdites sociétés.

8.4 Il convient ainsi de déterminer le fonctionnement du système de distribution du groupe Flammarion. Il ressort en particulier de l'art. 1 des contrats conclus entre la recourante et OLF (cf. acte 523) que la recourante - et par extension le groupe Flammarion - ne se charge pas uniquement de la diffusion et de ses propres ouvrages, mais également de ceux d'éditeurs et/ou diffuseurs-distributeurs tiers n'appartenant pas au groupe Flammarion. Ainsi, le groupe diffuse et distribue des ouvrages édités autant par des sociétés du groupe que par des éditeurs externes, de sorte qu'il y a lieu de distinguer selon que les accords portant sur les ouvrages des éditeurs externes au groupe des ouvrages édités par le groupe.

Si la recourante n'a pas produit les contrats liant le groupe Flammarion aux éditeurs tiers, il y a toutefois lieu de relever qu'elle a porté au dossier les conditions générales de vente en France du groupe Flammarion en vigueur de 2008 à 2012 (cf. pièce no 19 de la recourante), desquelles il ressort que le groupe Flammarion disposait de l'exclusivité de la diffusion et de la distribution en France des ouvrages édités par des sociétés externes au groupe.

De plus, contrairement à d'autres diffuseurs-distributeurs ayant fait l'objet de la même procédure, aucun élément au dossier ne permet de déduire que la recourante soit en relation commerciale avec des distributeurs indépendants externes au groupe, notamment des grossistes.

En Suisse, en revanche, si le groupe se charge lui-même de la diffusion (par l'intermédiaire de la recourante), il confie les activités de distribution à OLF, ce que personne ne conteste.

Ainsi, s'agissant des ouvrages édités par des sociétés du groupe, la recourante et le groupe Flammarion agissent en tant que « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart des livres écoulés par le canal de distribution d'OLF. S'agissant en revanche des ouvrages édités par des éditeurs externes, la recourante - respectivement le groupe Flammarion - n'agit pas en tant que « producteur », mais en tant que « fournisseur agréé » desdits ouvrages notamment sur le territoire français.

8.5 Il suit de l'ensemble de ce qui précède que, en tenant compte du système de distribution du groupe Flammarion dans sa globalité, la recourante, s'agissant des ouvrages édités par le groupe, a avant tout renoncé, en octroyant à OLF l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse à opérer des ventes directes - tant actives que passives - sur le territoire en question. Or, un tel engagement ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, dès lors que la recourante intervient en tant qu'éditeur - à savoir « producteur » - des ouvrages ainsi distribués. Il ne crée ainsi pas de présomption de suppression de la concurrence efficace. Il y aura lieu toutefois de déterminer s'il tombe sous le coup de l'interdiction de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. *infra* consid. 16).

En revanche, l'engagement pris par la recourante - en tant que partenaire de distribution des éditeurs externes au groupe - à l'égard d'OLF est susceptible d'être saisi par l'art. 5 al. 4 LCart. Il convient dès lors d'examiner ci-après si la recourante, s'agissant des ouvrages édités par des tiers, a pris l'engagement de ne pas livrer des détaillants suisses (cf. *infra* consid. 9).

9. Exclusion des ventes par les partenaires de distribution des éditeurs

Une exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution des éditeurs externes, en particulier par la recourante, pourrait, en revanche, constituer une infraction à loi sur les cartels.

9.1 L'autorité inférieure a interprété les clauses contractuelles liant la recourante avec OLF en ce sens que celles-ci visaient à empêcher les ventes passives. Elle parvient à dite conclusion en raison de l'engagement pris par la recourante de « *ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable*

de OLF », de l'existence du droit de retour, de l'échange d'informations entre les diffuseurs-distributeurs suisses au sein de l'ASDEL et enfin des effets constatés à l'époque sur le marché.

La recourante conteste cette interprétation. Elle relève, en substance, que l'ensemble de son système de distribution est couvert par le privilège de groupe, dès lors que l'engagement pris par la recourante envers OLF n'a pas impliqué la conclusion d'accords avec des tiers ayant eu pour effet d'interdire les ventes passives. En effet, elle relève que les clauses litigieuses ne visent pas à cloisonner le marché et que l'exclusivité concédée à OLF est justifiée économiquement. De même, elle estime que des ventes passives étaient possibles et que c'est pour des raisons économiques que les détaillants n'ont pas tenté de procéder à des importations depuis la France.

9.2 Partant, il s'agit de déterminer si la recourante - en tant que distributeur des ouvrages d'éditeurs externes au groupe, actif hors du territoire réservé à OLF - a pris l'engagement de ne pas livrer des détaillants suisses. En tant que la recourante conteste avoir pris de tels engagements, il y a lieu de déterminer s'ils peuvent être déduits d'une interprétation desdites clauses.

9.2.1 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire qu'il doit rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (art. 18 CO; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1 et 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance) (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2 et 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5 et 128 III 419 consid. 2.2).

9.2.2 La recourante a produit plusieurs contrats passés avec OLF (cf. acte 523) portant sur l'ensemble de la période visée par l'enquête. Il ressort des contrats produits que les relations contractuelles entre la recourante et OLF reposent sur les clauses suivantes:

Art. 1 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000:

« [La recourante] confie à OLF, qui accepte, la distribution en Suisse de ses propres ouvrages et les ouvrages des Maisons d'Edition et/ou des Distributeurs qui ont eux-mêmes confié à [la recourante] cette distribution sur le même territoire [...] ».

Art. 3 des contrats des 23 mars 2010, 5 juin 2007 et 27 novembre 2000:

« [La recourante] confie à OLF, dans le respect des lois en vigueur, la distribution exclusive des produits définis à l'article 2 auprès de l'intégralité des revendeurs de livres [...] »

« [La recourante] s'engage à ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF, sauf pour des titres soldés ».

La recourante a porté également au dossier les conditions générales de vente en France du groupe Flammarion en vigueur de 2008 à 2012 (cf. pièce n° 19 recourante), desquelles il ressort que les éditeurs externes au groupe lui ont conféré l'exclusivité de la diffusion et de la distribution en France:

« La distribution est assurée en exclusivité pour la France entière par: UD-Union Distribution [...] »

Dites conditions générales précisent également que:

Conditions générales applicables au 1^{er} janvier 2008

« Ces conditions générales de vente s'appliquent [...] aux clients exerçant leur activité sur le territoire de la France métropolitaine, qui ont vocation à vendre au consommateur final [...] ».

Conditions générales applicables au 1^{er} janvier 2009

« Ces conditions générales de vente précisent les relations commerciales entre notre société et ses clients situés en France, immatriculés au registre du commerce et des sociétés, dont l'activité principale ou accessoire est la vente sans intermédiaire [...] ».

9.2.3 Ceci étant, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante (ou le groupe Flammarion) et les éditeurs externes au groupe ont réellement voulu en octroyant à la recourante (ou au groupe Flammarion) la diffusion-distribution exclusive de leurs ouvrages en France, respectivement en Suisse, puis en second lieu ce que la recourante et OLF ont réellement voulu en octroyant à cette dernière la distribution exclusive desdits ouvrages sur ce territoire, et en particulier en stipulant que la recourante s'engageait à « ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF ».

9.2.3.1 A titre liminaire, il sied de rappeler que les exclusivités conférées ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart, pour autant qu'elles n'aient pas empêché les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix, le producteur - à savoir l'éditeur externe au groupe - demeurant libre de s'interdire de livrer lesdits détaillants.

En l'occurrence, s'agissant des ouvrages des éditeurs n'appartenant pas au groupe Flammarion, si ceux-ci peuvent s'interdire de livrer les détaillants suisses, ils ne peuvent pas prendre de mesures auprès de leurs différents fournisseurs - en particulier auprès de la recourante - ayant pour objet ou pour effet d'empêcher les détaillants de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix.

9.2.3.2 S'agissant en particulier de l'engagement de « *ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des clients suisses, sans accord préalable de OLF* », il repose uniquement sur un rapport bilatéral passé avec OLF, si bien qu'il ne permet pas à lui seul de prouver l'existence de mesures prises par les éditeurs externes auprès de leurs fournisseurs actifs en France (distribution par le groupe Flammarion) et en Suisse (distribution par OLF). Au surplus, la délimitation géographique « à Paris » limite la portée de la clause à la France et, plus précisément, à Paris, siège du groupe Flammarion.

Dit engagement fait toutefois naître, en tout état de cause, une présomption de fait que la recourante, chargée de la distribution exclusive en France, n'a effectivement pas vendu à des détaillants situés en Suisse, dans le but de respecter l'exclusivité de la distribution octroyée à OLF sur ce territoire. Si elle facilite la preuve, dite présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » que le système de distribution du groupe Flammarion a conduit à ce que qu'un fournisseur indépendant des éditeurs - à savoir la recourante - s'interdise de servir les détaillants situés en Suisse. Cette présomption de fait peut néanmoins être affaiblie par des éléments apportés par les parties (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine*; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss).

9.2.4 En résumé, sur la base des clauses contenues dans les contrats conclus entre la recourante et OLF et dans les conditions générales de vente du groupe Flammarion en France, il existe une présomption de fait que l'exclusivité concédée et l'engagement pris par la recourante de ne pas ouvrir de comptes directs à Paris pour des détaillants suisses visent à empêcher les ventes passives des ouvrages édités par des tiers, sur le territoire réservé à OLF, par d'autres distributeurs actifs sur d'autres territoires - et en particulier par la recourante ou d'autres sociétés du groupe Flammarion -, ce qui tomberait sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un tel système de distribution revient à octroyer une exclusivité pour la France et une autre pour la Suisse, ainsi qu'à cloisonner le marché suisse en interdisant les ventes passives depuis la France, à savoir précisément ce que vise à interdire l'art. 5 al. 4 LCart.

Il sied toutefois d'examiner si la recourante apporte des éléments à même d'affaiblir ladite présomption.

9.3 Il y a dès lors lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer, ou à l'inverse d'infirmar, que les éditeurs externes et le groupe Flammarion ont, durant la période de l'enquête interdit à leurs partenaires de distribution actifs hors du territoire suisse - de manière directe ou indirecte - de répondre à des commandes non sollicitées émanant du territoire suisse.

9.3.1 Il y a lieu de rappeler à titre préalable quelques principes procéduraux.

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). Elle définit ainsi les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier.

La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire: le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA; cf. ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186; CLÉMENTCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, p. 49 s. no 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2; arrêt du TF 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 *Koch Group* consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, ancré aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). Comme règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits

défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B_118/2009 et 6B_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié à l'ATF 138 I 97; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude; *volle Überzeugung, certezza*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit, verosimiglianza preponderante*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*) (cf. arrêts B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss; TSCHUDIN, op. cit., p. 1333 ss et 1344 s.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 et 133 III 81 consid. 4.2.2; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 159; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1, 2^e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). Le Tribunal fédéral a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4; HOHL, op. cit., vol. 1, p. 327 ss no 1971 ss).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5).

9.3.2 Dans sa prise de position sur la proposition de décision et lors des débats publics du 29 octobre 2019, la recourante a rappelé que les conditions générales de Flammarion FR prévoyaient, jusqu'en 2008, une interdiction, pour les librairies françaises, d'exporter les ouvrages diffusés et distribués en France par le groupe Flammarion. Les librairies françaises ne constituent toutefois pas, du point de vue des libraires suisses, des partenaires potentiels de l'échange (cf. *infra* consid.

11.3.1.2). Dès lors qu'elles ne sont pas actives au niveau « *wholesale* » (cf. *supra* 8.1.3), elles n'agissent pas comme fournisseur agréé au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Ainsi, l'interdiction d'exporter qui figurait dans les conditions générales de Flammarion FR jusqu'en 2008 ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart. De plus, il ne ressort pas du dossier que ces conditions générales aient été appliquées à des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes indépendants (cf. *supra* consid. 8.4). Les déclarations de la recourante ne constituent dès lors pas un indice de l'existence d'une interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés.

9.3.3 L'autorité inférieure a encore relevé notamment que de nombreux diffuseurs-distributeurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir le droit de retour. Elle y voit une contradiction avec l'affirmation de ces mêmes diffuseurs-distributeurs selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit il exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de tels comportements.

La recourante conteste avoir fait valoir que l'exclusivité avait pour but de permettre le fonctionnement du droit de retour. Elle soutient qu'il existe plusieurs solutions pour résoudre les difficultés liées au droit de retour, telles que de mettre en oeuvre des solutions techniques telles que le marquage ou l'étiquetage des ouvrages.

En l'espèce, la recourante ne prétend toutefois pas que des mesures spéciales auraient été mises en place afin d'exercer un contrôle des retours par rapport aux flux « aller » durant la période de référence, à savoir entre 2005 et 2011. Tel que l'affirme la recourante, une solution pour garantir le droit de retour serait de permettre aux détaillants de choisir entre un approvisionnement en Suisse ou un approvisionnement en France. Or, tout laisse à penser, au contraire, que c'est la recourante elle-même qui a opéré un tel choix: en octroyant un régime d'exclusivité pour le territoire suisse, elle s'est assurée que les ouvrages retournés par les détaillants suisses avaient transité par OLF lors du flux « aller ». Il existe donc un indice selon lequel le bon exercice du droit de retour avait pour corollaire l'existence d'un système de distribution excluant les ventes passives depuis la France pour les fonds des éditeurs externes au groupe Flammarion dont la recourante assure la diffusion en Suisse.

9.3.4 L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du système de distribution de la recourante, à savoir le passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion des diffuseurs au sein de l'ASDEL tenue le 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Sa teneur est la suivante:

« [Servidis] a récemment rencontré [Payot]. [Cette dernière] souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

A la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document » (cf. acte 547f, page 4).

9.3.4.1 Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs suisses et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de Payot ne visait que les situations de rupture de stock, les diffuseurs-distributeurs percevaient cette démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande aurait été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs au sein de l'ASDEL et a donné lieu à un tour de table. Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs-distributeurs se seraient dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles, ce qui a renforcé la capacité de leurs systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007 (cf. acte 547f, page 11 s.).

9.3.4.2 La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs-distributeurs présents lors de dite séance ont pour la plupart indiqué (s'agissant de la recourante, cf. acte 905 lignes 114 ss), tout comme Payot (cf. acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal (s'agissant de la recourante, cf. acte 905 ligne 203).

Néanmoins, Diffulivre a relaté les propos de son représentant à dite séance comme suit: « *cela était relativement flou dans sa tête [...]. Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit: oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord [...].* » (cf. acte 902 lignes 262 ss).

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012, Servidis a indiqué qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, elle ne se souvenait plus de l'affaire; elle a toutefois supposé que, si on la citait, c'est qu'elle devait avoir tenu ces propos (cf. acte 914 lignes 435 ss). Ce nonobstant, elle a précisé avoir déclaré lors de dite assemblée que Payot souhaitait pouvoir s'approvisionner en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, elle considère que si Payot se servait en France pour une partie de la production, elle pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (cf. acte 914 lignes 451 ss), si bien que Servidis aurait déclaré lors de la séance de l'ASDEL que, dans ce cas, elle n'existerait plus (cf. acte 914 lignes 454 s.). Elle a ajouté que les diffuseurs-distributeurs n'avaient pas le

pouvoir d'empêcher les détaillants de se servir en France (cf. acte 914 lignes 414 s.).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, Payot a exposé que dite requête - également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum - consistait à trouver avec les diffuseurs-distributeurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, de « manière à ramener le délai [de livraison] à quelque chose d'acceptable et raisonnable (cf. acte 913 lignes 148 ss). Ledit délai, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où Payot commandait l'ouvrage et le moment où elle le recevait. Ces ruptures étaient dues, selon Payot, au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande en France et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours (cf. acte 913 lignes 166 ss). La demande de Payot tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter les ruptures de charge. Elle déplore qu'aucun diffuseur-distributeur n'ait pris en compte ses besoins (cf. acte 913 ligne 152).

9.3.4.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs-distributeurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Quoi qu'il en soit, il paraît peu vraisemblable que la demande de Payot ait porté uniquement sur une autorisation de s'approvisionner en France pour les cas où des titres seraient en rupture de stock auprès des diffuseurs suisses: les librairies interrogées dans le cadre de la procédure ont quasi toutes relevé qu'un des principaux inconvénients à se fournir en France résidait dans des délais de livraison très longs (cf. notamment acte 909 ligne 375). Or, on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse ne peut pas être honorée dans un certain délai. A cet égard, Servidis a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de dix à quinze jours (cf. acte 914 lignes 446 ss).

Néanmoins, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, Servidis a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (cf. acte 914 lignes 451 ss). De même, Diffulivre a rapporté que le tour de table lors de la séance de l'ASDEL avait porté sur la question des importations parallèles (cf. acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert pas les intérêts des diffuseurs-distributeurs, il convient de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que la question des importations parallèles avait été abordée: « *[I]es diffuseurs ont appris que la [FNAC] avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directe-*

ment à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la [FNAC] a toujours la possibilité de passer par la plateforme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (cf. acte 547f, page 12). Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs-distributeurs, autant lors de l'assemblée des diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL en 2005 qu'en 2007, ce qui constitue un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par la recourante à ses partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires.

9.3.5 Sur le vu de ce qui précède, il ressort que l'exercice du droit de retour et les discussions en 2005, auxquelles a participé la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constitue un indice supplémentaire de l'existence d'une interdiction des ventes passives.

Toutefois, afin d'emporter la conviction du tribunal, il y a lieu de poursuivre l'analyse et de déterminer si les accords entre la recourante et ses partenaires de distribution ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse.

9.4 Prise en compte des effets des accords

9.4.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs suisses, fondés sur des régimes d'exclusivité, ont dans les faits incontestablement visé l'interdiction des ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la FNAC et Payot, ce seraient les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui seraient la cause de leur échec à importer parallèlement les ouvrages de l'ensemble des diffuseurs-distributeurs durant la période visée par l'enquête. Seule B.A._____ serait parvenue à procéder à des importations parallèles, grâce à la mise en place du système B.B._____, lequel repose sur des partenariats - secrets tant pour les diffuseurs-distributeurs en France qu'en Suisse - avec des détaillants en France. Pour B.A._____, la mise en place d'un tel procédé aurait été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité inférieure, l'exemple de B.A._____ serait la preuve par les faits que, durant la période concernée, un différentiel de prix important a existé. En outre, les tables de conversion de tous les diffuseurs-distributeurs contiendraient dans tous les cas, une majoration par rapport au taux de change. Aussi, elle considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau des prix que des services ou de la qualité.

9.4.2 La recourante fait valoir en premier lieu que l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique qu'aux contrats de distribution

ayant pour objet d'exclure les ventes passives sur le territoire attribué à d'autres fournisseurs agréés. Elle expose que le seul fait que des ventes passives puissent être effectuées par d'autres distributeurs suffit à exclure l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart; il ne s'agit à ce stade pas de démontrer que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, mais que celles-ci auraient pu être possibles, ce que l'autorité inférieure n'aurait pas cherché à savoir. Elle précise que l'exclusion des ventes passives peut être directe, mais également indirecte, dans ce cas l'accord doit produire des effets correspondant à une exclusion directe, ce qui n'aurait pas été démontré par l'autorité inférieure. Au contraire, elle soutient que les contrats incriminés ne contiennent aucune clause qui s'apparente à une exclusion directe ou indirecte des ventes passives. De même, il ne peut être déduit de l'exclusivité concédée une restriction des ventes passives. Elle fait par conséquent valoir que les contrats ne sont pas présumés exclure les ventes passives. Elle rappelle qu'aucun détaillant n'a tenté d'importations auprès du groupe Flammarion durant la période visée par l'enquête. De même, elle conteste l'analyse de l'autorité inférieure s'agissant des effets que les clauses litigieuses auraient produits, l'état de fait retenu par l'autorité inférieure étant inexact et incomplet.

9.4.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdit les ventes passives (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 no 33; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 437 no 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.4.2; arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 *Implemia* consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de la présomption, mais seulement dans le cadre du renversement de celle-ci (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 3.3.14.2 et 8.1.2). Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (art. 4/b 1^{er} tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu, car ce point n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Le contraire ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 à un comportement étranger à celui des entreprises participantes, ce qui n'est pas acceptable (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 609; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., no 71; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 s.).

Comme exposé ci-dessus, la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. *supra* consid. 9.3.1). Partant, les effets constatés, durant la période sous investigation, sur le marché - en particulier les défauts d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés par la recourante - peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace, mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 488 s. no 223).

Par ailleurs, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Sammelrevers*, a - dans le cadre de l'examen des conditions d'application de la présomption - non seulement discuté de l'accord en question mais également de la mise en oeuvre et de la portée de celui-ci au regard du droit de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.5, 6.5.2 ss et 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implenia*, a de même ajouté que des éléments de fait, se rapportant aux effets de l'entente, pourraient aussi être pertinents en cas de doute quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7).

Enfin, l'art. 4 /b 1^{er} tiret du règlement d'exemption, dont s'inspire l'art. 5 al. 4 LCart, prévoit que ne sont pas exemptés les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (ch. 47 des lignes directrices).

Qualifier un accord ou une pratique de restrictif à la concurrence par son objet équivaut en effet à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence (cf. arrêt de la CJUE du 14 mars 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító contre Gazdasági Versenyhivatal*, point 43). Un tel accord est présumé susceptible d'avoir des effets négatifs sur le marché et constitue *per se* une infraction à l'art. 101 par. 1 TFUE (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 88). Certains auteurs estiment toutefois que, même dans le cadre de restrictions à la concurrence par objet, une certaine forme d'analyse des effets

de l'entente s'impose. Le caractère sensible de la restriction implique de définir le marché pertinent et, dès lors, une certaine forme d'analyse des effets économiques pro- et anticoncurrentiels de l'entente sur ledit marché (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 275). De même, un accord échappe à la prohibition de l'art. 101 par. 1 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante (cf. arrêts de la CJCE du 28 avril 1998 C-306/96 *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, Rec. 1998 I-1983 point 17, du 25 novembre 1971 C-22/71 *Béguelin Import contre G.L. Import Export*, Rec. 1971 949 point 16, et du 9 juillet 1969 C-5/69 *Voelk contre Vervaecke*, Rec. 1969 295 point 7).

Dès lors que le droit européen - qui, contrairement au droit suisse, ne cherche pas à interdire les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des accords (principe de l'abus), mais des accords en soi (principe de l'interdiction) (cf. arrêts du TAF B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3) - n'exclut pas de prendre en compte les effets sur la concurrence pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre celle-ci, le recours aux effets constatés sur le marché est *a fortiori* admis au stade de l'établissement des prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

La prise en compte des effets de l'accord au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ne dispense pas - le cas échéant - l'autorité d'examiner ultérieurement si la présomption est ou non renversée.

Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

9.5 Possibilités d'arbitrage

La première étape de l'analyse des effets de l'accord consiste en l'examen des possibilités d'arbitrage. La recourante nie que de telles possibilités eussent existé en raison du faible différentiel de prix entre la Suisse et la France pour les ouvrages qu'elle diffuse. A ce stade, il s'agit uniquement de déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations ont eu lieu ou si elles auraient pu être effectuées. Ce n'est que dans un dernier temps - s'il est avéré que des importations n'étaient pas possibles - qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle dites importations n'ont pas été entreprises.

Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des détaillants actifs en Suisse romande, le premier le 19 décembre 2008 (cf. acte 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (cf. acte 343). Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008, aux 13 diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 63). L'autorité inférieure a procédé à l'audition de quatre détaillants, à savoir B.A. _____ (cf. acte 911), la librairie A. _____ (cf. acte 909), FNAC (cf. acte 906) et Payot (cf. acte 913), dans la mesure où la plupart des diffuseurs-distributeurs ont affirmé que ceux-ci avaient procédé à des importations en raison des possibilités d'arbitrage existantes.

Il convient en premier lieu de préciser que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, dès lors que ces titres ne connaissent justement pas de

diffusion/distribution en Suisse; un approvisionnement depuis la France constitue ainsi le seul moyen de les obtenir.

Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêts B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.8.4 et B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.3.19). S'agissant en particulier du questionnaire du 2 mars 2011, le secrétariat a demandé aux revendeurs, sous forme de questions à choix multiples, s'ils avaient déjà essayé d'obtenir un livre appartenant au catalogue de l'un des diffuseurs-distributeurs établis en Suisse sans passer par le diffuseur-distributeur disposant du titre dans son catalogue, le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les détaillants qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones notamment auprès d'OLF sont pris en compte dans l'examen ci-après.

Il y a lieu de relever que, à la question - contenue dans le questionnaire de décembre 2008 - de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 77 détaillants ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones notamment auprès de la recourante - et non pas 68 comme la soutenu la recourante durant sa plaidoirie du 29 octobre 2019 -, 16 ont répondu notamment qu'il n'était pas possible de se fournir à l'étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et 53 ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse.

Les inconvénients suivants ont été mentionnés: délais de livraison plus longs, frais de port élevés, frais de douane, tarif administratif pour le traitement de la TVA, frais bancaires, factures pro forma, formalités administratives compliquées, remises accordées plus basses, livres abîmés durant le transport, problèmes douaniers occasionnels, absence de droit de retour ou à des conditions moins avantageuses en cas de renvoi des livres, difficultés à trouver et à communiquer avec les éditeurs, davantage de travail dû à la collaboration avec chaque entité individuelle plutôt qu'avec un seul partenaire.

Quant aux avantages à se fournir à l'étranger, ces mêmes détaillants ont indiqué qu'ils bénéficieraient d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Quelques libraires ont également reconnu que l'approvisionnement à l'étranger permettait, le cas échéant, d'obtenir un livre qui n'était plus en stock en Suisse.

Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l'importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution

suisse, en particulier pour les libraires indépendants. La Librairie A. _____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tabelles trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant d'être performants (cf. acte 442). A la question de savoir si elle avait entrepris des démarches pour ouvrir un compte à l'étranger, la responsable de dite librairie a répondu par la négative. Elle a indiqué ne pas avoir envie de faire ces démarches, qu'elle s'était renseignée et qu'elle s'était aperçue que, pour les libraires indépendants, ce serait plus cher et moins bien. Elle a mentionné que la diffusion-distribution suisse était pour le moment « extrêmement performante ». Elle dit craindre de ne pas arriver, en passant par la France, à avoir des livres aussi rapidement qu'en Suisse. Elle insiste enfin sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France, mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long (cf. acte 909).

La FNAC a relevé que les informations données mensuellement par les représentants suisses étaient capitales pour coller aux exigences du marché suisse. Or, un approvisionnement en France entraînerait inévitablement la disparition des structures suisses et des compétences inhérentes (cf. acte 254). Trois librairies, dont Payot, entre autres raisons, ont déclaré ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a indiqué qu'elle finançait, avec la FNAC, l'équilibre économique de la distribution locale - dont bénéficient tous les petits et moyens détaillants - en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (cf. acte 129).

Il ressort des réponses fournies que les inconvénients de se fournir en France se font particulièrement sentir chez les librairies indépendantes. Aussi, il y a lieu de distinguer lors de l'examen des possibilités d'arbitrage les détaillants les plus importants en Suisse - à savoir Payot et la FNAC - des petits et moyens détaillants.

9.5.1 Tout d'abord, il y a lieu de relever que, durant la période visée par l'enquête, les prix pratiqués sur le marché « *wholesale* » français étaient inférieurs à ceux appliqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure (cf. ch. 571 de la décision attaquée), ce que Payot a confirmé lors de son audition (cf. acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau « *wholesale* » en Suisse repose sur un système de tabelles de conversion établies, par chaque diffuseur-distributeur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Bien qu'elles ne soient pas identiques, ces tabelles contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée pour chaque détaillant avec chaque diffuseur-distributeur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France. Chaque diffuseur-distributeur agit de manière totalement indépendante sur ce point; il n'y a pas d'entente entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (cf. ch. 571 de la décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a relevé également Payot au cours de son audition:

« Imaginons un livre à 100 en prix de vente français [indice] avec la table de aujourd'hui on le retrouve à [...] comme indice en Suisse. En France, les librairies de qualité ont [...] % de remise, ce qui veut dire que leur prix d'achat va se retrouver à [...]. Donc, ils vont acheter ledit bouquin à [...]. Le même libraire suisse de qualité va avoir une remise supérieure, c'est exact, probablement [...] % de remise [...] % sur [...], ça donne un prix d'achat à [...]. C'est-à-dire que c'est 38 % de plus que le prix qu'une même chaîne française peut acquérir. Et c'est exactement ce qui est en train de se passer pour la FNAC qui [...] s'approvisionnait en Suisse et [...] s'approvisionne maintenant en France. Donc elle a accès à des prix d'achat qui vont jusqu'à 40 % moins chers que ceux auxquels elle avait accès auparavant. Ce qui veut dire qu'elle a maintenant la totale liberté soit de développer des profits significatifs localement, qui est quand-même une distorsion de concurrence qui lui permet de mieux vivre, soit de jouer sur les prix de vente puisqu'il y a une totale liberté de jouer sur les prix de vente » (cf. acte 913 lignes 662-678).

Ce différentiel de prix au niveau « *wholesale* » entre la Suisse et la France est également établi par le système mis en place par B.A. _____ durant la période visée par l'enquête. Pour être en mesure de profiter des conditions d'achat en France, le système mis en place par B.A. _____ prévoit des achats par l'intermédiaire de libraires situés en France, afin de fournir les points de vente de B.A. _____ en Suisse (cf. acte 838). Ce système démontre par-là même que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services offerts par les diffuseurs-distributeurs suisses. Il importe peu, à ce stade, de savoir si B.A. _____ a tenté de s'approvisionner directement auprès du groupe Flammarion, en tant que le marché de référence ne couvre pas uniquement les ouvrages diffusés-distribués par la recourante en Suisse.

Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achat que Payot et FNAC auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes de ventes réalisées par ces deux détaillants en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...] % des parts de marché « *retail* » suisse du livre écrit en français (cf. acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (cf. acte 906 lignes 15-22), la FNAC aurait pu réaliser [...] desdites importations.

L'importation de marchandises se caractérise en particulier par des économies d'échelle en relation avec le transport et le dédouanement; une augmentation du volume d'importation entraîne ainsi une réduction des coûts moyens y relatifs. Le volume d'importation hypothétique de Payot excédant même le volume d'importation du plus grand diffuseur-distributeur de livres écrits en français actif en Suisse (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011), celle-ci aurait pu comparativement, en cas d'importations parallèles, profiter d'économies d'échelle. Toutefois, dans le cadre de son audition, Payot a estimé les coûts des importations parallèles à

10 % du prix de l'ouvrage concerné (cf. acte 913 ligne 923).

Quant à la FNAC, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...] %, elle aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la FNAC correspond environ au volume d'importation de Servidis (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011) - troisième plus gros diffuseur-distributeur de la branche actif en Suisse après Interforum (cf. ch. 606 de la décision attaquée; [...] % de parts de marché entre 2009 et 2011). En tant que la FNAC est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la FNAC des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot.

Il s'ensuit que, en dessous d'un différentiel de prix au niveau « *wholesale* » entre la Suisse et la France de l'ordre de 10 %, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importations n'auraient pas excéder ledit différentiel de prix.

9.5.2 En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tables constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30 % plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22, page 5). La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir renoncé à calculer et à individualiser une différence de prix pour chaque diffuseur-distributeur. Elle avance que l'analyse de l'autorité inférieure se fonde uniquement sur les tables de Diffulivre, lesquelles seraient différentes des siennes.

La recourante - à l'inverse d'autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés - n'a pas produit de tables, que ce soit dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure ou dans le cadre de la présente procédure. De même, dans le questionnaire de 2007, elle n'a pas donné d'exemple de calcul du prix d'un livre qu'elle distribue, de sorte qu'il n'est pas possible non plus de tirer quelconques chiffres dudit questionnaire. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer dites allégations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait de produire, conformément à son obligation de collaborer, les tables sur lesquelles elle se fonde pour prétendre que des possibilités d'arbitrage n'ont pas existé durant la période de l'enquête. Il ne se justifie ainsi pas de s'écarter du différentiel de prix de 30 % retenu par l'autorité inférieure dans la décision attaquée.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « *wholesale* » français et suisse durant la période d'enquête confirme ainsi que des possibilités d'arbitrage ont existé pour Payot et la FNAC entre les années 2005 et 2011, y compris pour les ouvrages diffusés par la recourante en Suisse.

9.5.3 Reste à déterminer si, pour les petits et moyens détaillants, il existait, durant la période de l'enquête, des possibilités d'arbitrage par les prix ou par les services. Il ressort des réponses données dans le questionnaire envoyé aux détaillants en décembre 2008 que - parmi les détaillants s'étant fournis notamment auprès d'OLF - ces mêmes détaillants ont bénéficié d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Entendue par l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012, la Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et responsable de la librairie A._____, a expliqué s'approvisionner exclusivement en Suisse, ceci pour des raisons à la fois de commodité et économiques:

« [...] Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher [...] » (cf. acte 909 lignes 122-123).

« [...] si j'ouvrais des comptes en France, [...] mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande » (cf. acte 909 lignes 132-135).

« Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant » (cf. acte 909 lignes 347-350).

L'autorité inférieure a également entendu le responsable de l'enseigne B.A._____ en date du 26 novembre 2012 (cf. acte 911), laquelle comprenait [...] points de vente en Suisse romande (cf. acte 911 lignes 70-73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse, précisant ceci:

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] » (cf. acte 911 ligne 186).

« Or à l'époque, l'euro valait à peu près 1.65/1.66, des diffuseurs qui exagèrent un petit peu étaient autour de 2.20/2.25 [...] » (cf. acte 911 lignes 47-48).

Ainsi, il ressort des réponses au questionnaire envoyé en décembre 2008 que, en cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites et moyennes librairies doivent en particulier, en raison de leur faible volume d'achat, faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, frais d'exploitation). Toutefois, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché « *retail* » en Suisse, l'exemple de B.A._____ souligne l'existence de possibilités d'arbitrage lorsque le différentiel de prix entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. Ainsi, il ne peut être exclu que des possibilités d'arbitrage aient existé, y compris pour

les petits et moyens détaillants, lesquels auraient éventuellement pu les renforcer en coordonnant - sans toutefois contrevenir à la loi sur les cartels - leurs importations.

9.5.4 Sur l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que, s'agissant de Payot et de la FNAC, des possibilités d'arbitrage par les prix ont existé durant la période visée par l'enquête. S'agissant des petits et moyens détaillants, des possibilités d'arbitrage par les prix ont également existé, dès lors que nonobstant un faible volume d'achat, ceux-ci pourraient notamment coordonner leurs importations, dans les limites fixées par la loi. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant, dans la décision attaquée, que des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.6 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner respectivement si, sur le marché de référence, des importations suffisantes ont été entreprises par les détaillants durant la période considérée et si elles auraient pu l'être.

A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités - de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition - de l'ensemble des librairies ayant indiqué s'approvisionner auprès d'OLF. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices permettant d'apprécier si des importations étaient possibles ou non à l'époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives. Enfin, il y a lieu de rappeler que les importations de titres non diffusés/distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations parallèles, un approvisionnement en France constituant le seul moyen de les obtenir. Aussi, les expériences des détaillants ayant déclaré ne s'approvisionner en France que lorsque l'ouvrage n'était pas diffusé/distribué en Suisse doivent être écartées.

9.6.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (cf. acte 343), avoir tenté de se fournir auprès d'un « *diffuseur-distributeur étranger* », trois ont répondu avoir essayé, une ou plusieurs fois, et n'avoir rencontré aucune difficulté pour le faire. Il s'agit de la librairie D.A._____ (une fois; cf. acte 353), de la FNAC (une fois; cf. acte 411) et de la librairie D.B._____ (plusieurs fois; cf. acte 349). A cet égard, il y a lieu de relever que, dans le précédent questionnaire du 9 décembre 2008, la librairie D.A._____ avait indiqué qu'il n'existait pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses (cf. acte 99). Il convient

encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la FNAC avait expliqué qu'un approvisionnement en France pourrait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs-distributeurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (cf. acte 53). Trois librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur/distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C. _____, laquelle a expliqué que « *en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat* » (cf. acte 473); de la librairie D.D. _____, qui a relevé que « *les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse* » (cf. acte 433) et la librairie D.E. _____ (cf. acte 421).

La librairie D.F. _____ a elle-aussi indiqué avoir tenté de s'approvisionner auprès d'un « autre partenaire commercial », en l'occurrence une « librairie collègue », mais avoir essuyé plusieurs refus (cf. acte 461). La librairie D.G. _____ a également indiqué se fournir auprès d'Amazon (cf. acte 406). Elle a toutefois indiqué en réponse au questionnaire de 2008 avoir l'obligation de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses lorsque l'ouvrage est diffusé et distribué en Suisse (cf. acte 136).

Payot a répondu s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « autre partenaire commercial », à titre exceptionnel, pour pallier des ruptures de stock en Suisse sur une meilleure vente du moment, tout en précisant qu'elle n'avait pas un grand intérêt à le faire à grande échelle, car si elle réduisait ses achats chez les diffuseurs-distributeurs suisses, ses conditions commerciales - liées au volume d'achat annuel - seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (cf. acte 397).

S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « éditeur », deux d'entre eux ont indiqué avoir tenté de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté. Il s'agit de la librairie D.H. _____ et de la librairie D.I. _____. La librairie D.H. _____ a répondu s'être approvisionnée une seule fois auprès d'un éditeur, n'exposant cependant pas les circonstances en lien avec cet approvisionnement (cf. acte 427). La librairie D.J. _____ (cf. acte 418) a indiqué que s'approvisionner auprès des éditeurs était « tellement plus compliqué » et que « chaque livre est un cas ». Une autre librairie - D.E. _____ (cf. actes 149 et 421) - a indiqué avoir rencontré des difficultés à s'approvisionner auprès de l'éditeur et avoir essuyé plusieurs refus. Elle met en cause les contrats d'exclusivité, lesquels « verrouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct ». Elle indique toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (cf. acte 149). Plusieurs librairies ont fait état de difficultés ou de refus, les ayant parfois contraintes à renoncer à un approvisionnement direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment de la librairie D.K. _____ (cf. acte 383), de la librairie D.L. _____ (cf. acte 412), de la librairie D.M. _____ (cf. actes 130 et 358), de la librairie D.C. _____ (cf. acte 473) et de la librairie D.N. _____ (cf. acte 455). Les raisons avan-

cées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus.

Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements auprès d'éditeurs et de diffuseurs-distributeurs. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, hormis la librairie D.B. _____ et la librairie D.I. _____, qui ont annoncé avoir régulièrement acquis avec succès des ouvrages à l'étranger - sans toutefois en détailler les circonstances -, les détaillants font face à des difficultés ou des refus, lorsque ledit ouvrage est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relève notamment Payot et la FNAC, ce n'est que lorsque l'ouvrage n'est plus disponible auprès des diffuseurs-distributeurs suisses - par exemple en cas de rupture de stock - qu'un approvisionnement en France est exceptionnellement possible.

9.6.2 Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (cf. acte 913). Celle-ci a indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, elle n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle - ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » - et n'aurait pas été en mesure de le faire, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise [...] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la diffusion-distribution en Suisse (cf. acte 913 lignes 400-409). A noter que ces derniers ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés/distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non-diffusés et non-distribués en Suisse, Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C. _____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (cf. acte 913 lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du « faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions et de mesures de rétorsion au niveau de ses conditions commerciales (cf. acte 913 lignes 812-830). Cela ne pourrait fonctionner que pour des librairies de taille modeste. Dès que le volume est trop important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec. En outre, Payot souhaite travailler avec ses fournisseurs de manière transparente (cf. acte 913 lignes 805-807).

De même, Payot a précisé que ses « achats en France ne pourraient se faire qu'auprès des maisons-mères et certainement pas auprès des grossistes quels qu'ils soient, qui sont inadaptés aussi bien en termes de conditions commerciales puisque c'est un intermédiaire de plus, ça ne réglerait pas [son] problème de prix d'achat [...] » (cf. acte 913 lignes 422-425).

Le directeur général de Payot a indiqué avoir eu, à la suite de l'appréciation du franc suisse, des discussions

avec Interforum en septembre 2011 en vue d'un approvisionnement depuis la France. Celles-ci se sont conclues, dans un premier temps, par une fin de non-recevoir, puis, dans un second temps, par une amélioration des conditions commerciales et par une demande officielle de Payot, en septembre 2012, pour l'ouverture de négociations. Celle-ci a abouti par un « nous y réfléchissons », sans qu'aucune date ne soit fixée (cf. acte 913 lignes 268-279). Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livres en France en 2000 - [...] - et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de comptes ouverts auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (cf. acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué [...]. Elle peut se satisfaire d'un approvisionnement local, dès lors que les prix d'achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd'hui s'agissant de Dargaud et Servidis (cf. acte 913 lignes 943-947).

Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 9.5.2), Payot n'a pas tenté de s'approvisionner à l'étranger durant la période de l'enquête - sauf rares exceptions en cas de rupture de stock - pour des motifs éthiques et en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot a ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 et 9 décembre 2008:

« Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire » (cf. actes 21 et 129).

Néanmoins, il ressort de ces mêmes questionnaires - ainsi que des procès-verbaux d'audition du libraire - qu'un approvisionnement à l'étranger, durant la période considérée, n'était pas possible lorsque l'éditeur était distribué en Suisse. Auditionnée une première fois par l'autorité inférieure, le 4 avril 2012, dans le cadre de l'enquête, Payot a en effet indiqué:

« Jusqu'à maintenant, un libraire suisse ne peut pas commander directement aux diffuseurs français. Un diffuseur français a en général un contrat d'exclusivité avec un diffuseur suisse ou le diffuseur suisse est une filiale du diffuseur français. Les diffuseurs français ne livrent pas les libraires suisses » (cf. acte 510).

Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot - à l'exception des ouvrages appartenant à la franchise [...] - n'a pas tenté d'importations durant la période de l'enquête au motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour s'approvisionner à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales en Suisse étaient acceptables. Enfin, le fait que des importations aient été entreprises via un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », via les librairies C._____, ne suffit pas à démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné.

9.6.3 S'agissant de l'enseigne B.A._____, celle-ci a mis en place, dans une première phase, un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (cf. acte 911 lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon

le responsable de B.A._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement dans le fait que les diffuseurs partaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B._____ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (cf. acte 911 lignes 88-91). Les diffuseurs suisses auraient demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société B.B._____. Concrètement, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été imposés à B.B._____, si bien que B.B._____ a dû déposer le bilan (cf. acte 911 lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans, a été établi et respecté. Durant la période du plan de continuation, la structure de B.B._____ a évolué: « Eh ben, j'ai compris ce qu'il fallait faire, c'est-à-dire qu'il fallait [que B.B._____] n'achète plus rien chez les éditeurs, mais n'ait plus qu'une société qui s'approvisionne chez des tiers et qui fait les exportations vers la Suisse » (cf. acte 911 lignes 168-170). Le responsable de B.A._____ a ainsi fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant celles-ci, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour [...] librairies (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (cf. acte 911 lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. L'identité de ces librairies est tenue secrète pour se protéger des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (cf. acte 911 lignes 251-253):

« [B.A._____] s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais "normales" [...] Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir [...] librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire » (cf. acte 911 lignes 186 et 608-610).

A la suite de son audition, le responsable de B.A._____ a transmis à l'autorité inférieure une note complémentaire, datée du 17 janvier 2013, dans le but de « mieux préciser [ses] propos », retranscrits dans le procès-verbal (cf. acte 838). Il a notamment indiqué qu'en vue de dite audition, il avait envoyé des courriers à chaque distributeur français, dont UD-Union Distribution (groupe Flammarion), afin de demander l'ouverture d'un compte pour être servi en direct. En date du 26 novembre 2012, UD-Union Distribution a répondu ceci: « Je transfère votre demande à notre représentant pour la Suisse [la recourante] » (cf. acte 838 annexe 2.4).

Selon l'autorité inférieure, l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs-distributeurs comme l'exemple-type prouvant que des importations avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif - qui plus est pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché «re-

tail » en Suisse - a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écrans liées secrètement à une société d'importation (cf. ch. 251 de la décision attaquée). L'affirmation de la recourante - dans son mémoire de recours (cf. ch. 255 de la décision attaquée) selon laquelle « [B.A._____] n'a jamais demandé à Flammarion de procéder à des importations parallèles, on ne saurait imputer à Flammarion un quelconque intérêt de [B.A._____] à créer un système d'importation[s] parallèle[s] » est en contradiction directe avec l'échange de courrier entre B.A._____ et Flammarion reproduit ci-dessus, pourtant produit au dossier de l'autorité inférieure (cf. acte 838 annexe 2.4).

Il y a encore lieu de relever que, selon les indications du responsable de B.A._____, entendu par l'autorité inférieure en qualité de témoin, la société B.B._____ se serait à l'époque vue imposer des baisses unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. *supra* consid. 9.6.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion prises par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si personne ne remet en cause que l'existence du système B.B._____ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A._____ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écrans utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

9.6.4 Il s'ensuit que les quelques importations opérées durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été possibles, ce d'autant plus que, pour B.A._____, elles l'ont été grâce à un système de librairies écrans complexe et secret.

Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.7 Possibilités d'importations parallèles

9.7.1 Il y a lieu de revenir sur les expériences des détaillants afin de déterminer si des importations parallèles étaient possibles durant la période de l'enquête.

9.7.1.1 Plusieurs détaillants, ayant répondu, dans le questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger, ont néanmoins prétendu que des importations parallèles étaient possibles durant la période visée par l'enquête.

La librairie A._____ - laquelle a répondu, par questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger (cf. acte 442) - a néanmoins affirmé, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que

des importations seraient possibles: « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (cf. acte 257). Or, celle-ci a indiqué, lors de son audition devant l'autorité inférieure:

« On nous a suggéré d'ouvrir des comptes en France, on pourrait le faire tout à fait. Tout le monde...enfin... c'est peut-être un petit peu compliqué mais on pourrait le faire [...] Donc déjà, cette pratique [l'exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a des gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses, mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement, c'est une pratique française et je vois mal... nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient... Enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion. On a vu [le directeur général de Payot], il essaye d'aller ouvrir des comptes, c'est difficile, mais enfin, on sent qu'il y a une discussion possible et j'ai vu justement en parlant avec [Madrigall] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (cf. acte 909 lignes 120-122 et 338-347).

Il s'ensuit que, contrairement à ce que la librairie A._____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur le vu de ce témoignage, que des importations étaient effectivement possibles. Au contraire, dès lors que les détaillants en question n'ont pas tenté de se servir parallèlement auprès de partenaires de distribution à l'étranger, leurs réponses ne sont pas aptes à démontrer que des importations parallèles étaient effectivement possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

9.7.1.2 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011, avoir tenté de se fournir auprès d'un « distributeur-diffuseur étranger », trois ont répondu avoir renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à eux. Il s'agit de la librairie D.C._____, laquelle a expliqué que « *en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat* » (cf. acte 473), de la librairie D.D._____, qui a relevé que « *les diffuseurs français répondent ne pas servir la Suisse* » (cf. acte 433) et de la librairie D.E._____, qui a également répondu avoir essuyé un refus en ces termes: « *contrats d'exclusivité verrouillent toute possibilité d'obtenir le livre en direct. Position dominante du distributeur; les libraires sont désormais face à ce système* » (cf. acte 421).

Au surplus, bien que très peu de détaillants aient tenté de s'approvisionner durant la période considérée auprès d'un diffuseur-distributeur, d'un grossiste, d'un détaillant ou d'un éditeur à l'étranger, les réponses données au questionnaire du 9 décembre 2008 permettent néanmoins de mettre en évidence des indices concordants.

Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions d'approvisionnement en livres écrits en français autres

que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs-distributeurs suisses, 13 détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec lesdits diffuseurs-distributeurs, ce qui interdisait à ceux-là, ainsi qu'aux diffuseurs-distributeurs français, de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution en France, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer leur commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.L. _____ a indiqué que « il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat; toute tentative de doubler la distribution est vouée à l'échec » (cf. acte 212). La librairie D.O. _____ a répondu que « en principe non, car un éditeur français, qui a son diffuseur en Suisse, nous renvoie à lui en cas de demande directe » (cf. acte 180). La librairie D.G. _____ a pour sa part relevé que « normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français [...], nous sommes obligés de passer par leur diffuseur en Suisse » (cf. acte 136). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusive, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse, dont la recourante, étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en France afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses [...] s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un "faux-nez" [...] mais cela reste, à notre connaissance, marginal » (cf. acte 129). La librairie D.D. _____ a soutenu que « il n'existe pas une autre solution pour s'approvisionner en livres directement chez les grands éditeurs français. Ceux-ci travaillent avec leurs maisons de diffusion et détiennent des parts chez les diffuseurs suisses. Ils nous imposent de passer par la Suisse et refusent de nous ouvrir des comptes en France » (cf. acte 143). La librairie D.P. _____ a répondu ce qui suit: « Aucune solution autre que de travailler avec les diffuseurs suisses: exclusivité + commander à l'étranger est presque impossible et non rentable. M'approvisionner ailleurs que chez les diffuseurs qui ont le monopole de la distribution est quasi impossible, très, très difficile et de toute façon encore bien plus cher que le prix des tables. Une anecdote: mécontent des prix et services d'un diffuseur, j'ai tenté une fois une grosse commande directement en France, pour essayer. On m'a indiqué que ce n'était tout simplement pas possible: je DEVAIS commander ces livres chez le diffuseur suisse. Une autre anecdote: j'ai essayé une autre fois une commande en France: on m'a dit que si j'essayais de contourner le diffuseur suisse, celui-ci ne me livrerait ensuite plus aucun livre, plus aucune commande et fermerait mon compte ! Chose que je ne peux me permettre: j'ai donc annulé cet essai » (cf. acte 140). La FNAC a également indiqué: « Il ne nous est contractuellement pas possible d'acheter directement nos livres en France. En effet, la plupart des diffuseurs ont des accords avec leur maison-mère et ont pris le

soin de verrouiller ce point dans nos accords commerciaux annuels » (cf. acte 254). La Librairie D.Q. _____ a de même relevé: « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais [des] filiales des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (cf. acte 155). La librairie D.R. _____ a encore ajouté que « [pour] une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion/distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse » (cf. acte 264). La librairie D.S. _____ a indiqué: « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses » (cf. acte 132). La librairie D.T. _____ a mentionné: « D'une part, les diffuseurs détiennent l'exclusivité pour le marché suisse de leurs éditeurs. Cela exclut par conséquent la possibilité de s'approvisionner autrement » (cf. acte 258). La librairie D.U. _____ a prétendu enfin que « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un "gros-siste", lui-même libraire en France » (cf. acte 146). Dans le même sens, on retiendra aussi les déclarations de la librairie D.B. _____ (cf. acte 108), de la librairie D.V. _____ (cf. acte 123), de la librairie D.W. _____ (cf. acte 131) et de la librairie D.J. _____ (cf. acte 144).

Les réponses des détaillants reproduites ci-dessus constituent un indice que des importations parallèles n'étaient pas possibles, et ce, en raison des systèmes de distribution exclusive des diffuseurs-distributeurs suisses.

19 détaillants ont quant à eux répondu qu'il n'était possible de s'approvisionner en livres francophones directement auprès de l'éditeur étranger - ou de son distributeur local - que lorsque celui-là n'était pas diffusé en Suisse. L'autorité inférieure en a dès lors déduit que les importations de livres diffusés/distribués en Suisse n'étaient pas possibles.

Même si l'on ne peut exclure que certains détaillants aient voulu relever par là qu'ils préféreraient s'approvisionner en Suisse lorsque cela était possible, les réponses formulées par la majeure partie de ceux-ci ne laissent place à aucun doute quant à l'interprétation qu'il y a lieu de leur donner. Il ressort en effet des questionnaires que, lorsqu'un titre est diffusé et distribué en Suisse, les détaillants n'ont pas la possibilité ou le choix de se le procurer à l'étranger. Il ne s'agit pas d'une impossibilité financière, technique ou commerciale que rencontrerait un détaillant de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. Si certains desdits détaillants ont relevé en sus les difficultés et inconvénients relatifs à un approvisionnement à l'étranger, leurs précisions à ce sujet n'enlèvent aucune portée à leurs déclarations concernant les possibilités qui leur sont données en matière d'approvisionnement à l'étranger. A titre d'exemples, la librairie D.E. _____ a indiqué pouvoir obtenir des livres directement auprès de l'éditeur français « dans la seule situation où cet éditeur n'est pas distribué en Suisse. En général, si nous commandons un ouvrage directement auprès d'un éditeur distribué, celui-ci refuse de nous fournir et nous renvoie à son dépositaire helvétique » (cf. acte 149); la librairie D.X. _____ a, pour sa part, relevé: « Les éditeurs français représentés en Suisse sont

en exclusivité. Seuls les éditeurs non représentés peuvent faire l'objet d'une commande directe » (cf. acte 139); de même, la Librairie D.Y. _____ a répondu que « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (cf. acte 193).

A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que « [la] grande majorité des revendeurs - quasiment tous - se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un "faux-nez" de façon à ce que le diffuseur ignore ces pratiques, autant que faire se peut » (cf. acte 21).

9.7.1.3 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux treize diffuseurs suisses, l'administrateur d'OLF - dont près de [...] % des flux physiques transitent par son infrastructure - a répondu, à la question de savoir si les libraires disposaient d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, que « [il] n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse, sauf par le marché gris. C'est possible par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel » (cf. acte 76).

Entendu par l'autorité inférieure, le 10 décembre 2012, l'administrateur d'OLF a toutefois contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « faux », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il ajoute que, s'agissant d'Interforum, son plus gros client:

« j'ai toujours vu et su qu'une partie conséquente des marchandises Interforum ne passait pas par l'OLF en tout cas pas dans son cheminement éditeur-point de vente. J'imagine que les raisons de cette situation sont dues au fait que le client et l'éditeur considéraient la chose comme, j'en sais rien, plus pratique, plus économique, plus intéressante pour eux. Si je dis ça c'est que, si je le sais en plus c'est parce que [...] si par hasard des marchandises ne devaient plus retourner sur France et bien elles revenaient dans les stocks de l'OLF et là on faisait l'acceptation du retour et on était payés pour ces retours. [...] je suis convaincu que nous avons des demandes d'Interforum nous demandant de créditer des bouquins venant de [D.AO. _____] mais n'ayant pas été livrés par OLF à [D.AO. _____]. Puisque mon métier étant de trouver des solutions, je dois pouvoir trouver les documents qui disent, je peux pas vous prouver qu'ils sont partis de France à [D.AO. _____] [...]. Par contre, je peux vous prouver que [...] nous ne les avons pas vendus, c'est qu'ils sont passés par ailleurs et s'ils sont passés par ailleurs c'est pas par nous en tout cas et c'est direct. Si vous les voulez je vous trouve les preuves, en tout cas les démonstrations... les preuves... ce n'est pas une preuve. Je peux vous faire la démonstration de ce que j'ai prétendu [à propos de D.AO. _____] et des économats cantonaux et peut-être d'autres clients que je n'ai pas

en tête parce que ça c'est les plus gros. Mais je peux vous faire cette démonstration [...]. Donc le mot "impossible" est certainement trop fort mais c'est peut-être "compliqué" qu'on aurait dû écrire » (cf. acte 912).

Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position, mais d'une correction: « [...] je peux vous prouver par a + b que ces marchandises sont jamais passées par les canaux de OLF et je peux vous prouver aussi que certaines de ces marchandises sont revenues sans avoir été expédiées par OLF. Donc entre la réponse dans le texte et la pratique... il y a pas mal d'imprécisions dans nos réponses dans votre document, vous savez, je n'ai pas pour volonté de critiquer votre dossier mais il y avait de l'imprécision dans les questions et puis il y a de l'imprécision dans les réponses. C'est pour ça qu'il faut le voir. On l'a peut-être fait un peu à la va-vite, ça je m'en excuse, mais je peux démontrer le contraire ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (cf. acte 912 lignes 258-266).

Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », l'administrateur d'OLF a indiqué que « [un] libraire peut s'approvisionner [en direct en France chez un éditeur], on l'a tous constaté mais simplement on sait très bien que les conditions qu'il va trouver le ramènent à pas le faire » (cf. acte 912 lignes 443-445).

Se fondant sur la déclaration de l'administrateur d'OLF contenue dans le questionnaire de 2008 (cf. acte 76), l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante est précisément une telle antenne - à l'instar d'OLF -, elle considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autres choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant pas être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts d'OLF, également diffuseur-distributeur suisse de livres écrits en français et condamnée à l'issue de la décision déférée. Par ailleurs, il y a lieu de relever que, si seul un approvisionnement sur le « marché gris » est possible, tout autre alternative d'approvisionnement sur le marché français - telle que celui auprès des diffuseurs-distributeurs, grossistes ou coursiers actifs en France - est exclue et pas uniquement auprès des éditeurs.

9.7.1.4 Enfin, la FNAC, représentée par son directeur des opérations, a - lors de son audition devant l'autorité inférieure, le 26 novembre 2012 - déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle avait fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse essentiellement pour deux raisons:

« dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi, à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement supérieur, mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre, puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons » (cf. acte 906 lignes 59-66).

A la question de savoir si la FNAC aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, son directeur des opérations répond cependant par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors qu'autant les détaillants, les diffuseurs-distributeurs ou les éditeurs français refusaient d'ouvrir un compte, renvoyant au surplus vers les diffuseurs-distributeurs suisses. Le directeur des opérations de la FNAC a ainsi précisé que « [...] si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance » (cf. acte 906 lignes 330-332). Cette réalité concernait tous les détaillants suisses. Si des comptes étaient ouverts, « il fallait négocier les conditions, s'occuper de la partie approvisionnement, de la partie étiquetage. Pas beaucoup de librairies ont des structures pour étiqueter le livre. Et puis vous perdez après les notions de commandes clients, les retours, l'information, tout ce qui aujourd'hui en fait partie. Donc, de toute façon, pour une petite structure, c'était impossible, pour une grosse, c'était quand même [...] [très] difficile » (cf. acte 906 lignes 96-103). En revanche, il a précisé qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France vers l'Italie ou vers la Belgique, par exemple (cf. acte 906 lignes 343-346).

Celui-ci a ensuite exposé que la FNAC avait changé son mode d'approvisionnement, sur décision de son président début 2012, au regard de la difficulté du marché du livre. En effet, l'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené les clients à considérer la FNAC comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse. Aussi, vu son poids en France, la FNAC a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement « au forcing », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement ni en Suisse, ni en France (cf. acte 906 lignes 104-130). Le directeur des opérations de la FNAC a indiqué :

« Donc, c'était avant la conclusion de votre rapport et je pense que votre rapport a également aidé pour discuter du côté français. Et on a obtenu des ouvertures de comptes de quasi la totalité des acteurs français, sauf un » (cf. acte 906 lignes 152-154).

Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne toutefois pas sans problème selon la FNAC. Elle constate ainsi des problèmes avec les retours en Suisse; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour per-

mettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (cf. acte 906 lignes 164-206).

Il s'ensuit que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté de se servir en France durant la période considérée, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix, - hormis une fois avec succès - ceci principalement en raison du rapport acceptable entre le prix d'achat et le taux de change. Néanmoins, il ressort aussi clairement du procès-verbal d'audition de la FNAC qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et après la communication de la proposition de décision du secrétariat, dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs-distributeurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution, que la FNAC a pu procéder à des importations depuis la France. En outre, le fait qu'elle a connu, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée. Enfin, des importations de livres écrits en français depuis la France vers l'Italie ne prouvent nullement que le territoire suisse n'était pas cloisonné, au contraire.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la FNAC, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations depuis la France durant la période de l'enquête et n'était pas en mesure d'y procéder, le fait que la FNAC n'ait pas engagé d'efforts supplémentaires en vue d'obtenir des approvisionnements en France aussi longtemps que les consommateurs finals toléraient le niveau de prix pratiqué en Suisse n'indique pas encore que des importations étaient possibles.

9.7.1.5 Il ressort de ce qui précède que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner à l'étranger, les réponses concordantes, données aux questionnaires, de même que les déclarations écrites ou orales faites devant l'autorité inférieure par la librairie A._____, Payot, B.A._____, la FNAC ou OLF sont aptes à démontrer que des importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Elles rejoignent également les expériences vécues par les trois revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles. Le fait que la FNAC ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse depuis lors des problèmes avec le retour des marchandises achetées en Suisse et que Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de l'enquête.

9.7.2 Nonobstant les expériences relatées ci-dessus, la recourante soutient que les remises toujours plus importantes accordées par les diffuseurs-distributeurs suisses suffirait à démontrer que des importations parallèles

étaient possibles. Elle n'a toutefois pas produit les tables qu'elle a appliquées entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2011 (cf. *supra* consid. 9.5.2), se contentant de produire un document attestant que celles-ci auraient baissé de [...] % au 1^{er} octobre 2011 (cf. acte 699a, annexe 7).

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la FNAC disposaient, durant la période visée par l'enquête, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison du différentiel de prix ayant existé au niveau « *wholesale* » entre la Suisse et la France (cf. *supra* consid. 9.5.4). Un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage par les prix, Payot et la FNAC - qui disposaient de remises similaires - auraient, dans leur intérêt, procédé à des importations depuis la France, si elles avaient été en mesure de le faire. Ledit potentiel ne signifie toutefois pas à lui seul que Payot et la FNAC ont renoncé à s'approvisionner en France en raison des bonnes conditions offertes par la recourante. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et la FNAC qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les meilleures conditions offertes à Payot et la FNAC relèvent plutôt de la volonté de la recourante de retenir celles-ci dans son système de distribution en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tables, dès lors que, en raison de leur part de marché, Payot et la FNAC auraient pu générer un volume d'importation supérieur aux diffuseurs-distributeurs suisses. Ce faisant, la concurrence entre la FNAC, Payot et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par les prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France ne serait pas économiquement plus avantageux. Si la FNAC et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbitrage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. De plus, comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. *supra* consid. 9.6.3), l'existence de possibilités d'arbitrage d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux autres librairies, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la FNAC avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations depuis la France, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux librairies aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché « *wholesale* » suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun d'entre eux, mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tables.

Sur le vu de ce qui précède, les arguments que tire la recourante du niveau de ses prix ne sont pas déterminants. Selon toute vraisemblance, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix entre les marchés « *wholesale* » français et suisse aurait été réduit si Payot et la FNAC avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales à l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tables auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum les possibilités d'arbitrage par le prix de ceux-ci et pas dans le seul but de compenser l'évolution du taux de change. L'écart de prix ayant existé entre la Suisse et la France, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant que la recourante aurait pu et dû réduire pour retenir les détaillants dans le canal de distribution suisse, si un approvisionnement depuis la France avait été rendu possible.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés « *wholesale* » suisse et français durant la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations parallèles de livres écrits en français, diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles durant cette période.

9.7.3 Reste à déterminer la cause de l'impossibilité, pour les détaillants suisses, de s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée.

Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'auditions des responsables des librairies A._____, Payot, B.A._____ et la FNAC que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité quels qu'ils soient qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée par l'enquête. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des détaillants suisses, puisqu'elles sont susceptibles de compromettre leurs partenaires contractuels en amont, il y a lieu de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via un système de librairies écran à l'identité gardée secrète - partant, à l'insu des entités actives au niveau « *wholesale* » à l'étranger - ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations des livres écrits en français diffusés par la recourante en Suisse n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution tels que celui de la recourante. Ainsi, il n'appert pas que l'autorité inférieure ait constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète sur ce point.

9.8 Comme exposé plus haut, l'engagement pris à l'égard d'OLF par la recourante - en sa qualité de distributeur sur le territoire français des ouvrages d'éditeurs externes au groupe - est présumé avoir été mis en oeuvre par la recourante. Or, dès lors qu'il a été établi que les importations des ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse n'avaient, durant la période visée par l'enquête, pas été possibles en raison des

systèmes de distribution tels que celui de la recourante, il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives pour les ouvrages des éditeurs externes au groupe.

En outre, les outils de gestion des retours permettent, dans une certaine mesure, de contrôler les flux des partenaires de distribution actifs à l'étranger. S'ils ne constituent pas - en soi - une mesure susceptible d'entraîner directement une exclusion des ventes passives, ils y contribuent, ce qui parle également en faveur de l'existence d'une interdiction - au moins indirecte - des ventes passives par les partenaires de distribution externes au groupe. Cette conclusion est encore appuyée par le fait que les diffuseurs-distributeurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de diverses réunions de l'ASDEL, auxquelles la recourante a pris ou avait la possibilité de prendre part.

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier et de l'ensemble des indices constatés par le tribunal, il y a lieu de retenir que le système de distribution de la recourante fondé sur un régime d'exclusivité a indéniablement eu pour effet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés - à savoir la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion - sur le territoire suisse des ouvrages des éditeurs externes au groupe.

En revanche, s'agissant des ouvrages édités par des sociétés du groupe Flammarion, il y a lieu de reconnaître que ledit système repose tout au plus sur l'engagement pris par dites sociétés de ne pas vendre à des détaillants suisses, ce qui - dès lors que le groupe Flammarion agit comme « producteur » des ouvrages concernés - ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la troisième prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée, si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie, durant l'ensemble de la période de l'enquête, à des accords verticaux en matière de concurrence interdisant les ventes passives par d'autres diffuseurs et/ou distributeurs des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion dont la recourante est chargée notamment de la diffusion en Suisse.

10. Renversement de la présomption

10.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords - qualifiés de « durs » - passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss no 110).

En l'espèce, dès lors que la recourante a été partie à des accords, s'agissant des ouvrages des éditeurs externes au groupe, tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart durant la période de l'enquête, ceux-ci sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace.

10.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant

pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39; BORER, op. cit., art. 5 p. 80 no 31; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 439 no 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

Le point de savoir si le maintien d'une concurrence sur le plan intermarques peut être aussi pris en compte dans le cadre des accords verticaux, question laissée ouverte dans les deux arrêts mentionnés et controversée en doctrine (cf. notamment KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 440 ss no 585 ss, en particulier p. 440 s. no 587, qui souligne que « [b]ei Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs durch Preisbindungen zweiter Hand und Klauseln mit einem absoluten Gebietsschutz besteht praktisch immer genügend Interbrand-Wettbewerb. Eine Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs würde die Gesetzesvermutung im Ergebnis zu ‚letzte morte‘ vorkommen lassen »; ADRIEN ALBERNI, Droit des accords verticaux: de l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II 123, p. 130 s., qui retient que, si la présence d'une certaine concurrence intramarque exige la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, la présence d'une concurrence intermarques, en cas d'absence de concurrence intramarque, ne devrait pas conduire au renversement de la présomption; ég. BORER, op. cit., art. 5 p. 78 s. no 30 s.; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 5 p. 524 ss no 345 ss) peut également être laissé ouvert dans le cadre de la présente procédure (cf. *infra* consid. 15).

En l'absence de concurrence effective, il y a lieu encore de tenir compte de la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

10.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences de l'absence de preuves: s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.1). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. *supra* consid. 9.3.1), examiner si,

malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 560 ss ch. 231.4; arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9; ANDREA CHRISTINE DOSS, *Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, 2009, p. 46 no 75).

Ceci étant, il convient d'examiner, si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

11. Délimitation du marché de référence

11.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 4 al. 2 p. 257 s. no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché de référence requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible et convaincante; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 9.3.1; ég. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

11.2 La délimitation du marché de référence - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui 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), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière exceptionnelle (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit.,

art. 5 p. 447 no 71; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd. 2013, art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période d'enquête n'est possible que de manière limitée, lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

11.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (cf. ch. 556 de la décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché de référence, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (cf. ch. 472 ss de la décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de services de distribution (cf. ch. 551 ss de la décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par l'accord. La définition des niveaux « *retail* » et « *wholesale* » n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau « *wholesale* » (cf. ch. 491 de la décision attaquée). Sur le plan « *wholesale* », les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs/distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (cf. ch. 556 de la décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (cf. ch. 484 ss de la décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre « *retail* » (cf. ch. 514 ss de la décision attaquée) - laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (cf. ch. 511 et 536 de la décision attaquée) - et les consommateurs finals, la demande « *retail* » (cf. ch. 501 de la décision attaquée).

La recourante se plaint de ce que la définition du marché opérée par l'autorité inférieure comporte des incohérences et ne se base pas sur la réalité économique (cf. ch. 214 du mémoire de recours). Elle soutient en particulier que les entreprises actives sur Internet - en particulier Amazon - sont des partenaires potentiels de l'échange substituable à l'offre « *wholesale* » (cf. ch. 222 de la décision attaquée). A cet effet, elle se fonde sur les réponses aux questionnaires de la librairie D.G. _____ (cf. acte 406), de la librairie D.AA. _____ (cf. acte 138), de la librairie D.I. _____ (cf. acte 234), de la librairie D.AB. _____ (cf. acte 220) et de la librairie chrétienne D.AC. _____ (cf. acte 396). En raison de l'évolution du marché entre 2008 et 2011, les entreprises actives sur Internet auraient un réel impact sur le marché et devraient faire partie de la définition de l'offre « *wholesale* » (cf. ch. 220 du mémoire de recours). De même, la recourante considère que les entreprises ac-

tives sur Internet font partie de l'offre « *retail* » et qu'en raison de la concurrence exercée par Internet sur le marché du livre au niveau « *retail* », dites entreprises devraient faire partie du marché pertinent (cf. ch. 223 ss du mémoire de recours). Enfin, elle estime nécessaire de segmenter le marché du livre en plusieurs sous-marchés, dans la mesure où chaque catégorie répond à un besoin spécifique des consommateurs (cf. ch. 230 ss du mémoire de recours). Au surplus, elle renvoie à l'expertise Gugler (cf. acte 699a, annexe 1), sans toutefois préciser en quoi l'analyse effectuée par l'autorité inférieure de dite expertise serait erronée (cf. ch. 215 du mémoire de recours).

11.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que les partenaires potentiels de l'échange étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre « *wholesale* » les entreprises actives sur Internet (cf. ch. 513 de la décision attaquée). Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (cf. ch. 537 ss de la décision attaquée). La recourante estime qu'il y a lieu de tenir compte, tant au niveau « *wholesale* » que « *retail* » des entreprises présentes sur Internet, les achats en ligne constituant une alternative d'approvisionnement pour les détaillants.

Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - principalement les librairies et les autres détaillants - dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres, mais plus globalement le commerce de détail - actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (cf. ch. 497 s. de la décision attaquée); la recourante ne le conteste pas. Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants, en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (cf. ch. 500 de la décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs, ainsi que les grossistes, font indéniablement partie de celle-ci.

Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange; il convient d'en faire de même avec les consommateurs et des autres acteurs de la branche du livre situés en amont.

11.3.1.1 L'évaluation des questionnaires envoyés aux détaillants (cf. acte 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (cf. ch. 520 de la décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations d'OLF dans son questionnaire: « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (cf. acte 76 p. 2). De même, Payot a relevé que « [...] Internet ne peut être une solution, dans la mesure où les achats ne

pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies » (cf. acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé: « [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle » (cf. acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier de la librairie D.G. _____, laquelle précise acheter souvent sur Internet: « *Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30 % moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs* » (cf. acte 406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008: « *Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des marchands sur Internet, mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant* » (cf. acte 136 p. 2).

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre « *wholesale* ». L'éventuelle concurrence au niveau « *retail* » occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché « *wholesale* » seront néanmoins analysées plus avant.

11.3.1.2 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 (cf. *supra* consid. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché « *retail* », par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant.

A noter que le système singulier mis en place par B.A. _____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que l'expérience de B.A. _____ a nécessité le déploiement d'un important système parallèle secret, ayant notamment impliqué l'acquisition, par le passé, de librairies françaises, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. *supra* consid. 9.6.3).

11.3.1.3 Il ressort enfin du dossier que le comportement d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants interviennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeurs dans le but de vendre les livres aux consommateurs finals. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finals. De même, il apparaît que les consommateurs et les détaillants ne sont pas prêts à payer le même montant pour un titre donné. Les détaillants visent avant tout la revente des ouvrages acquis auprès des diffuseurs-distributeurs et des grossistes, afin de dégager un revenu de cette activité. Ils acquièrent dans ce but plusieurs exemplaires d'un même titre afin d'être en mesure de revendre ledit titre à plusieurs consommateurs distincts. De leur côté, les consommateurs n'acquièrent généralement qu'un seul exemplaire de chaque titre. De même, les détaillants supportent les coûts de transport en cas d'exercice du droit de retour, les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de ces questions, ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Enfin, les détaillants sont directement affectés par les clauses d'exclusivité existant dans les contrats situés en amont et il ne ressort pas du dossier que les consommateurs puissent s'approvisionner directement auprès des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché « *wholesale* » et « *retail* »; la recourante n'a d'ailleurs pas remis en cause sur le fond cette distinction.

Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché « *retail* » et la demande des consommateurs finals seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse.

11.3.1.4 S'agissant des autres marchés situés en amont, en particulier les marchés des services de diffusion et des services de distribution, la recourante se contente de renvoyer en substance à l'expertise Gugler (cf. ch. 215 du mémoire de recours). Elle n'expose toutefois pas en quoi l'analyse effectuée par l'autorité inférieure serait incomplète ou erronée. Au contraire, la décision attaquée traite intégralement des arguments de l'expertise Gugler, de sorte qu'il n'y a pas lieu sur ce point de s'éloigner des conclusions de l'autorité inférieure.

Il s'ensuit que les autres marchés situés en amont ne font pas partie des partenaires potentiels de l'échange. L'éventuelle pression concurrentielle des marchés situés en amont sur celui de la vente au niveau « *wholesale* » sera néanmoins examinée plus avant.

11.3.1.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché de la vente de livres au niveau « *wholesale* », c'est-à-dire entre les diffuseurs-distributeurs et les grossistes, d'un côté, et les détaillants, de l'autre, en tant qu'il s'agit du marché directement affecté par l'accord.

11.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de tenir compte des produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammel-revers* consid. 7.3; arrêt B-2977/2007 précité *Publi-groupe* consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont fonctionnellement interchangeables du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, art. 4 al. 2 p. 207 no 150; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 no 65; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67; ZÄCH, Verhaltensweisen, op. cit., p. 163).

11.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit, d'une part, des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français; la recourante ne le conteste pas. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre, et s'il y a lieu d'effectuer une distinction selon les différentes catégories de livres.

S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau « *wholesale* », c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau « *retail* », c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler (cf. acte 698), sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux « *wholesale* » et « *retail* ». L'utilisation du livre numérique nécessite l'utilisation d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existants entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché « *wholesale* » durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché « *retail* », l'autorité inférieure se fonde sur plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5 % des ventes totales de livres en France - seuls 0.2 % des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques - pour un catalogue de 60'000 titres (cf. ch. 473 de la décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, effectuée début 2011, les français estiment à 65 % que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (cf. ch. 474 de la décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance, à l'avenir, des livres numériques (cf. ch. 475 de la décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché pertinent au niveau « *retail* ».

11.3.2.2 La recourante affirme qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre

variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines, que ce soit directement dans leurs rayons ou en les commandant à la demande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux - si ce n'est tous les - diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ces derniers doivent proposer aux détaillants - en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés - l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire - au stade de la définition du marché de référence - d'opérer une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante, puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit vendu. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence.

11.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau « *wholesale* » - soit le marché de la distribution - en tant qu'il s'agit du marché affecté par l'accord. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau « *wholesale* », en particulier celle exercée par le marché « *retail* » sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse.

11.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigruppe* consid. 9.2.1; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1; arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 302 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9.2; Comco, DPC 2007/2 190, *Publigruppe*, ch. 121; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 no 98; DAVID/JACOBS, op. cit., p. 237 no 693; REINERT/BLOCH, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 no 218 s.). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 303; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 15).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau « *wholesale* » à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau « *retail* » à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente. La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique effectuée par l'autorité inférieure.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

11.5 Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui compose le marché géographique (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 16; CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 ss no 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle, lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. CLERC/KËLLEZI, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les diffuseurs-distributeurs et les détaillants ont respectivement offert et acquis des livres écrits en français, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues tant sur le marché « *wholesale* » que sur le marché « *retail* » pendant la période de l'enquête.

11.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le fonctionnement du marché du livre, en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, en se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché « *wholesale* » et « *retail* ». Pour le surplus, la recourante ne remet pas en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence opérée par l'autorité inférieure, laquelle a défini le marché comme étant celui de la vente « *wholesale* » de livres neufs, imprimés et écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

Il s'ensuit que les griefs formulés par la recourante sur **ce point doivent être rejetés.**

12. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords concernés, il subsiste une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

12.1 L'autorité inférieure a relevé que la forte différenciation des titres édités rendrait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, respectivement le

détaillant ou le grossiste au niveau « *wholesale* » et le consommateur au niveau « *retail* », ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur ou du diffuseur-distributeur; il acquerrait avant tout un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur-distributeur ou au livre lui-même, les conclusions de l'analyse de la concurrence demeureraient identiques.

La recourante avance qu'il subsiste une concurrence sur le plan intramarque dans la mesure où les accords conclus avec OLF n'auraient jamais été appliqués par la recourante et OLF. En effet, Flammarion FR n'aurait jamais reçu une demande d'importation parallèle depuis la Suisse avant celle de la FNAC en 2011. A la première requête de cette dernière, Flammarion FR lui aurait autorisé l'ouverture d'un compte. De même, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage par les prix ou à tout le moins pas avant 2011. De même, dans la mesure où les détaillants ont choisi de s'approvisionner en Suisse en raison de la meilleure qualité du service des diffuseurs-distributeurs suisses, il n'existerait aucune possibilité d'arbitrage entre la France et la Suisse.

12.2 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange qui offrent des produits ou des services de la même marque continuent de se faire concurrence malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2; arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.4; Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, no 207 ss; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 459 no 114; KRAUSKOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 442 no 594 ss). Tel est le cas lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage suffisantes, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, comme les services, et - dans le cadre d'accord d'attribution de territoires - si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 207 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque peut également subsister indépendamment d'éventuelles importations parallèles, s'il subsiste une concurrence en Suisse (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 585 no 676). En droit européen, un accord de distribution exclusive - n'interdisant pas les ventes passives - peut malgré tout affaiblir la concurrence. La position sur le marché détenue par le producteur est particulièrement importante; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (ch. 153 des lignes directrices). De même, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque peut constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodin sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent (ch. 158 des lignes directrices). La concurrence sur le plan intramarque risque de s'affaiblir, lorsque la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus - comme par exemple un Etat -, dans la mesure où les partenaires potentiels de l'échange du côté de la demande pour-

raient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité d'approvisionnement (ch. 159 des lignes directrices).

12.3 Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (cf. ch. 422 de la décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que - sur un territoire donné - chaque titre est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Ce dernier est généralement le seul à diffuser et distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (cf. ch. 5 ss, not. 9 de la décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu - au niveau de l'analyse de la concurrence intramarque - d'opérer une distinction au niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

12.4 Au surplus, il a été admis ci-dessus que les librairies Payot et FNAC avaient bénéficié de possibilités d'arbitrage par les prix durant la période visée par l'enquête. Quant aux petits et moyens détaillants, il ne peut être exclu qu'ils ont bénéficié d'un potentiel d'arbitrage par les prix notamment s'ils coordonnaient leurs importations (cf. *supra* consid. 9.5.4).

12.5 De même, il a également été établi que seules quelques importations depuis la France avaient été opérées entre 2005 et 2011 (cf. *supra* consid. 9.6.1 ss).

12.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que seules quelques importations depuis la France ont été opérées entre 2005 et 2011 sur le marché de référence. Elles concernent par ailleurs principalement des ouvrages non-diffusés et non-distribués en Suisse, de sorte qu'il ne s'agit pas - à proprement parler - d'importations parallèles au sens de celles comprises dans l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque, un approvisionnement direct depuis la France étant le principal - si ce n'est le seul - canal de distribution desdits ouvrages. Les quelques importations proprement dites qui ont été réalisées sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période d'enquête, entre les marchés « *wholesale* » suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. *supra* consid. 9.5.2). En outre, OLF étant le distributeur exclusif pour le territoire suisse du catalogue diffusé par la recourante, et par là-même, l'unique acteur sur le marché « *wholesale* » suisse en relation avec lesdits ouvrages, aucune concurrence sur le plan intramarque n'a existé sur le marché de référence durant la période visée par l'enquête. De même, il ressort que des importations n'étaient pas possibles en raison du système de distribution de la recourante et des autres diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit que les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a

été partie n'ont pas permis qu'il subsiste, sur le marché de référence et pour toute la période de l'enquête, une concurrence sur le plan intramarque.

13. Concurrence sur le plan intermarques

Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Il s'agit d'abord d'examiner la concurrence actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 CommVert; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 483 no 203). A cet égard, il y a lieu de déterminer si les parts de marché détenues par les concurrents d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, on examinera la concurrence potentielle (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 356).

13.1 L'autorité inférieure a relevé que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable; aucun titre ne peut être véritablement identique (cf. ch. 592 de la décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas, en tant que tel, un indice de concurrence, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finals et des détaillants, dès lors que la substituable de certains produits est limitée. Les détaillants doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence intermarques *ab ovo* (cf. ch. 602 de la décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, un détaillant se doit de travailler avec l'ensemble des acteurs du marché et ne peut se limiter à offrir le catalogue d'un seul diffuseur-distributeur. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle a créé une concurrence entre les diffuseurs-distributeurs, au niveau des prestations financières, mais aussi des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leurs catalogues auprès de chaque détaillant (cf. ch. 601 de la décision attaquée).

De l'avis de la recourante, la concurrence entre les offres des différents diffuseurs-distributeurs a été sous-estimée. En effet, la décision attaquée additionnerait les parts de marché des entreprises visées par l'enquête. Ce faisant, elle reprendrait une théorie d'accord horizontal qui ne devrait pas être appliquée par analogie aux accords verticaux, la recourante estimant qu'on ne saurait lui imputer des accords verticaux auxquels elle n'était pas partie (cf. ch. 274 ss du mémoire de recours).

13.2 Sur le marché du livre, la concurrence sur le plan intermarques 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.

A cet égard, Payot a indiqué, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, ce qui suit:

« si nous ne pouvons fournir ces livres, soit dans l'assortiment, soit par le biais de commandes clients spécifiques, nous ne sommes pas en mesure de remplir notre mission qui est justement de pouvoir proposer à notre clientèle l'ensemble des titres réputés disponibles, quel que soit le mode de diffusion/distribution choisi par l'éditeur » (cf. acte 129).

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.

Payot a, à ce titre relevé, dans le questionnaire précité, que:

« cette concurrence [entre les diffuseurs-distributeurs suisses] n'existe pas, dans la mesure où chacun diffuse une production qui lui est propre [...] quel que soit son poids de parts de marché, y compris s'il est très faible, un diffuseur dispose des mêmes conditions d'exclusivité de diffusion qu'un gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres. [...] Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est copié du modèle français: il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné [...]. Un libraire ne peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille: quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité;

il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (cf. acte 129).

Cela étant, il n'est pas contesté que les détaillants doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leurs librairies tous les livres de tous les diffuseurs-distributeurs auprès desquels ils disposent d'un compte (cf. ch. 601 de la décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres des catalogues de ceux-ci, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. Il s'ensuit néanmoins que la forte différenciation des produits plaide en défaveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement sur les prix, mais aussi au niveau du rayonnement. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

13.3 L'analyse de la concurrence actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 257 ss). En principe, les accords verticaux (de prix minimum ou de protection territoriale) ne produiraient d'effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché des entreprises participantes supérieur à 30 % (ch. 153 et 154 des lignes directrices; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 no 670). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 282; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 584 s. no 673). De même, la différenciation des produits constitue aussi un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. no 120). A défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 212 ss et DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 460 s. no 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois

ans (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence intermarques, lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (ch. 151 des lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple - à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné - peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (ch. 154 des lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser la distribution exclusive multiple sur la concurrence sur le plan intermarques sont plus importants au niveau « *wholesale* » qu'au niveau « *retail* ». Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau « *wholesale* » (ch. 160 des lignes directrices).

13.3.1 La recourante a relevé que, faute d'entraîner une addition de marchés horizontale, les accords verticaux avaient un potentiel de nuisance inférieur aux accords horizontaux. Sa part de marché devant être limitée à [...] %, l'exclusivité dont elle bénéficie ne serait pas apte à supprimer la concurrence sur le marché. Dite observation ne lui est toutefois d'aucune aide en l'espèce. L'enquête portant sur les systèmes de distribution de l'ensemble de la branche et non sur un seul diffuseur-distributeur comme cela avait pu être le cas dans de précédentes affaires (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba* et DPC 2012/3 540, *BMW*), une addition des parts de marché est avérée et pertinente, en tant que l'autorité inférieure a établi que l'ensemble des systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs conduisait au cloisonnement du marché (cf. ch. 605 de la décision attaquée). Cette façon de faire est conforme, de surcroît, au droit européen, lequel tient compte dans l'appréciation de la concurrence intermarques des parts de marché des différents concurrents, en particulier lorsque leur nombre est faible, que leur part de marché est plus ou moins identique et qu'ils exploitent des systèmes de distribution similaires (ch. 154 des lignes directrices).

13.3.2 S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait à

[...] % en 2009, [...] % en 2010 et [...] % en 2011, si bien qu'elle n'a quasiment pas varié en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il ressort de ce tableau que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95 % du marché pendant la période visée par l'enquête (cf. ch. 606 de la décision attaquée). En plus du catalogue diffusé par la recourante en Suisse, OLF est le distributeur exclusif des catalogues d'Interforum ([...]-[...] % de part de marchés entre 2009 et 2011), des Editions des 5 Frontières ([...]-[...] %), de Glénat ([...]-[...] %), et de celui qu'il diffuse lui-même ([...] %). Il ressort ainsi que plus de [...] % des fonds diffusés en Suisse par les diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont été distribués de manière exclusive par OLF. Au surplus, les autres diffuseurs-distributeurs sanctionnés bénéficiant tous - sous une forme ou sous une autre - d'une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution sur le territoire suisse, il s'ensuit que la quasi-totalité (plus de 95 %) du marché au niveau « *wholesale* » a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires (cf. ch. 606 de la décision attaquée), ce qui ne plaide pas non plus en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence durant la période de l'enquête.

13.3.3 Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché « *wholesale* », le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la tablette pour chaque titre. Chaque détaillant négocie avec chaque diffuseur-distributeur le niveau de la remise (cf. ch. 611 de la décision attaquée). Il a toutefois été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs-distributeurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse au questionnaire du 12 juillet 2007, bénéficiant de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, OLF, Dargaud et les Editions des 5 Frontières oscillant entre [...]-% et [...] % chez la recourante (cf. acte 21). Ces taux ont été relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 de la décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier - et la recourante ne l'allègue pas non plus - que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur-distributeur dans leurs librairies ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quels que soient le type de livres et la quantité achetée pour un même titre (cf. acte 129). De même, les tables de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi avec la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs:

« Vous êtes resté sourd à notre message. Les "promotions" que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an.

De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert "d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse", ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tables répondrait à nos préoccupations les plus urgentes » (cf. acte 693c, annexe 56).

Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau « *wholesale* », les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit qu'il ne subsiste aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'entier de la période de l'enquête.

13.3.4 Reste à déterminer si, nonobstant la forte différenciation des produits, il subsiste une concurrence sur le plan intermarques au niveau du rayonnage.

Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères elle choisissait les livres qu'elle proposait à sa clientèle, que:

« *il n'est pas dans les us et coutumes de la librairie de privilégier un fournisseur en fonction des conditions qu'il nous octroie. Seul l'intérêt commercial présumé d'un livre et la nécessité de proposer une offre riche, variée et cohérente sont les facteurs déterminant l'achat [...]. Ce sont les librairies, dans chacune des succursales, qui déterminent et créent leur assortiment, aussi bien pour les nouveautés que pour le fonds, en fonction de leur connaissance de leur clientèle, de la taille de la librairie, etc.* » (cf. acte 129).

La FNAC a, dans ce même questionnaire, encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate (cf. acte 254). La FNAC et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le détaillant à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients (cf. actes 129 et 254). Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55 % des clients interrogés, l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie (cf. acte 129). Selon la FNAC, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie (cf. acte 254). En outre, à la question de savoir, dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie, quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20 %, la FNAC à environ 50 %. Ne pas disposer d'une référence en

rayons peut ainsi représenter une perte financière importante pour un détaillant. La FNAC a encore relevé que les diffuseurs-distributeurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leurs catalogues en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante, entraînant alors la remise en avant du fonds de l'auteur concerné (cf. acte 254). La FNAC a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué aux nouveautés, c'est-à-dire que, pour tout nouveau titre d'une collection ou d'un genre donné, un exemplaire au moins, parfois davantage, est envoyé - et facturé - d'office (cf. acte 129).

Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leurs librairies, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs pour déterminer leurs offres. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

13.3.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il 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.

13.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence potentielle au niveau intermarques sur le marché de référence. Tel est le cas lorsque le producteur et ses concurrents craignent de nouvelles entrées sur le marché. Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence intermarques potentielle (message LCart 1995, FF 1995 I 472, 515). L'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508).

Selon l'autorité inférieure, deux éléments auraient limité les possibilités d'entrée sur le marché. Premièrement, celle-ci dépendrait des droits d'édition. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France. En effet, les principaux éditeurs seraient concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui reviendrait à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, elle ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-

distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (cf. ch. 624 ss de la décision attaquée).

Plusieurs diffuseurs-distributeurs ont fait valoir que de nouveaux acteurs pourraient arriver sur le marché et qu'en particulier, des grossistes étrangers pourraient faire leur entrée sur celui-ci. Dès lors qu'un nouvel acteur conclut un contrat avec un ou plusieurs éditeurs, il pourrait entrer dans le marché sans problème et conclure un contrat - par exemple avec OLF - pour la distribution de son catalogue.

En l'espèce, compte tenu de la forte différenciation du produit du livre, l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché de référence n'aurait dans tous les cas pas été apte à exercer une pression concurrentielle sur les prix pour les diffuseurs-distributeurs en Suisse. Quant au rayonnement, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs qui doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, dite concurrence ne se reflète pas au niveau des détaillants qui doivent à tout le moins être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises entrent sur le marché du côté de l'offre et génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

13.5 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.

14. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait pas de concurrence, tant sur le plan intramarque, qu'intermarques, il y a lieu d'examiner si la position des partenaires potentiels de l'échange a exercé une pression disciplinaire sur les parties à l'accord (cf. arrêt B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4; KRAUS-KOPF/SCHALLER, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

Dans sa décision, l'autorité inférieure a examiné la pression concurrentielle exercée par les acteurs en amont - les éditeurs - ainsi que celle émanant du côté de la demande, d'abord au niveau des détaillants puis des consommateurs.

14.1 Du côté des éditeurs, certains diffuseurs-distributeurs ont prétendu que ceux-là exerçaient sur eux une pression disciplinante suffisante, dans la mesure où certains éditeurs changeaient parfois de diffuseurs-distributeurs pour la Suisse, de sorte qu'il y aurait une concurrence entre ceux-ci pour obtenir les mandats de diffuser-distribuer les ouvrages (cf. ch. 635 de la décision attaquée).

S'il n'est pas contesté que plusieurs petits éditeurs ont effectivement changé de diffuseur-distributeur durant la période de l'enquête, il y a lieu de rappeler que les principaux éditeurs français sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion et/ou dis-

tribution en Suisse et seraient - par conséquent - déjà entrés sur le marché. S'agissant donc des principaux éditeurs, une éventuelle pression disciplinante est, dans tous les cas, fortement limitée.

Au surplus, il y a lieu de relever qu'aucun diffuseur-distributeur n'a fourni d'indication propre à définir dans quelle mesure cette concurrence dans l'obtention des contrats de diffusion-distribution au niveau suisse aurait pu se répercuter sur la concurrence entre diffuseurs-distributeurs sur le marché « *wholesale* » de la vente des livres. On peine à saisir en quoi cela pourrait d'ailleurs être le cas. Aussi, l'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs - leur intérêt étant d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient - et n'ont dès lors pas pu discipliner les acteurs en aval, doit être confirmée.

14.2 Du côté des détaillants, l'autorité inférieure a retenu, pour l'essentiel, que les détaillants n'avaient pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs-distributeurs suisses avec d'autres fournisseurs, en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs-distributeurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur-distributeur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociation des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs-distributeurs dans l'adaptation de leurs tables par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs-distributeurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » entre 2009 et 2011 (cf. ch. 606 de la décision attaquée) - a ainsi déclaré en 2007, s'agissant de la FNAC, laquelle couvrait [...] % de la demande « *wholesale* » (cf. acte 906 lignes 15-22), en réponse au questionnaire envoyé en 2007: « Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte de [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la commercialisation du livre, mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (cf. acte 27). Payot - qui représentait [...] % de la demande « *wholesale* » - s'est également déclarée surprise de ce que les diffuseurs-distributeurs avaient parlé entre eux de sa demande de s'approvisionner directement en France, le fait que ce genre d'information ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociation (cf. acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » entre 2009 et 2011 - (cf. ch. 606 de la décision attaquée) a indiqué que plusieurs librairies indépendantes - ayant couvert environ 30 % de la demande « *wholesale* » - avaient fait pression sur elle, ce

qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat - qui représentaient à eux deux [...] à [...] % de l'offre « *wholesale* » - ont indiqué avoir fixé leurs prix au-dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finals (cf. acte 672, p. 46).

Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les parts de marché importantes de certains détaillants, ni la FNAC, ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeurs. Ainsi, les propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, il ressort que la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (cf. acte 344). Partant, il appert que, bien que temporellement aussi liée à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs-distributeurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous d'Amazon. Or, il sied de relever que, alors que celle-ci s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-là ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur.

Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs-distributeurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs actifs sur le territoire suisse, et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est donc pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut pas menacer ceux-là d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tabelles ou ne lui offrent pas de meilleures prestations de services. Pour ces motifs, il y a lieu de retenir que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante suffisante sur les prix « *wholesale* » suisses du catalogue de la recourante durant la période concernée.

14.3 Il s'agit encore d'examiner si, durant la période d'enquête, la concurrence entre les détaillants suisses et, de manière plus générale, la concurrence sur le marché « *retail* » de la vente de livres, situé en aval du marché pertinent, a - par réflexion - exercé une pression disciplinante sur le comportement de la recourante.

Selon l'autorité inférieure, la concurrence résiduelle sur le marché « *retail* » n'a pas pu être un facteur disciplinant de l'offre sur le marché « *wholesale* ». En particulier, de nombreux paramètres économiques (tabelles, étiquetage, taux de suivi, etc.) auraient eu un effet limita-

tif sur la concurrence au niveau « *retail* ». En effet, indiquant que les détaillants peuvent demander que les livres leur soient remis avec une étiquette mentionnant le prix de vente final, l'autorité inférieure relève que, selon les indications des diffuseurs-distributeurs en audition, il s'agirait généralement du prix tabellisé si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix. En pratique, ce système, fortement incitatif, se serait traduit par un taux de suivi élevé des prix tabellisés sur le marché « *retail* » de la part des détaillants. L'étiquetage et le respect des prix tabellisés auraient ainsi facilité une coordination des prix par les acteurs économiques, laquelle aurait réduit la concurrence. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants aurait été d'autant moindre que ceux-ci auraient été en mesure de transférer sur les consommateurs finals le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs.

Il ressort du dossier que chaque diffuseur-distributeur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tabelles de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur-distributeur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur-distributeur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur-distributeur. C'est en cela que la concurrence sur le marché « *retail* » peut se répercuter sur les prix « *wholesale* » pratiqués par les diffuseurs-distributeurs suisses. En revanche, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché « *retail* », n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer un diffuseur-distributeur d'aller s'approvisionner chez un autre fournisseur s'il ne lui fait pas une plus grosse remise ou ne baisse pas ses tabelles ou encore ne lui offre pas de meilleures prestations de services dès lors que, comme déjà dit, en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent travailler avec les principaux diffuseurs-distributeurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution. Aussi, peu importe que la concurrence soit vive ou non sur le marché « *retail* » du livre écrit en français, elle ne se répercute pas sur la concurrence du côté de l'offre sur le marché pertinent.

14.4 Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché « *retail* » émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes - lesquels ne constituent toutefois pas des partenaires potentiels de l'échange - aurait, par effet réflexe, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante.

Selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période d'enquête environ 10 % de la vente de livres aux clients suisses. Il

n'est pas non plus contesté que, sur le marché « *retail* », les détaillants suisses ont, durant la période visée, subi la concurrence des entreprises actives sur Internet et des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (cf. acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente de leurs ouvrages. Toutefois, compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs-distributeurs une remise supérieure ou une baisse des tables afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci.

Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007: « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux: [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais, et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risque de mettre notre entreprise en péril économique » (cf. acte 21). La pression concurrentielle émanant du marché « *retail* » ne se répercute dès lors pas, par effet réflexe, sur le marché « *wholesale* », les détaillants étant tenus d'être en relation avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs sur le marché (cf. *supra* consid. 14.2). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008, les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les détaillants sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs, ni à [s']approvisionner en France en direct » (cf. acte 129).

Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché « *wholesale* ».

14.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pression concurrentielle exercée par les partenaires potentiels de l'échange en amont et en aval a été largement insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché « *wholesale* ».

15. Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède (cf. *supra* consid. 10 à 14), il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent, en effet, pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques, en raison des spécificités du marché du livre, de sorte que la question de la prise en compte de la concurrence au

niveau intermarques, en l'absence de concurrence sur le plan intramarque, peut demeurer ouverte. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est pratiquement inexistante.

Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée.

Il s'ensuit que les accords passés entre la recourante et OLF, prévoyant pour cette dernière l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 et 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

16. Illicéité de l'accord (art. 5 al. 1 LCart)

16.1 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). Les parties devant motiver leur recours et collaborer à l'établissement des faits, il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a; arrêt du TAF B-1845/2015 du 7 mars 2016 consid. 2). Le Tribunal administratif fédéral n'est pas non plus lié par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 300 s. no 2.2.6.5). Il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été allégués, ou confirmer la décision attaquée quant à son résultat avec une autre motivation que celle adoptée par l'instance inférieure (substitution de motifs; cf. ATAF 2007/41 consid. 2). Toutefois, si le tribunal fonde sa décision sur des dispositions avec l'application desquelles les parties n'avaient pas à compter, il doit leur donner l'occasion de s'exprimer au préalable à ce sujet (cf. ATAF 2007/41 consid. 2).

Dans sa décision, l'autorité inférieure a fondé son raisonnement sur la prémisse que les accords conclus entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution de l'ensemble des ouvrages diffusés par la recourante sur le territoire suisse interdisaient les ventes passives. Ce raisonnement ne peut être entièrement repris puisque, comme on l'a vu, il faut distinguer selon que les ouvrages diffusés en Suisse sont également édités par le groupe Flammarion ou qu'ils sont édités par des tiers; l'exclusivité octroyée par la recourante et l'engagement pris par cette dernière de ne pas ouvrir de comptes pour les détaillants suisses ne tombent sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart que s'agissant des ouvrages édités par des tiers (cf. *supra* consid. 9.8). Il convient toutefois d'examiner si la position de l'autorité inférieure peut être confirmée par substitution de motifs et de déterminer, ainsi, si les accords passés entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse des ouvrages édités par la recourante et le groupe Flammarion sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

16.2 Il y a lieu de préciser, à titre liminaire, que de déterminer si l'accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1

LCart et s'il entraîne notamment la suppression de la concurrence efficace, sans toutefois tomber sous le coup d'un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart, est une question de droit fédéral que le Tribunal administratif fédéral vérifie d'office. Il ne s'agit pas en outre d'un aspect dont les parties ne pouvaient envisager la pertinence en l'espèce, puisque la décision entreprise en traite sous l'angle du renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart et que la recourante a formulé certains griefs sur ce point.

16.3 Ainsi, le fait qu'un accord ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart n'enlève en effet rien au fait qu'il peut se révéler illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 8 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.4 s.).

Sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, d'une part les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, et, d'autre part, les accords qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 4.1). Dans le cas de ces derniers, une justification par des motifs d'efficacité économique n'est pas possible (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 552; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 212 no 439; WEBER/VOLZ, op. cit., p. 95 no 2.176). Si l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut alors examiner s'il affecte la concurrence de manière notable sur le marché de certains biens ou services (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5; WEBER/VOLZ, op. cit., p. 128 s. no 2.308 et 2.313). Dans l'affirmative, il faut ensuite examiner si l'accord est justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

Il s'ensuit que, en dehors des états de fait prévus par le législateur à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, lesquels ne créent qu'une présomption de suppression de la concurrence efficace, dite suppression peut être directement prouvée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 4.1; ZIRLICK/BANGERTER, op. cit., art. 5 p. 451 no 88).

16.4 Ceci étant, il a été constaté ci-dessus qu'il n'existait, sur le marché de référence, aucune concurrence tant sur le plan intramarque (cf. *supra* consid. 12.6) qu'intermarques (cf. *supra* consid. 13.5), et ce s'agissant de l'ensemble des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse. De même, la pression exercée par les partenaires potentiels de l'échange n'a pas permis de discipliner le comportement de la recourante sur le marché « *wholesale* » (cf. *supra* consid. 14.5).

16.5 Il s'ensuit que, dans de telles circonstances, les accords passés entre la recourante et OLF octroyant à celle-ci l'exclusivité de la distribution en Suisse des ouvrages édités par le groupe Flammarion et prévoyant l'engagement pour la recourante 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.

17. Affectation notable de la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

Subsidiairement, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée et qu'il subsiste - par conséquent - une concurrence sur le plan intramarque, les accords portant sur les ouvrages des éditeurs externes au groupe seraient saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

Lorsque l'accord ne conduit pas à une suppression de la concurrence efficace, il faut en effet examiner s'il affecte de manière notable sur le marché de référence et s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique.

17.1 Il est reconnu que le seuil de notabilité peut être atteint avec des critères quantitatifs et qualitatifs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 5.2.1). Il n'en résulte pas qu'une importance quantitative et une importance qualitative soient l'une et l'autre nécessaires. Au contraire, dans son arrêt *Gaba*, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.6); il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.2). Or, l'utilisation d'une méthode quantitative, déduite des modèles économiques, pour déterminer les parts de marché ou le chiffre d'affaires est moins appropriée pour élucider rapidement si le seuil de notabilité est atteint, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs, découlant du texte de la loi (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.1; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). Les termes « affectent de manière notable la concurrence » ne distinguent pas entre deux sortes d'importance; l'art. 5 al. 1 LCart n'en requiert qu'une seule (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2). Elle peut être constatée tant quantitativement que qualitativement (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

A cet égard, les débats parlementaires des années 2002 et 2003 sur la révision de la loi sur les cartels ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. Fässler BO 2002 N 1440; Meier-Schatz BO 2002 N 1295; Schiesser BO 2003 E 329; Büttiker BO 2003 E 330). En 1995 déjà, le Conseil fédéral avait laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, 561 ch. 231.4).

De même, il ressort des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart, ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale; le renversement

de la présomption ne se réfère en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait de la concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords particulièrement dommageables énumérés aux art. 5 al. 3 et 4 LCart sont nécessairement ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.5), de sorte qu'il n'est pas nécessaire pour ceux-ci de déterminer où se trouve exactement le seuil de notabilité.

Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe, dans ce cas, plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par-là même, la sécurité du droit (ch. 12 par. 1 let. a CommVert; cf. ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1 et 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.2).

17.2 Partant, il y a lieu de retenir que, même en supposant que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée s'agissant des accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, ceux-ci affectent notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

18. Existence de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 LCart)

Les accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.3.1 et 144 II 194 *BMW* consid. 4.4.1 et 4.5).

18.1 Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de fabrication, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement les ressources (let. a), et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (let. b).

Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord: l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique, la nécessité de l'accord pour atteindre le motif d'efficacité visé et l'impossibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées. Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 7.1 et 144 II 246 *Altimum* consid. 13).

La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; arrêt du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007 *Sammelrevers* consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que conformément à la notion d'efficacité éco-

nomique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 no 256 et 272 s.). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 499 no 272). Néanmoins, seuls des motifs économiques peuvent entrer en ligne de compte à l'exclusion de justifications non-économiques, notamment culturelles ou politiques (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.1; BORER, op. cit., art. 5 p. 87 no 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 498 no 270).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3; XOUDIS, op. cit., p. 331 s.). Fondé sur dite disposition, le ch. 16 par. 3 CommVert indique que les accords qui affectent la concurrence de manière notable, sauf situations non réalisées en l'espèce, doivent être soumis à un examen au cas par cas. Les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché, la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels, la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (parasitisme) (ch. 16 par. 4 let. a-d CommVert). Il est en outre généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; REYMOND, op. cit., art. 6 p. 616 no 122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

18.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires de distribution en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

La recourante fait valoir que son système de distribution serait justifié par des motifs d'efficacité économique, dans la mesure où il est nécessaire pour assurer le droit de retour.

L'autorité inférieure conteste que le système de distribution de la recourante ait eu des effets pro-concurrentiels.

Si elle ne nie ni l'importance du droit de retour, ni l'aptitude du régime d'exclusivité à contrôler les flux allers et retours des ouvrages, elle considère que celui-ci n'est pas nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle relève que plusieurs diffuseurs-distributeurs ont exposé d'autres modalités permettant un contrôle du flux retour afin d'éviter des renvois croisés, notamment une solution basée sur le taux de retour ou le marquage des livres. En outre, elle fait valoir qu'un régime d'exclusivité ne profite pas économiquement à tous dès lors que les détaillants, privés de concurrence dans leur approvisionnement, reportent sur les consommateurs finals leur prix d'achat, le cloisonnement du marché suisse étant à l'origine du niveau de prix élevé sur le territoire suisse.

18.3 En l'espèce, l'exclusivité octroyée par la recourante à OLF a pour effet de cloisonner le territoire suisse, la concurrence intramarque et intermarques étant pratiquement inexistante sur le marché pertinent. Il s'ensuit que les accords sur lesquels dite exclusivité repose sont particulièrement néfastes pour la concurrence. Aussi et en application du principe de la proportionnalité, la mise en place d'une telle protection territoriale doit répondre à un besoin particulier. Dans ce contexte, le fonctionnement du droit de retour ne justifie nullement une telle restriction à la concurrence. En effet, il existe d'autres mécanismes - basés par exemple sur le taux de retour ou sur un système de marquage - permettant d'assurer ce fonctionnement. Ainsi, une exclusivité ayant pour effet de cloisonner le territoire suisse n'apparaît ni être nécessaire ni avoir un effet pro-concurrentiel.

18.4 Dans ses écritures, la recourante a sollicité qu'une instruction complète soit menée sur la question de la justification économique si le tribunal devait retenir qu'elle fût partie à un accord affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart; elle a, en particulier, requis qu'un délai lui soit imparti pour faire valoir, le cas échéant, des moyens de preuve supplémentaires.

18.4.1 Il y a lieu de rappeler que, selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en droit public (cf. *supra* consid. 9.3.1), l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés; elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe ni dans l'arbitraire, ni ne viole l'art. 8 CC (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4.2 et 140 I 285 consid. 6.3.1; arrêt du TF 1C_1/2015 du 10 août 2015 consid. 2.1). Conformément aux principes précités, les autorités doivent, sur la base des faits établis, examiner l'existence d'éléments propres à justifier la restriction à la concurrence constatée. Elles ne sont pas pour autant tenues de prouver l'inexistence de tels motifs (cf. arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 10.3.5.3).

En effet, dès lors qu'une restriction à la concurrence n'est justifiée qu'en présence de motifs d'efficacité économique réels, le simple fait de ne pas pouvoir exclure leur existence ou leur éventualité ne suffit pas à admettre la licéité d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. La recourante subit, dans ces circonstances, les conséquences de l'absence de preuve et supporte objectivement le fardeau de celle-ci (cf. arrêt 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

18.4.2 En l'espèce, la question de la justification de l'accord a fait l'objet d'une instruction complète sur la base des éléments au dossier. Il revenait à la recourante, dès lors qu'elle contestait dans sa réplique l'analyse de l'autorité inférieure sur ce point de produire, à l'appui de son argumentaire, les moyens de preuve qu'elle jugeait utiles. Par ailleurs, le tribunal a procédé à plusieurs échanges d'écriture ultérieurs et à une audience d'instruction; la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a ainsi bénéficié, lors de l'instruction de la cause, de tout le temps nécessaire pour étayer son propos. Le tribunal est ainsi en droit de clore l'instruction sans inviter la recourante à compléter son argumentaire juridique et ses moyens de preuve dès lors que le dossier de la cause lui permet de se forger l'opinion que les présents accords ne sont nullement justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Il n'y a ainsi pas lieu de donner suite à la requête de la recourante.

18.5 Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution mis en place par la recourante, ayant impliqué l'interdiction des ventes passives des ouvrages des éditeurs externes au groupe, ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

Mal fondés, les griefs doivent être rejetés.

19. Sanction (art. 49a al. 1 LCart)

Il y enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne une sanction.

19.1 Selon l'art. 49a al. 1 LCart, une entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En application de dite disposition, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

19.1.1 Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère quasi-pénal (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2), les art. 1^{er} CP et 7 par. 1 CEDH - consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) - trouvent application en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a tranché la question de savoir si l'art. 49a al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analysaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9). Se fondant sur les méthodes

d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 », il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, l'art. 49a al. 1 LCart renvoie à l'ensemble des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement des prix, qui restreignent les quantités à produire, à acheter ou à fournir, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux ainsi qu'aux accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe et qui attribuent des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

A l'inverse, les accords qui suppriment la concurrence efficace - ou qui l'affectent notablement sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique - sans toutefois être visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 3 ou 4 sont exclus du champ d'application de l'art. 49a al. 1 LCart.

19.1.2 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les accords passés entre la recourante et OLF prévoyant pour cette dernière l'exclusivité des ouvrages édités par des éditeurs externes au groupe et diffusés par la recourante en Suisse ainsi que l'engagement pris par la recourante de ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des détaillants suisses ont impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés actifs hors du territoire réservé à OLF, étant rappelé que la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion ont agi en tant que « fournisseur agréé » desdits ouvrages, entre autres, sur le territoire français. Par conséquent, ils sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart et peuvent être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence serait renversée (cf. *supra* consid. 17).

En revanche, les accords passés entre la recourante et OLF prévoyant pour cette dernière l'exclusivité des ouvrages édités par le groupe Flammarion n'ont pas impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, dès lors que la recourante et les autres sociétés du groupe Flammarion ont agi en tant que « producteur » desdits ouvrages, quand bien même ils ont conduit à la suppression de la concurrence efficace. Par conséquent, ils ne peuvent être sanctionnés.

19.2 Imputabilité de la sanction

Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, qu'elle a participé à des accords illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Ainsi, les éléments objectifs de l'infraction sont réalisés. Il reste à

examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

19.2.1 La recourante conteste qu'une infraction à la loi sur les cartels puisse lui être imputée. Elle soutient que la décision attaquée lui attribue les comportements prétendument illicites d'autres diffuseurs-distributeurs, sans distinction entre eux, dans la mesure où elle retient que « tous les systèmes de distribution [...] ont expressément contenu des clauses contractuelles établissant un régime d'exclusivité saisissant les ventes passives », ce qui ne serait pas propre à prouver que les diffuseurs-distributeurs impliqués avaient conscience de l'illicéité de leurs pratiques. Elle reproche encore à l'autorité inférieure de n'avoir démontré par aucun élément probant que la recourante aurait consciemment mis en oeuvre un système de distribution interdisant les ventes passives. La recourante avance encore qu'une éventuelle restriction des importations parallèles ne serait pas de son fait, dès lors qu'elle n'aurait jamais refusé un approvisionnement direct depuis la France. Enfin, elle n'aurait eu aucune raison de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition.

19.2.2 Il y a donc lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Elles doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; arrêt B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, *Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz*, in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Comco (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En outre, la jurisprudence et la doctrine sont d'avis qu'un transfert de responsabilité est admissible entre une filiale et une société mère, d'autant plus lorsque celles-ci forment un groupe et constituent partant une seule et même entreprise au sens de l'art. 2 LCart. Aussi, il est possible de sanctionner la filiale pour des accords conclus entre des sociétés du groupe et des tiers (cf. arrêts B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.4 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 74 et 577 ss; ROBERT ROTH, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd. 2013, rem. art. 49a -53 p. 1496 s. no 34 ss).

19.2.3 La révision de l'art. 5 LCart et l'introduction de l'art. 49a LCart sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante a été partie à des accords prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages d'éditeurs externes au groupe Flammarion et diffusés par la recourante sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés. A cet effet, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique; elle ne peut pas raisonnablement soutenir qu'elle n'avait aucun motif de penser que son comportement pouvait être contraire à l'art. 5 al. 4 LCart avant l'extension de l'enquête de la Comco à des comportements relevant de cette disposition. De même, lesdits contrats ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par des fournisseurs agréés externes au groupe n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. *supra* consid. 9.6.1 ss). La recourante ne peut dès lors prétendre qu'il n'existe aucun élément probant à même de démontrer que la sanction lui était imputable. Enfin, dès lors que la violation par négligence d'un devoir de diligence suffit, l'argumentaire de la recourante selon lequel elle n'avait pas conscience de l'illicéité de son comportement ne saurait prospérer. La recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

19.2.4 Il s'ensuit que, contrairement à ce que prétend la recourante, celle-ci devait savoir que les accords auxquels elle a été partie durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes passives et, partant, tombaient ou, à tout le moins, étaient susceptibles de tomber sous le coup des art. 5 al. 4 et 49a LCart. En ayant maintenu une telle interdiction non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart, mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat, la recourante ne peut valablement soutenir avoir agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est dès lors imputable.

19.2.5 A noter que, dès lors que la recourante et le groupe Flammarion formaient, avec le groupe Madrigall, deux entreprises indépendantes au sens de l'art. 2 al. 1 LCart durant l'entier de la période de l'enquête, l'éventuel prononcé d'une sanction à l'égard de l'une des sociétés du groupe Madrigall ne ferait pas obstacle au prononcé d'une sanction à l'encontre de la recourante; cette dernière ne le prétend d'ailleurs pas.

19.3 Montant de la sanction

La recourante fait valoir encore plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

19.3.1 Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir mal apprécié la gravité des infractions reprochées, la décision attaquée ne tenant aucun compte des particularités de chaque diffuseur-distributeur. Elle soutient que les accords incriminés n'ont pas été en mesure d'entraver la concurrence durant toute la période de l'enquête, mais uniquement lorsque des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé. Dès lors que les détaillants principaux ont affirmé qu'ils n'avaient pas d'intérêt à s'approvisionner à l'étranger avant que le franc suisse n'entame son mouvement de hausse, soit environ en 2011, aucun des comportements incriminés ne serait passible de sanction avant l'année 2011. Elle affirme également qu'il n'a pas été tenu compte du fait qu'elle n'avait jamais refusé de demande d'importation parallèle et qu'elle est le seul diffuseur-distributeur à les avoir accepté volontairement en 2012. Enfin, elle souligne qu'il a été tenu compte de la capacité contributive de l'entier du groupe Flammarion et non de sa seule capacité contributive.

19.3.2 L'autorité inférieure précise avoir retenu un pourcentage conforme à l'art. 49a LCart et à l'art. 3 OS LCart pour ce type de violation et que des possibilités d'arbitrage ont existé durant l'entier de la période retenue. L'autorité inférieure rappelle qu'une réduction ne peut être accordée que si l'imposition d'une sanction mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise et qu'il y a lieu, à ce titre, de tenir compte de la capacité des actionnaires à la recapitaliser. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y aurait lieu de tenir compte d'un éventuel sauvetage de ses actifs. Eu égard à la situation financière du groupe Flammarion - racheté en 2012 par le groupe Madrigall -, il n'y aurait pas lieu de réduire la sanction.

19.3.3 Le montant d'une sanction est fixé conformément à l'art. 49a LCart et à l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5), arrêtée par le Conseil fédéral en application de l'art. 60 LCart.

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart; cf. ATF 137 II 199 *Swisscom Terminierung* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.1). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72).

Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS

LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 S LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après: les notes explicatives OS LCart], disponibles en ligne [cf. < <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>, consulté le 30 octobre 2019 >]; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

En vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés pertinents en Suisse - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10 % de ce dernier - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée; la sanction se rattache par là-même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 622).

S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, l'art. 9 al. 3 LCart ainsi que les art. 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent - concerné par la restriction à la concurrence et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour le calcul de la sanction maximale, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. les notes explicatives OS LCart).

En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisé par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts B-831/2011 précité *Six Group* consid. 1576 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P *Pilkington Group et al. contre Commission*, point 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour le calcul du montant de base de la sanction se définit par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE (cf. les notes explicatives OS LCart). Il s'agit du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. *supra* consid. 11). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché dans le cadre du calcul de la sanction (cf. arrêt B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 723).

Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de prendre en compte la date de la décision prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 49a no 10 p. 359). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - eu égard au message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels de 2004 (cf. message LCart 2001, FF 2002 1911, 1925 s. ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là-même d'écarter la possibilité d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, le Tribunal administratif fédéral a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est, le cas échéant, majoré selon la durée de la pratique anticoncurrentielle. Si celle-ci a une durée d'un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si elle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et sa réduction en présence de circonstances atténuantes.

Ainsi, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est majoré, notamment lorsqu'une entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart (art. 5 al. 1 let. a OS LCart), qu'elle a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé selon une détermination objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart) ou qu'elle a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5 al. 1 let. c OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant calculé selon les art. 3 et 4 OS LCart est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction (art. 5 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art. 5 al. 2 let. b OS LCart).

Le montant est toutefois réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat de la Commission de la concurrence, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart (art. 6 al. 1 OS LCart). Dans le cas de restrictions à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart, le montant de la sanction calculé selon les art. 3 et 4 est encore réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif (art. 6 al. 2 let. a OS LCart) ou si elle n'a pas mis en oeuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art. 6 al. 2 let. b OS LCart).

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité conformément à l'art. 5 al. 2 Cst. (art. 2 al. 2 OS LCart). En principe, une sanction ne peut être infligée que si la compétitivité des entreprises est préservée. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à mettre en péril l'existence de l'entreprise et ne doit pas conduire à sa faillite, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2 non publié dans l'ATF 139 I 72). Le montant de la sanction doit donc se trouver dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le préjudice financier doit être suffisamment important pour que la participation à une infraction ne se révèle pas avantageuse (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

19.3.4 L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

19.3.4.1 Elle a, dans un premier temps, établi en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, correspondant à 10 % de la somme des chiffres d'affaires réalisés par la recourante en 2009, 2010 et 2011, à savoir [...] francs.

La recourante ne formulant aucun grief quant à ce montant, il y a lieu de confirmer le montant maximal de la sanction retenu par l'autorité inférieure.

19.3.4.2 Dans un deuxième temps, l'autorité inférieure a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a tout d'abord soustrait des chiffres d'affaires précités les revenus réalisés en dehors du marché pertinent. Elle a retenu que le chiffre d'affaires réalisé, sur le marché perti-

nent, lors des exercices 2009 à 2011 était de [...], soit un montant de base maximal de [...] francs.

En tant que le montant de base de la sanction se fonde sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre le chiffre d'affaires réalisé avec les éditeurs externes au groupe Flammarion et celui réalisé avec les éditeurs appartenant au groupe. Dès lors que ceux-ci font tous partie du marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique, il n'y a en effet pas lieu d'écarter les premiers et de délimiter à nouveau le marché au stade du calcul de la sanction.

Au surplus, la recourante ne formule aucun grief à l'égard de ce montant. Partant, il y a lieu de confirmer le montant de base maximal retenu par l'autorité inférieure.

19.3.4.3 L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type des infractions, de même que le profit présumé réalisé par la recourante. Elle a indiqué que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles doit être particulièrement protégée et est essentielle pour la concurrence. Ainsi, elle retient que des comportements illicites cloisonnant le marché constituent des infractions graves à la loi sur les cartels, *a fortiori* lorsque plus de 95 % du marché pertinent est concerné. Compte tenu de cela, elle admet que le profit présumé réalisé par la recourante en raison de ce comportement est difficile à estimer ou mesurer, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de la recourante. Elle considère partant qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle doit être retenu. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon sa pratique, fixé à 4 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent. Partant, le montant de base ainsi calculé est de [...] francs (4 % de [...] francs).

Il convient de rappeler, à titre liminaire, qu'il ne peut pas être reproché aux éditeurs - en tant que producteur - de s'interdire de vendre à des détaillants actifs sur le territoire suisse.

Les griefs soulevés par la recourante, selon lesquels celle-ci n'aurait jamais refusé de demande d'importations parallèles, que sa situation serait différente de celle des autres diffuseurs-distributeurs et que des possibilités d'arbitrage n'auraient pas existé durant toute la période de l'enquête ont déjà été traités dans le cadre de l'examen de l'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. Il a en effet été établi que, sur l'ensemble du catalogue diffusé par la recourante en Suisse durant la période de l'enquête, seuls les accords portant sur l'exclusivité de la distribution des ouvrages des éditeurs externes au groupe Flammarion entraient dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart et pouvaient partant être sanctionnés. Aussi, il n'y a pas lieu d'examiner à nouveau les griefs de la recourante dans le cadre de la fixation de la sanction.

Ainsi, il ressort qu'une part non négligeable du fond diffusé par la recourante en Suisse a été produite par des éditeurs du groupe.

Il s'ensuit que la quantité d'ouvrages concernée par des accords d'attribution de territoires illicites et sanctionnables a dès lors été relativement plus faible durant la période de l'enquête que ce que l'autorité inférieure a

retenue. Partant, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords, s'ils justifient qu'une sanction soit prononcée, ne sont toutefois pas aussi graves que ce que l'autorité inférieure prétend. Dans ces circonstances, le pourcentage de 4 % retenu par l'autorité inférieure est excessif. Il convient de réduire celui-ci à 3 % et de fixer le montant de base, compte tenu de la gravité de la sanction, du type d'infraction et des profits réalisés par la recourante à [...] francs (3 % de [...] francs).

Compte tenu de la durée de l'infraction, l'autorité inférieure a majoré le montant de base de 50 %. L'argument de la recourante selon lequel il y aurait lieu de tenir compte de ce que des possibilités d'arbitrage suffisantes n'ont pas existé durant l'entier de la période de l'enquête a déjà été examiné dans le cadre de la fixation du montant de base, de sorte qu'il n'y a pas lieu à ce stade d'en tenir compte une nouvelle fois. De même, la durée du comportement incriminé ne dépend pas de l'extension de l'enquête à l'art. 5 LCart, mais résulte bien de la participation par la recourante à des accords illicites durant la période précitée. Partant, le comportement de la recourante ayant duré continuellement entre 2005 et 2011, il y a lieu de retenir qu'une majoration jusqu'à 70 % aurait été possible compte tenu de l'art. 4 OS LCart. Partant, la majoration de 50 % retenue par l'autorité inférieure est conforme au droit et tient compte des circonstances.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la majoration retenue par l'autorité inférieure. Partant, le montant majoré - compte tenu du montant de base retenu par le tribunal ci-dessus - est de [...] francs.

19.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a tenu compte des circonstances aggravantes et atténuantes. La recourante rappelle n'avoir jamais refusé de demande d'importation parallèle et avoir été la seule entreprise à être entrée volontairement en discussion avec les détaillants en 2012 pour un approvisionnement direct depuis la France.

Au préalable, il y a lieu de relever que l'art. 6 OS LCart ne contient pas une liste exhaustive des circonstances atténuantes (cf. notes explicatives OS LCart ad art. 5 et 6; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 49a LCart p. 1518 no 42). Ainsi, l'autorité inférieure dispose d'une large marge de manoeuvre dans l'appréciation et la pondération des circonstances atténuantes.

En l'occurrence, la recourante a avancé qu'elle était entrée volontairement en 2012 en discussion avec les détaillants pour un approvisionnement direct depuis la France. Elle reprochait à l'autorité inférieure de ne pas en avoir tenu compte dans le calcul de la sanction. Il sied de relever que les éléments de fait avancés par la recourante sont postérieurs à la période de l'enquête, lorsque la procédure devant l'autorité inférieure en était à un stade très avancé. Il a au contraire été établi que des importations parallèles n'avaient pas été possibles durant l'entier de la période de l'enquête, y compris s'agissant des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse. Il s'ensuit qu'aucune des circonstances atténuantes avancées par la recourante dans le cadre de son recours ne justifie une réduction de la sanction.

Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause l'analyse des circonstances atténuantes effectuée par l'autorité inférieure. Il ne se justifie dès lors pas de réduire le montant de la sanction à ce titre.

19.3.4.5 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a tenu compte enfin de la capacité contributive de la recourante. En raison de son appartenance au groupe Flammarion, dont le chiffre d'affaires s'élevait en 2011 à [...] millions d'euros (cf. ch. 755 de la décision attaquée), du montant de la sanction relativement audit chiffre d'affaires et des profits nets cumulés sur la période de l'enquête de la recourante, l'autorité inférieure a exclu une réduction du montant de la sanction. La recourante fait grief à l'autorité inférieure d'avoir tenu compte de la capacité contributive du groupe Flammarion, ignorant ainsi son risque de faillite en raison du montant de la sanction prononcée.

Dans sa pratique, l'autorité inférieure considère la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction (cf. Comco, DPC 2016/II p. 384, *Altimum*, ch. 341 ss).

En droit européen, dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende n'est accordée sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne peut être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur (ch. 35 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, JO C 210/02 du 1^{er} septembre 2006). Dans sa pratique, la Commission a précisé que la capacité des actionnaires de recapitaliser l'entreprise peut être prise en considération. Ainsi, au-delà d'une éventuelle faillite de l'entreprise, il y a encore lieu de considérer l'éventuel sauvetage des actifs de l'entreprise. Si un tel sauvetage peut intervenir, une réduction de la sanction au titre de la capacité contributive de l'entreprise n'entre pas en ligne de compte (cf. décision de la Commission du 30 juin 2010, COMP/38.344, *Prestressing Steel*, ch. 1136 ss; ég. arrêt du Tribunal du 5 octobre 2011 T-39/06 *Transcatlab* contre Commission, Rec. 2011 II-06831 point 224).

Partant, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure la capacité des actionnaires de recapitaliser la recourante permettrait de sauver ses actifs. En l'occurrence, la recourante est détenue à [...] % par Flammarion FR, laquelle fait partie du groupe Flammarion. En 2011, le chiffre d'affaires du groupe s'élevait à [...] millions d'euros, le prononcé d'une sanction de [...] francs correspondant à 0.42 % de ce chiffre. De plus, le profit net cumulé sur la période de l'enquête réalisé par la recourante s'élève à [...] francs (cf. ch. 755 ss de la décision attaquée). Ces critères, retenus par l'autorité inférieure et contre lesquels la recourante ne formule aucun grief quant à leur pertinence, suffisent à eux seuls à retenir l'existence d'une importante capacité de recapitalisation de la recourante.

Il s'ensuit qu'une réduction de la sanction doit être exclue au sens de la pratique européenne, laquelle peut être reprise en droit suisse.

A titre superfétatoire, il y a lieu de relever que l'autorité inférieure a tenu compte de la capacité contributive de trois diffuseurs-distributeurs pour réduire la sanction (Servidis, Transat et Albert le Grand). Pour ce faire, elle a retenu le montant de leurs fonds propres à la fin de l'exercice 2011 et a établi la sanction à un plafond inférieur de 100'000 francs à leurs fonds propres fin 2011. La recourante ne formule aucun grief quant au plafond inférieur de 100'000 francs de fonds propres retenu par l'autorité inférieure. Partant, il n'y a pas lieu de s'éloigner de cette méthode de calcul.

En l'espèce, la recourante a produit ses comptes pour l'exercice 2011, desquels il ressort qu'elle disposait de fonds propres d'un montant de [...] francs à la fin 2011 (cf. acte 699a annexe 16). Il s'ensuit que, selon la méthode de calcul employée par l'autorité inférieure, une sanction de [...] francs serait proportionnée même s'il fallait tenir compte uniquement de la capacité contributive de la recourante et non de celle du groupe Flammation. En l'occurrence, dès lors que le montant de la sanction s'élève seulement à [...] francs, il n'y aurait dans tous les cas pas lieu de le réduire même en tenant compte uniquement de la capacité contributive de la recourante.

19.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être réformée, en ce que la sanction prise à l'encontre de la recourante doit être fixée à [...] francs.

20. Mesures destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence

En outre, même si la recourante ne conteste pas directement l'interdiction qui lui a été faite 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, il convient de confirmer cette mesure.

En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à supprimer ladite restriction (art. 30 al. 1 LCart; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 30 p. 1283 no 24 s.; PATRIK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd. 2013, art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans les mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. IZUMI/KRIMMER, op. cit., art. 30 p. 1283 no 25; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, p. 509 no 12.85). De plus, selon l'art. 50 1^{re} phrase LCart, l'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre

d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux aient été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction faite à la recourante 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.

21. Emoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure

21.1 S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendu. Elle estime que l'autorité inférieure devait motiver comment elle parvenait à un montant total des frais s'établissant à 988'195 francs, la décision attaquée ne mentionnant pas le nombre d'heures total consacré à l'affaire ni leur répartition en fonction du taux horaire applicable. Elle se plaint au surplus que l'autorité inférieure devait retrancher du montant des émoluments les frais occasionnés par les investigations et démarches procédurales menées en relation avec un éventuel abus de position dominante et son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix et à un accord horizontal d'attribution de territoire.

21.2 Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comporte l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 138 V 32 consid. 2.2 et 134 I 83 consid. 4.1).

21.3 En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2), l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier, les parties concernées qui ont occasionné une enquête, si les indices existants au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

21.4 En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision attaquée que les émoluments étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que dites investigations étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart.

Le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure ensuite ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs-distributeurs suisses de livres

écrits en français avaient passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux détaillants actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones; ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-ci ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux accords d'attribution de territoire; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs-distributeurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. Il s'ensuit que le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs-distributeurs condamnés.

21.5 Il ressort de la décision attaquée que les frais relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart se montent, pour les treize diffuseurs-distributeurs concernés par celle-ci, à 988'200 francs. Si l'on tient compte d'un tarif horaire moyen, en application de l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, de 200 francs, l'on obtient un total d'heures de 4'941, soit 380 heures par partie. Bien que conséquent, le temps consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure à l'examen des infractions visées par l'art. 5 LCart n'apparaît pas excessif, compte tenu de la durée de la procédure y relative (près de deux ans et demi), de la nature et de la difficulté de l'affaire ainsi que des mesures d'investigation entreprises.

Il s'ensuit qu'avec un tarif horaire moyen se situant dans le bas de l'échelle contenue à l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart et donc avec des heures de travail largement comptées, l'on obtient un total qui n'apparaît en aucun cas excessif en relation avec l'examen des accords visés à l'art. 5 LCart.

Au demeurant, il convient encore de préciser que la réformation partielle de la décision attaquée ne justifie ni l'abandon, ni une diminution des frais imputés à la recourante. En effet, si l'autorité inférieure a mal qualifié les accords conclus entre la recourante et OLF portant sur l'exclusivité de la distribution des ouvrages des éditeurs du groupe Flammarion, il n'en demeure pas moins que le comportement illicite de la recourante est à l'origine de l'enquête et de la décision attaquée. Les frais liés au travail de l'autorité inférieure ne dépendent, en définitive, pas de la fixation de la sanction, mais bien de la détermination de l'existence d'un comportement contraire à la loi sur les cartels.

Au surplus, les frais d'un montant de 988'200 francs ont été répartis entre les diffuseurs-distributeurs, à l'exception des frais incombant aux trois diffuseurs-distributeurs pour lesquels les charges ont été entièrement abandonnées, les dix diffuseurs-distributeurs condamnés devant payer solidairement un émolument total de 760'150 francs (cf. ch. 775 de la décision attaquée).

21.6 Sur le vu de ce qui précède, rien ne permet de remettre en cause le montant des frais de procédure devant l'autorité inférieure. Partant, quand bien même l'autorité n'a pas indiqué le détail du calcul de l'émolument, il ne ressort en l'espèce pas que l'autorité inférieure aurait violé le droit d'être entendu de la recourante; celle-ci ayant pu formuler des griefs à l'encontre du calcul de l'émolument et le tribunal ayant pu exercer son contrôle, une violation du droit d'être entendu serait de toute manière réparée.

Mal fondé, le grief doit être rejeté.

22. Conséquences

Le recours doit être partiellement admis et la décision de l'autorité inférieure partiellement réformée, en tant qu'elle condamnait la recourante au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart de [...] francs. Il y a lieu de réduire le montant de cette sanction à [...] francs.

En revanche, dans la mesure où le tribunal parvient à la conclusion que les accords passés entre la recourante et OLF, prévoyant notamment l'exclusivité de la distribution des ouvrages diffusés par la recourante en Suisse et l'engagement pour celle-là de ne pas avoir de comptes ouverts à Paris pour des clients suisses, ont supprimé la concurrence sur le marché de référence, ou à tout le moins, l'ont affecté notablement, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, la décision attaquée doit être confirmée, en tant qu'elle interdit à la recourante 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.

De même, il y a lieu de confirmer la décision attaquée, en tant qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

23. Frais et dépens

23.1 S'agissant des frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, ils sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause.

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir la totalité des frais de procédure. En effet, la sanction prononcée à l'encontre de la recourante ayant été réduite, il fait partiellement droit aux conclusions de la recourante. Aussi, il se justifie, compte tenu de l'importance que représente la sanction pour la recourante, de mettre à sa charge des frais de procédure réduits à 11'250 francs. Ce montant est imputé sur l'avance de frais de 15'000 francs perçue le 21 août 2013. Le solde de 3'750 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

23.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement

gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF); le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Aucun dépens ni frais de procédure ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (art. 64 PA; cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2).

En l'espèce, la recourante qui obtient partiellement gain de cause et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens réduits.

23.2.1 En date du 15 janvier 2016, le mandataire de la recourante a produit une note de frais s'élevant à 107'546.34 francs pour la procédure devant l'autorité inférieure et à 107'270.06 francs pour la procédure de recours (TVA non incluse). Conformément à la jurisprudence fédérale (cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2), seuls sont pris en compte les dépens et les frais liés à la présente procédure.

La note de frais a été établie sur la base d'un tarif horaire de 300 francs pour les avocats et de 200 francs pour les avocats-stagiaires. Le temps consacré à la rédaction des différentes écritures par les avocats comprend 150.7 heures pour la rédaction d'un recours de 66 pages, 103.9 heures pour la rédaction d'une réplique de 36 pages et 12.95 heures pour la rédaction de déterminations sur la duplique de 2 pages. En outre, 77.7 heures ont été dédiées à la préparation de l'audience d'instruction et à la rédaction de notes de plaidoiries de 18 diapositives. Les avocats-stagiaires ont été occupés 16.55 heures pour la rédaction des différentes écritures. Enfin, les débours s'élèvent à 385.06 francs.

23.2.2 Le tribunal s'intéresse d'abord au temps de travail des avocats. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est référé, de manière indicative, aux résultats d'une étude de 2005 commandée par la Fédération suisse des avocats (FSA) à l'Université de Saint-Gall (URS FREY/HEIKO BERGMANN, Bericht: Studie Praxiskosten des schweizerischen Anwaltsverbandes, Saint-Gall 2005) (cf. ATF 132 I 201 consid. 8.7; arrêt du TF 6B_659/2017 du 6 mars 2018 consid. 2.7.3). Cette étude estimait notamment les frais généraux des avocats en tenant compte des heures de travail facturables, les heures non facturées étant cofinancées par les heures facturées. Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de s'écarter de ce principe de calcul, permettant d'évaluer les charges effectives fondées sur des moyennes d'heures facturées annuellement, et non un coût théorique tenant compte du temps global passé à l'étude. Selon l'étude effectuée par FREY/BERGMANN pour l'année 2012 (cf. URS FREY/HEIKO BERGMANN, Etude sur les frais professionnels de la Fédération suisse des avocats [année de référence 2012], Saint-Gall 2014, dont les résultats ont été résumés dans

la Revue de l'avocat 8/2014 p. 325 ss), il a été tenu compte de 1'386 heures facturables pour un avocat à temps complet sur un an (cf. FREY/BERGMANN, op. cit. 2014, p. 14). En tenant compte de 231 jours de travail par année à Genève, cela correspond à 6 heures journalières facturées.

Il apparaît d'emblée que les 150.7 heures nécessaires à la rédaction du recours sont excessives. Compte tenu d'une moyenne de 6 heures journalières facturées, elles correspondent à 25 jours de travail. Certes, le dossier de l'autorité inférieure est volumineux. Toutefois, le mandataire de la recourante représentait déjà celle-ci devant l'autorité inférieure. Vu la similitude avec les arguments développés devant l'autorité inférieure, le temps consacré à la rédaction du recours doit être réduit à 100 heures.

Quant aux écritures ultérieures, elles comprennent de nombreuses répétitions des griefs invoqués dans le mémoire de recours. En particulier, le mandataire de la recourante fait état de 12.95 heures consacrées aux déterminations sur la duplique. Or, dites déterminations se contentent d'écarter, sur 2 pages, les griefs soulevés par l'autorité inférieure, renvoyant pour le surplus aux écritures précédentes. On peine à saisir en quoi de telles déterminations justifient qu'un mandataire professionnel y consacre 12.95 heures, soit plus de deux jours de travail. Aussi, le temps nécessaire consacré au dépôt de la réplique doit être réduit à 50 heures, celui consacré au dépôt des déterminations à 3 heures.

Quant au temps nécessaire à la préparation de l'audience et le dépôt de notes de plaidoiries, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une reprise et d'une synthèse de certains griefs soulevés par la recourante au cours de la procédure. Elles ne justifient pas que l'on y consacre 77.7 heures, soit près de 13 jours de travail. Le temps nécessaire doit être réduit à 50 heures.

Vu la complexité de la cause, un taux horaire correspondant à 300 francs est toutefois justifié. Pour le reste, il peut être tenu compte du décompte de prestations tel qu'établi.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir un montant total des frais de 64'595.06 - correspondant à 203 heures à 300 francs, 16.55 heures à 200 francs et 385.06 francs de débours. La recourante obtenant partiellement gain de cause, il se justifie de réduire ce montant à 16'200 francs. Il convient enfin, faute de nouveau décompte remis par la recourante à la suite des débats publics du 29 octobre 2019, d'augmenter, ex aequo et bono, ce montant et d'octroyer à la recourante une indemnité à titre de dépens réduits de 19'000 francs, ces dépens ne comprenant aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF, et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.

2.

Le chiffre 1.8 du dispositif de la décision du 27 mai 2013 de la Commission de la concurrence est réformé comme suit: « 1.8. Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses ».

3.

Les frais de procédure, d'un montant réduit de 13'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais déjà prestée. Le solde de 2'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Un montant de 19'000 francs est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (acte judiciaire; annexe: formulaire « adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 31-0277; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

[Indication des voies de droit]

B 3	3. Arrêt du 30 octobre 2019 Albert Le Grand SA contre Commission de la concurrence COMCO – Cartels – Sanctions - Marché du livre en français
-----	---

Décision attaquée devant le Tribunal fédéral
--

Arrêt B-4011/2013 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 30 octobre 2019 en l'affaire Albert Le Grand SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, autorité inférieure. Objet: Cartels – sanction. Marché du livre écrit en français.

Faits:**A.**

A.a Albert le Grand SA (ci-après: recourante) est une société anonyme de droit suisse active dans la diffusion et la distribution de livres, essentiellement importés, en Suisse. Elle mène deux types de relations commerciales: soit elle assure la diffusion et la distribution des éditeurs soit, pour un petit nombre d'entre eux, elle se charge uniquement de la distribution (ci-après: distribution pure).

A.b La recourante entretient des relations contractuelles en tant que diffuseur et/ou distributeur avec 51 éditeurs. Pour 18 d'entre eux, il n'existe pas de contrat écrit. 33 contrats de diffusion et/ou de distribution ont été produits dans la procédure par la recourante; 32 contiennent une clause concédant l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution en Suisse à la recourante.

A.b.a 23 d'entre eux sont des contrats de diffusion et de distribution exclusives, dont la clause d'exclusivité (art. premier) connaît différentes formulations de ce type:

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires, grandes surfaces et autres revendeurs suisses. »

Pour 15 de ces 23 contrats de diffusion et de distribution, la clause établissant l'exclusivité de la recourante est suivie d'un article 2 stipulant ce qui suit:

« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse. »

A.b.b Les 9 autres contrats sont des contrats de distribution pure, dont la clause d'exclusivité (art. premier) présente des formulations semblables à celle-ci:

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. »

5 de ces 9 contrats de distribution pure contiennent en outre la clause ci-après (art. 6):

« L'éditeur délivrera rapidement les commandes du distributeur selon le mode de transport déterminé et fera respecter la présente convention par tous les grossistes et autres dépositaires. »

B.

B.a Du 12 juillet 2007 au 13 mars 2008, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: secrétariat) a mené une enquête préalable sur le marché du livre écrit en français. Les informations obtenues auprès des diffuseurs-distributeurs et des détaillants ont fait apparaître que les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse occupaient une position forte sur le marché en cause et que le niveau des prix était élevé en Suisse.

B.b D'entente avec le Président de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO ou autorité inférieure), le secrétariat a ouvert, le 13 mars 2008, une enquête dans le but d'examiner l'existence éventuelle d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 let. c de la loi sur les cartels. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux diffuseurs-distributeurs concernés - parmi lesquels figurait la recourante - par un courrier leur indiquant les principaux éléments susceptibles de constituer un abus de position dominante et a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et la Feuille fédérale en date du 29 avril 2008 (FF 2008 2582). L'enquête a été réalisée en collaboration avec la Surveillance des prix qui a participé à l'élaboration et à l'évaluation des questionnaires destinés aux diffuseurs-distributeurs ainsi qu'aux détaillants.

B.c Le 2 mars 2011, le secrétariat a étendu l'enquête, d'entente avec le Président de la COMCO, à l'examen de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels; cette extension a également fait l'objet d'une communication aux parties concernées ainsi que d'une publication dans la FOSC et la Feuille fédérale en date du 22 mars 2011 (FF 2011 2391).

B.d Le 18 mars 2011, le Parlement fédéral a adopté la loi fédérale sur la réglementation du prix du livre, contre laquelle un référendum a été lancé. L'adoption de cette loi et la perspective d'une votation populaire ont amené le secrétariat, en application du principe de l'économie de la procédure, à suspendre l'enquête par décision incidente du 6 juin 2011. Le référendum ayant abouti, le peuple suisse s'est prononcé le 11 mars 2012 en la rejetant. L'enquête a ainsi été reprise le 22 mars 2012 et les diffuseurs-distributeurs ont été invités à indiquer leurs chiffres d'affaires pour les années 2009 à 2011 et à exposer leurs relations avec les fournisseurs.

B.e Le secrétariat a procédé, le 4 avril 2012, à l'audition de la société Payot SA, représentée par son directeur général K._____, et, le 29 mai 2012, à celles de L._____ et M._____, en leur qualité respective de Présidente et Secrétaire de l'association suisse des diffuseurs, éditeurs et libraires (ci-après: l'ASDEL).

C.

C.a Le 14 août 2012, le secrétariat a communiqué aux parties sa proposition de décision et la liste des pièces

versées au dossier. Il a été retenu que la recourante avait participé à un accord horizontal de répartition géographique conclu au sein de l'ASDEL ainsi qu'à un accord vertical de fixation des prix de revente sur la base de ses tabelles; de même, la recourante avait participé à un accord vertical attribuant des territoires dans la distribution. Il a considéré que l'ensemble de ces relations était illicite au sens de l'art. 5 de la loi sur les cartels et a ainsi proposé à la COMCO d'interdire aux diffuseurs-distributeurs de fixer les prix de revente au moyen notamment de tabelles et de s'entendre avec les libraires sur un taux de remise fondé sur un prix public final pour la Suisse. De même, il a prescrit de défendre aux diffuseurs-distributeurs d'opérer une répartition géographique du marché concerné et de s'entendre sur une entrave aux importations parallèles ou encore d'empêcher celles-ci par des contrats de distribution. Finalement, il a proposé de sanctionner la recourante et de mettre à sa charge une part des frais de procédure. Il n'a, pour le reste, pas retenu l'existence d'un abus de position dominante.

C.b Le 19 octobre 2012, la recourante a transmis au secrétariat ses déterminations sur dite proposition de décision en concluant, sous suite de frais, principalement au rejet des conclusions du secrétariat et de la sanction proposée, subsidiairement, au renvoi du dossier au secrétariat pour complément d'instruction sur les effets des accords passés avec certains de ses éditeurs. Réfutant de manière générale l'existence des trois types d'accords retenus, la recourante a tout d'abord relevé que dite proposition était lacunaire, dès lors que, rendue pour plusieurs diffuseurs à la fois, elle reposait sur une analyse trop générale: elle a précisé que cela avait empêché d'une part, de distinguer sa situation de petite société indépendante de celle des autres grands acteurs sur le marché du livre et, d'autre part, de tenir compte du faible poids de ses éditeurs sur celui-là, ainsi que de l'impact minime que représentait, sur l'ensemble du marché *wholesale* déterminant, la petite part de ses contrats contenant une clause d'exclusivité « renforcée ». Elle a ajouté que l'autorité inférieure n'avait pas établi que les libraires avaient été empêchés de s'adresser directement aux éditeurs étrangers, ce qu'elle n'était du reste aucunement en mesure d'influencer. S'agissant de la présomption de suppression de la concurrence efficace et de son éventuel renversement, elle s'est plainte en substance de ce que la question de la concurrence sur le plan intermarques n'avait pas été examinée, alors qu'un tel examen aurait permis, selon elle, de constater qu'une concurrence efficace subsistait. En outre, en dépit de l'existence éventuelle d'accords d'attribution de territoires, l'on ne pouvait retenir une affectation notable à la concurrence dès lors que sa part de marché n'était que de [...] % et donc largement inférieure au seuil critique prévu. Enfin, elle a contesté la sanction proposée, tant dans son principe que dans son montant.

C.c L'autorité inférieure a procédé entre novembre et décembre 2012 aux auditions de la recourante, des autres diffuseurs-distributeurs ainsi que des détaillants.

C.d Par courriers des 18 et 23 janvier 2013, la recourante a déposé des remarques complémentaires ainsi que des propositions de corrections du procès-verbal de

son audition du 3 décembre 2012 et a encore produit des pièces.

D.

D.a En date du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a rendu une décision à l'encontre de la recourante et de neuf autres diffuseurs-distributeurs, dont le dispositif est le suivant:

- « 1. *Condamne au paiement d'une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart fondée sur la participation à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 et 1 LCart:*
 - 1.1 *Albert le Grand S.A pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.2 *Dargaud (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.3 *Diffulivre S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.4 *Diffusion Transat SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.5 *Editions Glenat (Suisse) S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.6 *Interforum Suisse SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.7 *Les éditions des 5 frontières SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.8 *Les Editions Flammarion S.A. pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.9 *OLF SA pour un montant de [...] francs suisses;*
 - 1.10 *Servidis SA pour un montant de [...] francs suisses.*
2. *Interdit aux diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA 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;*
3. *Classe l'enquête à l'encontre des autres parties à la procédure;*
4. *Condamne les diffuseurs-distributeurs Albert le Grand S.A., Dargaud (Suisse) S.A., Diffulivre S.A., Diffusion Transat SA, Editions Glenat (Suisse) S.A., Interforum Suisse SA, Les éditions des 5 frontières SA, Les Editions Flammarion S.A., OLF SA et Servidis SA solidairement au paiement des frais de procédure s'élevant à un montant de 760'150 francs suisses, le reste des frais étant mis à la charge de la Confédération;*
5. *Notifie la présente décision à [...] ».*

En substance, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie, durant la période visée par l'enquête, à savoir de 2005 à 2011, à des systèmes de dis-

tribution qui avaient constitué une action collective, consciente et voulue, et qui avaient visé et eu pour effet de restreindre la concurrence efficace sur le marché de référence au sens de la loi sur les cartels. Elle a estimé que les conditions d'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels étaient réunies, dans la mesure où le système de distribution mis en place cloisonnait la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse. De plus, elle a considéré que la concurrence intermarques et intramarque n'était pas apte à renverser dite présomption. Toutefois, dans l'hypothèse d'un renversement, elle a relevé que le système de distribution avait notablement affecté la concurrence, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif, sans qu'un motif d'efficacité économique ne l'ait justifié.

D.b L'autorité inférieure a tout d'abord retenu que la loi sur les cartels s'appliquait en l'espèce. D'une part, la recourante avait été active dans le processus économique du livre écrit en français et son comportement avait restreint la concurrence en Suisse. D'autre part, la loi Lang, qui réglemente en France le prix du livre, ne devait pas être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les cartels. Nonobstant le rejet, par le peuple, de la loi sur le prix du livre, l'autorité inférieure a précisé que celle-ci n'aurait pas été assimilée à une prescription réservée, dès lors qu'elle ne concernait pas les approvisionnements.

D.c Elle a rappelé que les activités de diffusion et de distribution devaient être distinguées dans la branche du livre écrit en français. Si les diffuseurs assurent les activités de commercialisation et de représentation des éditeurs, les distributeurs se chargent des tâches essentiellement logistiques, lesquelles couvriraient notamment la saisie des commandes des clients, le traitement des arrivages, le *picking*, l'emballage de la marchandise, la gestion des comptes débiteurs et les retours des clients.

D.d Elle a ensuite examiné le système de distribution de la recourante, plus particulièrement les relations commerciales qu'elle entretenait avec ses différents partenaires commerciaux en amont. Relevant en l'espèce que celle-ci n'avait à aucun moment contesté que les contrats de diffusion et/ou de distribution conclus avec ceux-là constituaient des accords au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels, l'autorité inférieure en a déduit que la recourante avait été partie à de tels accords en raison des relations ainsi entretenues pendant la période visée par l'enquête.

Cela étant, se fondant sur les expériences des diffuseurs et celles des détaillants, l'autorité inférieure a retenu que les accords en cause étaient des accords de distribution qui prévoyaient une attribution de territoire au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels et que, partant, la suppression de la concurrence efficace était présumée. Pour ce faire, elle a considéré que le système de distribution exclusive mis en place avait permis une traçabilité des flux et empêché les ventes passives. De même, elle a estimé que le droit de retour - soit l'opportunité offerte aux détaillants de retourner les invendus - n'avait fonctionné en l'espèce qu'en raison d'un régime prohibant les ventes passives, dont il était le corollaire. Dans ce sens, l'autorité inférieure a relevé qu'à une exception près, tous les contrats produits par la recourante prévoyaient

un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité dont la mise en oeuvre était uniforme. S'agissant de la formulation des clauses incriminées, elle a dès lors souligné que la distinction défendue par la recourante entre exclusivité simple et exclusivité « renforcée » n'était pas pertinente. Elle a précisé d'une part, que les systèmes de distribution ne contenant pas de clause « renforcée » au sens où l'entendait la recourante ne prévoyaient notamment pas d'autres mécanismes pour gérer le droit de retour et, d'autre part, que celle-ci n'avait aucunement soutenu que son activité se distinguait selon que la relation commerciale était régie par l'une ou l'autre clause. Elle a encore relevé que le contenu du procès-verbal du 25 mai 2005 - qui relatait une discussion du 11 mai 2005 au sein de l'ASDEL portant, selon elle, sur les dangers des importations parallèles - démontrait la volonté commune des diffuseurs d'empêcher les ventes passives. Finalement, elle a considéré que les relations commerciales entre les éditeurs et leurs partenaires de distribution hors de Suisse n'avaient pas à être examinées plus avant - en particulier, si celles-ci contenaient une interdiction de livrer en Suisse -, les éléments au dossier étant suffisants pour constater que le système de distribution en cause empêchait les ventes passives.

D.e Examinant un éventuel renversement de la présomption, l'autorité inférieure a défini le niveau *wholesale* comme étant le marché de référence principal car il était directement visé par les accords d'attribution de territoires. Elle a nié que le commerce électronique faisait partie du marché de référence au niveau *wholesale* et laissé indéci- sion la question de savoir s'il apparaissait du côté de l'offre au niveau *retail*. Les importations parallèles ayant été extrêmement limitées, l'autorité inférieure a considéré qu'une concurrence sur le plan intramarque n'avait pas pu exister. Quant à la concurrence sur le plan intermarques, elle a souligné la forte différenciation du produit, la stabilité des parts de marché et les grandes difficultés d'entrée sur le marché en raison des droits d'édition et en a déduit qu'une telle concurrence était très limitée. Elle a par ailleurs encore relevé la très faible pression concurrentielle des éditeurs et l'absence de capacité disciplinante des détaillants. Elle a ainsi conclu au non-renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels.

Subsidiairement, l'autorité inférieure a indiqué que les accords en cause seraient illicites quand bien même la présomption devait être renversée. Elle a noté que le système de distribution exclusive mis en place par la recourante et les autres diffuseurs avait reposé sur des clauses prohibant les ventes passives de sorte qu'elles avaient, sur le plan qualitatif, notablement affecté la concurrence. Par ailleurs, 95% du marché suisse étant soumis à ce système de distribution, la concurrence était d'un point de vue quantitatif également affectée notablement. Finalement, elle a nié toute justification pour des motifs d'efficacité économique.

D.f Enfin, l'autorité inférieure a retenu que le comportement illicite décrit ci-dessus était imputable à la recourante et devait être sanctionné. La sanction a été arrêtée, sur la base des chiffres d'affaires réalisés durant les années 2009, 2010 et 2011 ainsi qu'à l'aune de la gravité et de la durée de l'infraction, à [...] francs, à savoir 4%

du chiffre d'affaires cumulé sur les trois derniers exercices, majoré de 50%.

E.

E.a Le 12 juillet 2013, la recourante a exercé un recours contre dite décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, préliminairement, à ce qu'il soit constaté que la loi Lang est une disposition impérative du droit français qui doit être prise en considération en Suisse en application de l'art. 19 de la loi fédérale sur le droit international privé et qu'elle exclut l'application de la loi sur les cartels au marché du livre écrit en français en Suisse romande; principalement, à l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle la concerne; subsidiairement, à sa réformation, en ce sens qu'elle soit exemptée de toute sanction et les frais de procédure à sa charge devant l'autorité inférieure limités à 5'000 francs. Par ailleurs, elle requiert que son recours ne soit pas joint aux autres recours déposés contre la décision attaquée.

E.b La recourante se plaint préalablement d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents s'agissant de son activité et de sa position sur le marché du livre, de ses contrats de diffusion et/ou de distribution ainsi que du droit de retour. Soulignant son indépendance et sa petite taille dans le domaine de la diffusion, elle ajoute qu'elle exerce cette activité sur des marchés spécifiques ne diffusant ni les best-sellers ni les livres pour enfants ni les romans et qu'elle diffuse de manière générale les livres à ses libraires par des envois [...]. De même, elle relève qu'il est incorrect de retenir que tous ses contrats contiennent une clause d'exclusivité, tel n'étant pas le cas de ceux passés avec E.A. _____, E.B. _____ et E.H. _____. En outre, les contrats passés avec ses deux principaux éditeurs ne comportent pas de clause "renforcée". Enfin, la notion de droit de retour et son fonctionnement ne sont pas suffisamment expliqués dans la décision.

E.c La recourante se prévaut ensuite de la loi Lang en tant que prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a de la loi sur les cartels. Elle soutient d'une part, que ladite disposition ne se réfère pas expressément aux prescriptions de droit suisse et, d'autre part, que la loi fédérale sur le droit international privé est déterminante en l'espèce, compte tenu de l'élément d'extranéité que représentent ses relations contractuelles avec les éditeurs étrangers. Au regard des conditions d'application de l'art. 19 de la loi sur le droit international privé - qui règle la prise en considération de dispositions impératives du droit étranger - la loi Lang serait applicable et constituerait une prescription réservée au sens de la loi sur les cartels.

E.d Par ailleurs, la recourante réfute que les accords passés avec ses éditeurs visent ou entraînent une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels, reprochant en particulier à l'autorité inférieure d'assimiler son comportement à celui des autres diffuseurs suisses visés par la décision attaquée. Elle rappelle qu'elle dispose d'une faible part dans le marché du livre en Suisse romande, que sa structure est petite au point de pouvoir être qualifiée de microentreprise au sens de la Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint et qu'exempts pour la

plupart d'exclusivité « renforcée », tous ses contrats sont conclus pour une durée maximale de deux ans. Dans ces circonstances, il lui serait matériellement impossible de restreindre la concurrence. Elle conteste également toute action collective consciente et voulue de sa part et de celles des autres diffuseurs concernés de supprimer la concurrence sur le marché du livre. En outre, elle fait remarquer que la clause d'exclusivité « renforcée » contenue dans la minorité de ses contrats, et de par nature seule critiquable, est formulée différemment de celles des autres diffuseurs, en ce sens qu'elle ne fait aucune mention d'importations parallèles ou de comptes directs auprès de l'éditeur et ne concerne que les ventes actives. Enfin, s'agissant du droit de retour, elle conteste en substance que son fonctionnement nécessite systématiquement la mise en place d'un régime prohibant les ventes passives, précisant d'une part qu'occupant un rôle particulier dans les relations entre le diffuseur et le libraire, il s'applique indépendamment du type d'accord d'exclusivité - simple ou « renforcée » - signé entre le diffuseur et l'éditeur et, d'autre part, que l'autorité inférieure n'a nullement établi qu'elle aurait entravé les importations parallèles ou que l'un de ses clients aurait été empêché d'acheter un livre à l'étranger.

E.e Contestant ainsi l'approche de l'autorité inférieure en ce qui concerne le droit de retour et la pratique concertée entre les diffuseurs en vue de restreindre la concurrence, la recourante relève que ces éléments ne sauraient fonder une présomption de suppression de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels. De même, rappelant que ses contrats ne contiennent aucune clause prohibant les ventes passives, elle développe en substance les motifs invoqués dans sa détermination du 19 octobre 2012 en lien avec sa position sur le marché du livre ainsi qu'avec la possibilité et l'opportunité pour les libraires de procéder à des importations parallèles et soutient, de manière générale, que l'engagement d'exclusivité souscrit par les éditeurs français est légal selon le droit suisse de la concurrence.

E.f S'agissant de l'affectation notable à la concurrence ainsi que de son éventuelle justification pour des motifs d'efficacité économique, la recourante fait tout d'abord valoir que les accords tacites qu'elle a avec la plupart des librairies - et par lesquels celles-ci s'engagent à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle en échange du droit de retour dont elles bénéficient - ne sont pas soumis à l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels. En effet, d'une part, celles-ci sont, à son instar, des microentreprises et, d'autre part, ces accords ne concernent ni la fixation des prix ni la restriction des quantités ni encore la répartition des territoires. Quant aux accords avec les autres librairies qui ne constituent pas des microentreprises, ceux-ci ne sont pas quantitativement significatifs en raison de la courte durée pour laquelle ils sont conclus et des faibles quantités de livres qu'elle diffuse et/ou distribue. Enfin, la recourante explique que les accords litigieux jouent de manière générale un rôle essentiel pour l'activité des librairies, de sorte que les conditions de reconnaissance d'un motif d'efficacité économique sont réalisées.

E.g Finalement, la recourante conteste le principe de la sanction prononcée sur la base de l'art. 49a de la loi sur les cartels ainsi que le montant de celle-ci et des frais de

procédure. Elle allègue que ladite disposition n'est applicable que dans le cadre des art. 5 al. 3 et al. 4 et art. 7 de la loi sur les cartels, aucune sanction n'étant prévue en ce qui concerne l'art. 5 al. 1 de ladite loi. Faisant valoir que la concurrence n'a pas été supprimée, elle en déduit que, même à retenir une affectation notable de celle-ci, aucune sanction ne pourrait dès lors être prononcée à son encontre. S'agissant du montant de la sanction et des frais de procédure, elle se plaint pour l'essentiel de ce que l'autorité inférieure n'a pas suffisamment tenu compte de sa capacité contributive, violant ainsi le principe de la proportionnalité. Elle expose que les fonds propres dont elle disposait à la fin de l'année 2011 ne permettent pas de parer aux coûts engendrés par l'éventuelle issue de la procédure sans que la moitié de son capital ne soit découvert, de sorte que des mesures d'assainissement, voire un dépôt de bilan, s'imposeraient. En outre, concernant spécifiquement les frais de procédure, elle reproche à l'autorité inférieure de s'être abstenue d'en motiver le montant, de ne pas avoir tenu compte du fait que seule une partie des charges visées dans le projet de décision a au final été retenue et d'avoir prévu une responsabilité solidaire pour le paiement, en dépit des différences de tailles et des parts de marché des sociétés en cause et de l'absence d'action concertée entre elles.

F.

Par courrier du 8 octobre 2013, la recourante a produit un exemplaire de ses comptes pour l'exercice 2012.

G.

Dans sa réponse du 20 novembre 2013, l'autorité inférieure a proposé le rejet du recours, sous suite de frais. A titre liminaire, elle conteste que les faits pertinents aient été constatés de manière inexacte et incomplète. Elle relève d'une part, qu'un certain flou a prévalu en cours de procédure quant à la situation contractuelle de la recourante, de sorte que la décision attaquée se fonde également sur les documents produits après la proposition de décision et, d'autre part, que les critiques avancées concernant les clauses d'exclusivité sont infondées. Réfutant de manière générale l'ensemble des griefs de la recourante, l'autorité inférieure renvoie principalement à la motivation de sa décision.

En particulier, elle relève qu'il n'y a en l'espèce pas de prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur les cartels. La loi Lang - laquelle ne traiterait nullement de restrictions d'approvisionnement pour les détaillants étrangers - ne ferait pas partie des dispositions potentiellement visées par ladite disposition.

De même, elle expose que les accords passés par la recourante relèvent de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels dès lors que son système de distribution prévoit un régime d'exclusivité propre à restreindre la concurrence, ce qu'il a du reste fait.

Quant à la suppression de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels, elle réfute tout d'abord que les ventes passives n'aient pas été exclues par le système de distribution de la recourante. A cet égard, elle fait remarquer que les accords tacites entre la recourante et les librairies - aux termes desquels le droit de retour est exercé en contrepartie d'un engage-

ment d'approvisionnement exclusif - confirment que le système de distribution de celle-ci a reposé sur une exclusion des ventes passives garantie par un régime d'exclusivité mis en place non seulement en amont avec les éditeurs mais également en aval avec les détaillants. Elle maintient ensuite que les ventes passives ont été entravées au regard de l'expérience de certains détaillants. En outre, elle explique que, s'il ne permet pas de fonder l'existence d'un accord horizontal entre les diffuseurs, le contenu du procès-verbal de la séance du 25 mai 2005 de l'ASDEL ne démontre pas moins que, par leur discussion, les diffuseurs ont pu connaître la stratégie de leurs pairs concernant les importations parallèles, renforçant par là même le maintien du système en place. De même, s'agissant du droit de retour, elle soutient que c'est uniquement dans le cas où un détaillant ne peut s'approvisionner par un autre canal que la recourante a l'assurance que seuls les livres qu'elle a effectivement distribués lui seront retournés. Par ailleurs, elle expose que la distinction opérée par la recourante entre clauses d'exclusivité simple et « renforcée » n'est pas décisive, dès lors que la mise en oeuvre de son système de distribution n'a en réalité nullement varié selon le type de clauses, en particulier au regard des modalités du droit de retour. Enfin, elle maintient que les accords en cause ont supprimé la concurrence nonobstant le volume d'affaires de la recourante et la courte durée de ses contrats.

Quant à l'affectation notable à la concurrence, l'autorité inférieure indique que la recourante ne peut se prévaloir du régime particulier applicable aux microentreprises dès lors que d'une part, elle n'en est pas une et, d'autre part, celui-ci ne vaut pas en cas de restrictions caractérisées à la concurrence, comme c'est le cas en l'espèce.

Enfin, l'autorité inférieure confirme la sanction dans son principe, son montant ainsi que celui des frais de procédure, rappelant que la recourante peut proposer un plan de paiement. S'agissant plus spécifiquement des frais de procédure, elle en détaille encore le calcul et souligne qu'il se justifie uniquement d'abandonner les frais liés à l'investigation ayant porté sur l'art. 7 de la loi sur les cartels.

H.

Dans sa réplique du 13 février 2014, la recourante a maintenu ses conclusions, contesté de manière générale les éléments de la réponse et confirmé en substance l'ensemble des arguments de son recours. S'agissant de la prescription réservée, elle relève que l'autorité inférieure perd de vue qu'elle n'est en réalité pas légitimée à sanctionner ses relations contractuelles, dès lors que celles-ci sont conformes au droit français impératif, dont le droit suisse réserve expressément la primauté. Concernant la suppression de la concurrence, elle fait valoir que, soit le marché de référence est celui des livres diffusés en Suisse par l'ensemble des acteurs et, dans ce premier cas, les effets de son système de diffusion sur la concurrence ont été imperceptibles, soit le marché de référence porte uniquement sur les livres qu'elle diffuse en Suisse et, dans ce second cas, son système de diffusion n'a pas pu supprimer la concurrence compte tenu des ventes par Internet, lesquelles n'ont pas été prises en considération dans l'examen.

Concernant les contrats tacites entre elle et les détaillants, elle indique en substance que l'autorité inférieure n'a pas prouvé qu'elle aurait empêché les ventes passives. Elle soutient ensuite que le droit de retour ne s'applique que pour les livres choisis par le libraire selon le système de l'office et que [...] % de son chiffre d'affaires réalisé en 2011 et en 2012 l'a été par la vente de livres à compte ferme, soit sans l'exercice d'un tel droit. Celui-ci n'est par ailleurs qu'une modalité du contrat qui peut être supprimée sans que la clause d'exclusivité le soit pour autant. Faute d'affectation notable à la concurrence, l'autorité inférieure aurait dû, dans tous les cas, clore l'enquête à son égard, à l'instar de ce qu'elle a fait dans l'affaire *Dermalogica*. Enfin, s'agissant des frais de procédure, elle relève que le montant mis à sa charge représente [...] % de celui de la sanction, ce qui va à l'encontre des principes en matière de répartition des frais de procédure prescrits notamment par les dispositions du code de procédure civile.

I.

Dans sa duplique du 23 avril 2014, l'autorité inférieure a maintenu ses conclusions et ses arguments, contestant de manière générale l'ensemble des éléments de la réplique. En particulier, elle fait remarquer que les griefs avancés en lien avec les faits pertinents ne démontrent pas qu'il aurait fallu opérer une distinction entre les divers contrats, ce que la recourante aurait du reste explicitement admis en relation avec le droit de retour. Elle indique ensuite que la loi Lang ne traite pas de la question de l'approvisionnement des livres mais uniquement de celle de la fixation des prix, de sorte qu'à supposer qu'elle s'applique en l'espèce, elle ne s'opposerait pas au régime de la loi sur les cartels. De même, elle relève que la situation de la recourante n'est pas comparable à celle ayant prévalu dans l'affaire *Dermalogica*. En outre, elle soutient que le pourcentage de chiffre d'affaires allégué par la recourante au sujet de la vente de livres à compte ferme n'est pas crédible et, du reste, nullement étayé. Enfin, elle indique que la fixation et la perception des frais sont réglées par l'ordonnance relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels et, à titre subsidiaire, par l'ordonnance générale sur les émoluments, les dispositions du code de procédure civile ne s'appliquant quant à elles pas aux procédures administratives.

J.

Par lettre du 2 mai 2014, la recourante s'est enquis auprès du tribunal notamment de savoir quand il entendait se prononcer sur sa requête tendant à ce que son recours ne soit pas joint aux autres recours interjetés contre la décision attaquée.

K.

Par courrier du 20 mai 2014, le tribunal a informé la recourante que chaque recours déféré contre la décision entreprise faisait l'objet, depuis son dépôt, d'une procédure indépendante, si bien que l'on pouvait admettre qu'il avait, pour l'heure, été fait droit à sa requête.

L.

Par lettre du 27 mai 2014, la recourante a formulé des remarques sur la duplique. Se référant à la loi Lang, elle soutient que, dans la mesure où le prix est fixé par un

ordre étatique du marché, les questions d'approvisionnement ne jouent plus de rôle. Pour le reste, elle maintient que les principes de la décision rendue dans l'affaire *Dermalogica* s'appliquent pleinement à son cas et conteste la répartition des frais de procédure, spécifiant que l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de sa capacité contributive lors du calcul du montant de ceux-ci, lequel est très élevé par rapport à celui arrêté pour la sanction.

M.

Par ordonnance du 28 mai 2014, le tribunal a invité les parties à se prononcer sur une éventuelle suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les causes Gaba International AG, respectivement Gebro Pharma GmbH, contre COMCO (ci-après: Gaba/Gebro) pendantes devant le Tribunal fédéral.

G

Par courrier du 25 juin 2014, l'autorité inférieure a indiqué que la suspension de la présente procédure ne se justifiait pas et a réfuté les arguments présentés par la recourante dans son courrier du 27 mai 2014, renvoyant en substance à la motivation de sa décision, de sa réponse et sa duplique.

O.

Par courrier du 26 juin 2014, la recourante s'est également opposée à la suspension de la procédure.

P.

Par ordonnance du 23 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la cause.

Q.

La recourante s'est encore exprimée, par courriers respectivement des 23 août et 27 septembre 2017, quant à l'incidence de l'arrêt du Tribunal fédéral rendu le 28 juin 2016 dans les affaires Gaba/Gebro sur la présente affaire; l'autorité inférieure s'est déterminée sur ce point par lettre du 5 septembre 2017.

R.

Faisant suite à la requête d'audition formulée par la recourante, le tribunal a entendu les parties en audience d'instruction le 25 janvier 2018.

S.

La recourante a finalement transmis d'ultimes remarques le 28 février 2019.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit:

1. Recevabilité

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 La recourante conclut, à titre préliminaire, à ce qu'il soit constaté d'une part, que la loi Lang est une disposition impérative du droit français qui doit être prise en

considération en Suisse en application de l'art. 19 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291) et, d'autre part, que la législation française applicable selon dite disposition établit un régime de prix de caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart, RS 251]), qui exclut l'application de la loi sur les cartels au marché du livre de langue française en Suisse romande.

1.2.1 En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation est recevable si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Selon la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (cf. ATF 126 II 300 consid. 2c; ATAF 2010/12 consid. 2.3). Il s'ensuit que l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle générale, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (cf. ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 867).

1.2.2 En l'occurrence, les conclusions tendant à ce qu'il soit constaté que la loi Lang est une disposition impérative du droit français et à ce qu'il soit constaté que la législation française applicable selon dite disposition établit un régime de prix de caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart ne sont pas des conclusions constatatoires mais plutôt des conclusions « préparatoires » ou « préjudicielles », autrement dit des griefs qui pourraient constituer un motif d'annulation de la sanction et des mesures prises à l'encontre de la recourante et qu'il y aura lieu d'examiner au fond. En tant que telle, dites conclusions sont dès lors irrecevables.

1.3 Pour le reste, la qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

2. Base légale et objet du litige

2.1 La loi sur les cartels - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire

ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a LCart); et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace notamment les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (cf. art. 49a al. 1 LCart).

2.3 Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1^{ère} phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1^{ère} phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1^{ère} phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1^{ère} phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1^{ère} phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002,

édicte la première Communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007, elle-même abrogée par la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après: CommVert), entrée en vigueur le 1^{er} août 2010 et révisée le 22 mai 2017. Elle a fait l'objet d'une note explicative, arrêtée le 12 juin 2017 et révisée le 9 avril 2018 (ci-après: note explicative). La communication et sa note explicative ont été publiées sur le site Internet de la Comco. Dites communications - lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral - sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêts du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 *Altimum* consid. 2.4 et B-506/2010 du 19 décembre 2013 *Gaba* consid. 11.1.7; JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013 [CR-Concurrence], art. 6 LCart p. 598 ss no 40 ss; Klaus Neff, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010 [BSK-KG], art. 6 p. 458 no 24 ss).

2.5 Dans sa décision du 27 mai 2013, l'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une amende de [...] francs en application de l'art. 49a LCart pour avoir conclu avec ses éditeurs des accords attribuant des territoires alors que son système de distribution interdisait les ventes passives par d'autres distributeurs. En substance, elle a considéré notamment que l'engagement pris par les éditeurs de « faire respecter [l']exclusivité [conçédée à Albert le Grand] auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire Suisse » et le fait que les détaillants ne pouvaient s'approvisionner directement en France suffisaient à démontrer que le système de distribution de la recourante interdisait les ventes passives.

La recourante conteste l'existence d'accords illicites au sens de l'art. 5 LCart. Sur ce point, elle s'en prend aux faits établis par l'autorité inférieure et considère que ceux-ci ont été constatés de manière inexacte et incomplète et que, ce faisant, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral et l'art. 5 LCart en particulier, dès lors que son système de distribution n'interdirait pas les ventes passives.

Dans le cadre de l'examen des griefs formulés par la recourante, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1^{er} août 2010 (cf. ch. 19 CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 3.2; Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, *Festool*, ch. 11 note de bas de page no 2; REYMOND, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 6 LCart p. 617 no 130).

3. Champ d'application de la loi sur les cartels

A titre liminaire, il convient de déterminer si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce, à savoir si les condi-

tions d'application personnelles, locales et matérielles de celle-ci sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la présente loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises. Est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique, (art. 2 al. 1^{bis} LCart) et jouissant par ailleurs d'une indépendance économique et organisationnelle (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 *Swisscom ADSL* consid. 27 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 *Publigruppe* consid. 4.1). La présente loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart; cf. Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [FF 1995 I 472; ci-après: message LCart 1995] p. 535 ss ch. 222.2).

Dès lors que la recourante s'est vu confier par des éditeurs la distribution et/ou la diffusion exclusive(s) de leurs ouvrages pour la Suisse, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la loi sur les cartels et que les prétendus accords de protection territoriale absolue ont produit leurs effets en Suisse. Les conditions d'application personnelles et locales de la loi sur les cartels sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, il y a tout d'abord lieu de préciser que la recourante se situe, sur la chaîne de distribution, entre les éditeurs (producteurs) et les détaillants; elle entretient ainsi une relation commerciale verticale avec les éditeurs.

Pour le reste, il convient de déterminer s'il existait entre la recourante et ses éditeurs des accords en matière de concurrence pour la période - délimitée par l'autorité inférieure - s'étendant de l'année 2005 à l'année 2011. L'examen de cette question a une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition à l'application de la loi sur les cartels mais également une prémisses à l'admission, en l'espèce, de l'existence d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après.

4. Prescriptions réservées

4.1 La recourante fait tout d'abord valoir que la loi n° 81-766 du 10 août 1981 adoptée par le législateur français relative au prix du livre (ci-après: loi Lang) constitue une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart. Formulée de manière très extensive, dite disposition ne se référerait en effet pas expressément à des prescriptions du droit suisse. De même, la loi Lang s'appliquerait en l'espèce en vertu du droit international privé dès lors que les relations contractuelles examinées par l'autorité inférieure sont celles qui la lient à ses éditeurs étrangers.

Selon l'autorité inférieure, la loi Lang ne peut être assimilée à une prescription réservée dès lors qu'elle n'est pas un acte normatif émanant d'une autorité fédérale, canto-

nale ou communale. Elle ne traite en outre pas de l'approvisionnement des livres mais vise à introduire un régime de prix public pour la France. Les restrictions quant aux possibilités d'approvisionnement opérées par la recourante ne seraient dès lors d'aucune manière justifiées ou protégées par la loi Lang, qui primerait sur les dispositions suisses de droit de la concurrence.

4.2 Selon l'art. 3 al. 1 let. a LCart, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique.

Lors de la révision de la loi sur les cartels de 1995, le législateur a plaidé pour une application restrictive de la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 537). Cette volonté est par ailleurs conforme aux fondements constitutionnels de l'économie (cf. art. 94 al. 4 et 96 al. 1 Cst.); une exclusion d'un domaine de la concurrence n'est ainsi admissible que sur la base d'une législation claire ordonnant ou autorisant un comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, la loi sur les cartels s'applique tant que demeure un peu de libre concurrence. Par conséquent, les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart sont celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné; tel est le cas lorsqu'un ou plusieurs paramètres économiques essentiels sont limités de manière substantielle qu'il ne reste plus qu'une place insignifiante pour la libre concurrence (cf. ATF 129 II 497 consid. 3.3; arrêt du TF 2C_77/2014 du 28 janvier 2015 consid. 2.2.3; DOMINIQUE GUEX, Les paiements inversés entre fabricants de médicaments originaux et génériques, sic! 6/2015 p. 371). Une prescription réservée peut émaner non seulement d'une autorité fédérale mais encore d'une autorité cantonale, voire communale; encore faut-il, dans ce cas, que la réglementation en cause relève de la compétence du canton ou de la commune et ne soit pas contraire au droit supérieur; elle doit en particulier être conforme à la liberté économique (cf. art. 27 Cst. en relation avec l'art. 36 Cst., ainsi que l'art. 94 al. 4 Cst.; ATF 129 II 497 consid. 3.3.4).

En tant qu'elle a été adoptée par le législateur français, la loi Lang ne remplit pas les critères susmentionnés. De même, un acte normatif étranger ne s'applique pas en Suisse, conformément au principe de la territorialité.

4.3 Il s'agit néanmoins d'examiner si, comme le prétend la recourante, une application de la loi Lang est en l'espèce possible en vertu du droit international privé, étant précisé que la LDIP ne régit que les rapports juridiques de droit privé, à l'exclusion des relations de droit administratif (cf. ATF 131 II 162 consid. 2.2).

4.3.1 En vertu de l'art. 19 al. 1 LDIP, le juge peut prendre en considération une norme impérative d'un droit autre que celui désigné par la loi fédérale sur le droit international privé lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent et que la situation visée présente un lien étroit avec ce droit étranger. L'art. 19 al. 2 LDIP précise qu'une prise en considération de la disposition étrangère suppose de tenir compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour

arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit. L'éventuelle prise en considération du droit impératif d'un Etat tiers dépendra du but poursuivi par la disposition en cause et des conséquences de ce rattachement spécial. L'appréciation se fera selon les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse. A cet égard, il n'est pas nécessaire que le droit suisse connaisse des normes impératives semblables; il suffit que le but poursuivi par la disposition étrangère soit conforme à la conception suisse. Finalement, le recours à l'art. 19 LDIP doit rester exceptionnel, comme dans tous les cas où une loi d'application immédiate est en jeu (cf. ATF 136 III 392 consid. 2.2 et 2.3.3.1).

4.3.2 Selon la recourante, il y aurait en l'occurrence manifestation des intérêts légitimes et prépondérants en jeu, à savoir le maintien en Suisse romande de la culture française et la protection en Suisse de la diversité des langues. L'importance fondamentale de ceux-ci serait affirmée à plusieurs reprises par la Constitution (cf. art. 2 al. 2 et 69 al. 3 Cst.) et par différentes lois fédérales: la loi sur l'encouragement de la culture, la loi sur les langues et l'ordonnance du DFI instituant un régime de promotion de la lecture. Ensuite, la situation du marché du livre de langue française en Suisse romande présenterait de toute évidence un lien très étroit avec le droit français en question dès lors que plus de 80% des livres écrits en français achetés en Suisse seraient produits (ou auraient transité) par la France. La loi Lang influencerait donc incontestablement le marché du livre de langue française en Suisse romande. Elle précise encore que, si la loi sur le prix du livre a été rejetée sur le plan national, elle a été acceptée dans tous les cantons en Suisse romande - marché visé par l'autorité inférieure. Enfin, elle considère que la mise en place en Suisse romande d'un système de diffusion des livres publiés par des éditeurs français avec un prix de détail fixé en euro par l'éditeur et converti en franc suisse selon la table du diffuseur ne peut pas être juridiquement mise en cause par une autorité administrative (suisse) en se fondant sur les règles du droit suisse de la concurrence.

4.3.3 La loi Lang vise à limiter la concurrence par les prix entre les détaillants afin que tous les acteurs puissent proposer une large sélection de titres et pratiquer une péréquation entre les ouvrages de vente lente et les ouvrages à rotation rapide; le prix unique doit ainsi permettre l'égalité entre les citoyens devant le livre, dont le prix sera le même sur tout le territoire français, le maintien d'un réseau décentralisé très dense de distribution et le soutien à la création ainsi qu'à l'édition (cf. Rapport no 1385 du 18 septembre 2013 à l'Assemblée nationale sur la proposition de loi tendant à ne pas intégrer la prestation de la livraison à domicile dans le prix unique du livre, quatorzième législature, p. 8-9, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1385.asp> >, consulté le 30 octobre 2019). La loi Lang impose dès lors aux éditeurs ou aux importateurs français de fixer un prix de vente au public des livres qu'ils éditent ou importent. Dans ce dernier cas, le prix d'un livre édité en France puis réimporté dans ce pays doit être au moins équivalent au prix public fixé par l'éditeur (cf. art. 1 de la loi Lang, texte disponible sur le site: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT0000060687>

16&dateTexte=20090602). Les détaillants sont, sauf exception, tenus de pratiquer un prix effectif compris dans une fourchette allant de 95% à 100% du prix annoncé par l'éditeur ou l'importateur (cf. art. 1, 3 et 5 de la loi Lang). Le décret n° 85-556 du Gouvernement français du 29 mai 1985 relatif aux infractions à la loi Lang (ci-après: décret no 85-556) prévoit notamment la peine de l'amende à l'encontre des importateurs qui fixeraient, pour un livre édité en France puis réimporté d'un Etat non-membre de la Communauté économique européenne, un prix de vente au public inférieur à celui fixé par l'éditeur (cf. art. 1 du décret no 85-556).

4.3.4 Même à supposer que l'art. 19 LDIP permette une application directe en Suisse des dispositions impératives de la loi Lang, force est d'admettre que celle-ci n'a, dans les relations contractuelles entre la recourante et les éditeurs français, nullement vocation à imposer un prix de vente public hors du territoire français ni à réglementer l'exportation des ouvrages vers la Suisse. De plus, le régime de prix de la loi Lang n'apparaît pas compatible avec une conception suisse du droit, le peuple suisse ayant rejeté la loi sur le prix du livre et ainsi une réglementation du prix du livre. Par ailleurs, la loi vise le niveau *retail* en imposant aux détaillants, dans leurs relations avec le consommateur final, un prix de vente préalablement déterminé par l'éditeur. Or, les détaillants suisses sont totalement libres de déterminer le prix des ouvrages qu'ils vendent; une pleine concurrence existe donc sur les prix. Au niveau *wholesale*, le prix de l'ouvrage facturé aux détaillants dépend de la conversion du prix public français en franc suisse, de la majoration de celui-ci par les diffuseurs et finalement de la remise octroyée aux détaillants par ceux-ci (cf. sur ce point *infra* consid. 9.7.1). L'importance de la majoration imposée et de la remise concédée varie cependant tant d'un diffuseur à l'autre que d'un détaillant à l'autre (cf. *infra* consid. 9.7.1). Aussi, même si le prix français devait s'imposer comme une référence en Suisse, d'autres paramètres économiques essentiels subsistent au niveau *wholesale*.

4.4 Il suit de là que la loi Lang ne saurait être assimilée à une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart ceci, même à supposer que certaines de ses dispositions puissent s'appliquer ou avoir des conséquences en Suisse.

5. Notion d'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)

D'un point de vue matériel, la présente procédure de recours consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a admis que la recourante avait, entre les années 2005 et 2011, été partie avec des éditeurs français à des accords illicites au sens des art. 5 al. 4 LCart - en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart - et 49a al. 1 LCart.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir si, pour la période en cause, la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

5.1 Pour être en présence d'un accord en matière de concurrence, deux conditions doivent être réunies selon

le texte de l'art. 4 al. 1 LCart: il faut d'une part un accord et, d'autre part, que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 220 no 1).

Des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart peuvent exister non seulement entre entreprises de même rang (accord horizontal) mais aussi entre entreprises de différents échelons du marché (accords verticaux; cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4). Plusieurs formes d'accords sont mentionnées à l'art. 4 al. 1 LCart, à savoir les conventions, avec ou sans force obligatoire, et les pratiques concertées. Il s'agit de formes alternatives. Partant, si l'on est en présence d'une convention obligatoire, cela suffit pour conclure à l'existence d'un accord, sans qu'il soit pour le surplus nécessaire de se demander si cet accord remplit les conditions d'une pratique concertée (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

L'existence d'un accord suppose une action collective, consciente et voulue, des entreprises participantes (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 544 ch. 224.1; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.3 et 124 III 495 consid. 2a). Pour déterminer s'il y a accord, il convient d'appliquer les règles générales figurant aux art. 1 ss CO (cf. DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, 2014, p. 140) et d'établir quelle était la volonté réciproque et concordante des parties, étant précisé que celle-ci peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO; cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 226 no 21; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 166 no 83). Les déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants doivent être interprétées conformément au principe de la confiance (art. 18 CO), sans s'arrêter aux termes retenus par les parties (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.1).

En outre, il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1).

5.2 Pour retenir l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, il faut encore que celui-ci vise ou entraîne une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 244 ss no 72 ss; NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 158 et 162 no 42 et 63).

Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. L'intention subjective des parties est sans pertinence, dans la mesure où, objectivement, selon le contenu de l'accord et le paramètre concurrentiel visé, l'accord est

de nature à entraver ou supprimer l'exercice de la concurrence sur le paramètre en question (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.1). Par conséquent, dans le cas d'une restriction par objet, il ne sera pas nécessaire d'examiner les effets de l'accord.

En revanche, si l'on ne peut pas établir que l'accord vise une restriction à la concurrence, une analyse des effets de l'accord sur le marché sera nécessaire afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'art. 4 al. 1 LCart. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs à la concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 5.3.2.5 ss et réf. cit.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 247 ss no 83 ss et réf. cit.; NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 p. 163 ss no 67 ss; MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, 2003, p. 217; *Antipas*, op. cit., p. 276).

5.3 Afin d'éviter un isolement du marché suisse et garantir la sécurité du droit, la réglementation et la pratique suisses en matière de concurrence se veulent euro-compatibles (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss); elles s'inspirent ainsi du droit et de la pratique européens, sans pour autant qu'il ne s'agisse là d'une reprise automatique dans l'ordre juridique suisse (cf. consid. VII CommVert; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.4; arrêt du TF 2C_180/2014 du 28 juin 2016, en partie publié in ATF 143 II 297 et traduit partiellement au JdT 2018 I p. 3 *Gaba* consid. 6.2.3; arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1 in fine; cf. également sur la prise en compte du droit européen: arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 167 ss). L'art. 4 al. 1 LCart présente à cet égard des points de convergence et de divergence avec l'art. 101 par. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (TFUE, publié in: JO du 26 octobre 2012 C 326/49; ex-art. 81 par. 1 du Traité de Rome instituant la Communauté européenne, signé en 1957 [TCE]), lequel a la teneur suivante: « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à: a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de

ces contrats ». En relation avec la définition d'un accord en matière de concurrence, les divergences entre les deux ordres juridiques ne sont en grande partie qu'apparentes (sauf pour les décisions d'associations d'entreprises), le législateur suisse ayant, comme déjà dit, exprimé son intention d'adopter une réglementation euro-compatible (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 222 n°7 et réf. cit.). La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 TFUE (cf. point 1 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci-après: lignes directrices]).

6. Relations avec les partenaires de distribution

Ceci étant, il s'agit en premier lieu de déterminer si, durant la période sous investigation, la recourante a été partie à des accords, revêtant la forme de conventions ou de pratiques concertées, qui ont visé ou eu pour effet une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu que la recourante avait été partie à des systèmes de distribution constituant une action collective consciente et voulue saisie par l'art. 4 al. 1 LCart pour les relations qu'elle a entretenues pendant la période visée par l'enquête avec ses partenaires de distribution.

La recourante fait valoir que les contrats passés avec ses éditeurs n'ont jamais « visé » une restriction à la concurrence. Ce que la recourante a visé, c'est d'exercer au mieux son activité de diffuseur dans l'intérêt de ses clients, les libraires. De même, de par son chiffre d'affaires très limité et infiniment plus faible que celui des autres diffuseurs actifs sur le marché suisse, la recourante était incapable d'entraîner une restriction à la concurrence, celle-là tombant sous la qualification de « microentreprise » au sens de la communication y relative de la Comco. De plus, ses contrats sont conclus pour une durée d'un à deux ans au maximum, soit d'une durée contractuelle bien inférieure à celle des entreprises qui tendent à affecter la concurrence. Les contrats de la recourante n'ont pas été élaborés de concert avec les autres parties visées par la décision querellée. Il n'y a pas, de la part de la recourante, « d'action collective consciente et voulue » avec les autres diffuseurs, ce que l'autorité inférieure n'a par ailleurs pas établi. Celle-ci a au contraire reconnu que le procès-verbal de l'ASDEL du 25 mai 2005 ne permettait pas de constater l'existence d'un accord entre les diffuseurs présents. De même, l'autorité inférieure ne saurait lui imputer d'avoir agi de manière concertée avec les autres diffuseurs, les éléments constitutifs de « l'action concertée » n'étant pas prouvés. Enfin, elle relève que le système du droit de retour concédé aux libraires est appliqué dans toute la « francophonie », si bien qu'il s'agit d'un élément exogène et non pas d'une pratique ad hoc des diffuseurs visés par l'enquête.

6.1 Aussi, il convient d'examiner les contrats qui ont lié la recourante à ses partenaires commerciaux en amont durant la période de référence.

En l'espèce, la recourante a produit 33 contrats de diffusion et/ou de distribution passés entre elle et ses éditeurs. A l'exception du contrat conclu avec E.A. _____, tous les contrats produits par la recourante contiennent une clause concédant à celle-ci l'exclusivité sur le territoire suisse de la diffusion et/ou distribution des ouvrages desdits éditeurs.

23 contrats contiennent une clause concédant une exclusivité de diffusion et de distribution, dont la teneur se recoupe en sept formulations:

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires, grandes surfaces et autres revendeurs suisses. »

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. »

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion et la distribution exclusive des ouvrages de leur fonds auprès des libraires et revendeurs suisses. »

« Diffusion Albert le Grand S.A. bénéficie de la diffusion et de la distribution des produits [...] à titre exclusif sur le territoire suisse (...). »

« L'EDITEUR concède au DIFFUSEUR la diffusion et la distribution exclusive en Suisse des ouvrages de son fonds. »

« [EDITEUR] confie à Albert le Grand, la diffusion exclusive de leurs ouvrages en Suisse, auprès de la clientèle « libraires ».

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la diffusion exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. »

Les 9 autres contrats sont des contrats de distribution pure, dont la clause d'exclusivité connaît quatre types de formulations:

« L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. »

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs livres en Suisse, auprès des libraires et autres revendeurs. »

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs ouvrages de langue française en Suisse, auprès des libraires ou autres revendeurs. »

« [EDITEUR] confie à la diffusion Albert le Grand la distribution exclusive de leurs ouvrages auprès des libraires et revendeurs suisses. »

Ainsi, l'ensemble des contrats passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont confie à celle-ci la diffusion et/ou la distribution - exclusive(s) ou non - des ouvrages de ceux-ci sur le territoire suisse, affectant de ce fait les canaux d'écoulement et d'approvisionnement sur le marché du livre écrit en français. Les contrats conclus avec E.G. _____ et E.H. _____ dans lesquels l'éditeur confie la diffusion-distribution

exclusives de ses ouvrages en Suisse à la recourante, tout en se réservant le droit de vendre directement sur ce territoire, n'en sont pas moins des contrats d'exclusivité contrairement à ce que soutient la recourante (cf. *infra* consid. 8.2.4). Formulées de manières différentes et avec divers degrés d'exclusivité, dites clauses ont toutes pour objet une restriction à la concurrence sur le marché de l'approvisionnement des produits contractuels en Suisse. En outre, dites clauses, utilisées en tous les cas jusqu'en septembre 2010, ont été contenues dans des conventions au sens de l'art. 1 ss CO, passées entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont, soit entre des entreprises selon l'art. 2 al. 1^{bis} LCart actives sur différents échelons du marché. Il s'ensuit que la recourante a été partie, durant la période soumise à l'enquête, à des accords verticaux visant une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart avec l'ensemble de ses éditeurs dont elle a produit les contrats. Un tel constat ne dit toutefois encore rien sur le caractère illicite ou non de l'accord, lequel devra être examiné sous l'angle de l'art. 5 LCart.

Les arguments de la recourante contestant l'existence d'accords horizontaux avec les diffuseurs suisses condamnés à l'issue de la décision déférée sont sans relation avec l'objet du litige et, partant, dépourvus de pertinence pour la présente procédure. Il en va de même de ses arguments relatifs au défaut de pratique concertée, laquelle n'a pas été retenue par l'autorité inférieure, la coordination intervenant par un contrat. Enfin, l'exercice du droit de retour ne constitue pas un facteur exogène restreignant la concurrence (cf. sur ce point *infra* consid. 17.3.2), dont l'analyse n'est au demeurant pertinente qu'en cas de pratique concertée (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 230 no 32).

7. Présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart)

Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont notamment pour objet l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (accord d'attribution de territoires de distribution absolue [ATD] ou accord de protection territoriale absolue; cf. ch. 10 par. 1 let. b CommVert).

7.1 L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, p. 1386), a été introduit au stade des débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart de 2004. L'ajout de cette disposition est un reflet de la discussion publique relative à la lutte contre l'îlot de cherté suisse (Hochpreisinsel Schweiz; cf. Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels [FF 2002 1911; ci-après: message LCart 2001] p. 1920 ss; Schneider BO 2002 N 1435; Strahm BO 2002 N 1438; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 553 no 527). L'art. 5 al. 4 LCart a ainsi introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher notamment le cloisonnement du marché suisse - en particulier, l'interdiction des ventes passives à des distributeurs ou à des clients finaux - ainsi que de favoriser la concurrence sur le plan intramarque (cf. consid. IV et

ch. 10 par. 1 let. b CommVert). Cette disposition vise ainsi d'une part, à empêcher qu'un partenaire de distribution soit protégé de la concurrence provenant d'autres partenaires de distribution souhaitant vendre les produits contractuels sur le territoire qui lui a été alloué. D'autre part, elle tend à empêcher qu'un fournisseur puisse fixer librement des prix différents selon les territoires de distribution, dès lors qu'un tel procédé suppose un cloisonnement du marché (cf. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, [Kartellgesetzrevision 2003] p. 41).

Selon l'ancien Conseiller aux Etats Schiesser, rapporteur de la commission dont découle la proposition acceptée par la majorité, un contrat de distribution par lequel un producteur s'engage, auprès de ses distributeurs dans les territoires individuels attribués, à veiller à ce que ses distributeurs dans les autres territoires réservés ne procèdent à aucune vente dans le territoire attribué en question constitue, si tant est qu'il soit respecté, un système de protection territoriale infaillible, la concurrence sur le plan intramarque étant ainsi supprimée. Selon la jurisprudence européenne, une telle protection territoriale absolue n'existe pas si les ventes passives dans d'autres territoires attribués sont autorisées. Un producteur n'a dès lors pas le droit de faire figurer dans ses contrats de distribution un tel engagement. Si des clients d'autres territoires attribués prenaient contact avec un distributeur contractuellement lié, alors il doit être autorisé à celui-ci de vendre et de livrer dans l'autre territoire attribué et il ne peut pas le lui être interdit par le producteur (cf. BO 2003 E 329).

L'ancien Conseiller fédéral Deiss a également déclaré, au cours des débats relatifs à la modification de la loi sur les cartels, que les contrats de concession exclusive (*Alleinvertriebsverträge*) prévoyaient une certaine protection territoriale qui devait pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'avait pas un caractère absolu, c'est-à-dire tant que des ventes passives étaient possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'était pas impossible (cf. Deiss BO 2003 E 331). En d'autres termes, une protection territoriale devient absolue - et, partant, tombe sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart - si un distributeur est empêché par le producteur de procéder à des ventes passives dans le territoire attribué à un autre distributeur (cf. Schiesser BO 2003 E 329; Büttiker BO 2003 E 330; cf. également JULIA ANNE XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence: droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, 2002, p. 35; GION GIGER, « *Jovani* », Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. Mai 2010, Kartellrechtliche Zulässigkeit eines Verbots von Direktbelieferungen durch den Lieferanten, sic! 10/2011, p. 574 ss). Il s'ensuit qu'il est interdit au producteur de restreindre la concurrence sur le plan intramarque entre ses distributeurs en garantissant une protection territoriale absolue.

7.2 L'art. 5 al. 4 LCart est inspiré du droit européen, plus précisément de l'art. 4/b 1^{er} tiret du règlement (CE) no 2790/1999 de la commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité

à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336/21 du 29.12.1999 - remplacé le 1^{er} juin 2010 par le règlement (UE) no 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après: le règlement d'exemption par catégorie ou REC) - dont la teneur est la suivante: « l'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet: la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf notamment: la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur ». Les règlements d'exemption par catégorie constituent une particularité du droit européen de la concurrence. Ils énoncent - notamment pour les accords verticaux - les conditions auxquelles une exemption au sens de l'art. 101 par. 3 TFUE est accordée (cf. VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, p. 47 ss).

En adoptant le nouvel art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit communautaire (cf. Deiss BO 2003 E 328 ss). Il voulait en effet une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux. Dès lors, il convient d'interpréter cette nouvelle disposition à la lumière du REC et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3; ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 42; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, in: Les accords de distribution, 2005, p. 136 no 46). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen des cartels doivent également être considérés comme licites en Suisse (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

7.3 L'application de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart implique la réalisation de trois prémisses.

Premièrement, dite disposition exige l'existence d'un contrat de distribution (ch. 6 de la note explicative; cf. ATF 143 II 2997 *Gaba* consid. 6.3.1 et 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 4; Comco, DPC 2010 p. 65, *Gaba*, ch. 87 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 526 et 564 ss no 379 et 586 ss; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, Jusletter du 27 septembre 2004 [Vertikale Preis- und Gebietsabreden], no 28 ss). Par contrat de distribution, il y a lieu d'entendre non seulement les contrats de distribution à proprement parler mais également les clauses individuelles contenues dans d'autres contrats, tels que des contrats de franchise ou de licence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (cf. ch. 4 CommVert; ch. 6 de la note explicative; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.1).

Deuxièmement, une attribution - directe ou indirecte (cf. ch. 6 de la note explicative; arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 *Nikon* consid. 7.3.2) - de territoires à un ou plusieurs distributeurs doit découler dudit contrat de distribution (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2). La présomption s'applique expressément à la répartition des marchés sur la base de territoires uniquement et non sur la base de la clientèle (cf. Büttiker BO 2003 E 330; AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietssabreden*, op. cit., no 70; cf. également ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.2). Ceux-ci peuvent être locaux, régionaux, suprarégionaux ou encore nationaux (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 566 no 594). La loi n'exige par ailleurs pas l'attribution exclusive d'un territoire de vente à un seul distributeur (cf. arrêt du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.3).

Troisièmement, l'accord doit entraîner une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. ch. 10 par. 1 let. b *CommVert* et ch. 6 de la note explicative; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4 ss). L'art. 5 al. 4 LCart appréhende uniquement et spécifiquement l'exclusion des ventes passives et non tout accord quelconque de cloisonnement du marché (*Marktabstimmung*; cf. Couchepin BO 2002 N 1434 ss). L'interdiction des ventes actives ne tombe ainsi pas dans le champ d'application de la présomption (cf. ch. 10 par. 1 let. b *CommVert a contrario*; Schiesser BO 2003 E 329 ss; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.4; arrêt du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.3.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *BSK-KG*, op. cit., art. 5 p. 437 ss no 554 ss; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd. 2005, [Kartellrecht] p. 226 ss no 469 ss; AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, op. cit., no 70). Par ventes passives, on entend notamment le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finaux ou distributeurs) établis sur le territoire alloué exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients (cf. point 51 lignes directrices; ch. 3 *CommVert*; ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 607).

L'art. 5 al. 4 LCart s'applique sans équivoque à l'exclusion directe des ventes passives, telle que l'obligation faite au distributeur de ne pas vendre à des clients situés sur certains territoires ou de transmettre à d'autres distributeurs les commandes provenant de clients situés sur un territoire qui ne lui a pas été attribué (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 569 no 612 ss; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, 2013, p. 116 no 2.259; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 5e éd., 2012, no 669; point 50 lignes directrices). L'art. 5 al. 4 LCart s'applique également à l'exclusion indirecte des ventes passives dans les territoires réservés (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 570 no 615; ZÄCH, *Kartellrecht*, op. cit., p. 226 no 469; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: *BSK-KG*, op. cit., art. 5 p. 437 no 554 ss; CHRISTIAN KAUFMANN, *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, 2004, p. 142; cf. également ch. 10 par. 1 let. b et 10 par. 2 *CommVert*; point 50

lignes directrices), laquelle peut être mise en oeuvre par un refus ou une réduction de primes, de bonus ou de rabais, une réduction des quantités livrées, une limitation des livraisons à la demande ou un arrêt des livraisons ou encore une menace de résiliation du contrat en cas de ventes dans des territoires réservés à d'autres distributeurs, lorsque ces mesures entraînent un accord exprès ou tacite entre producteur et distributeur sur le fait que des ventes passives ne peuvent avoir lieu dans des territoires réservés. On peut encore citer une exigence de prix plus élevés pour les produits vendus sur les territoires réservés ainsi que la limitation de la part des produits, des obligations de restituer les gains et, plus généralement, des obligations de compensation, un refus d'accorder une garantie, une obligation d'obtenir une autorisation ou encore des formulations équivoques ou imprécises (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 570 ss no 616 ss; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: *BSK-KG*, op. cit., art. 5 p. 437 ss no 554 et 569 ss; point 50 lignes directrices). De telles pratiques peuvent également être soutenues par des « mesures d'accompagnement », telles qu'un système de surveillance afin de vérifier le lieu de destination réel des marchandises livrées. A elles seules, celles-là ne permettent toutefois pas d'établir une exclusion des ventes dans les territoires attribués (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: *CR-Concurrence*, op. cit., art. 5 LCart p. 572 no 624; point 50 lignes directrices).

7.4 En l'espèce, il ressort des articles premier des accords litigieux que les éditeurs ont confié à la recourante la diffusion et/ou la distribution exclusive(s), sur le territoire suisse, de leurs ouvrages (cf. *supra* let. A.b.a et A.b.b) - ce que la recourante ne conteste pas. Les premier et deuxième critères à l'application de la présomption - relatifs au contrat de distribution et à l'attribution de territoire de distribution - sont dès lors réalisés.

Ceci étant, il reste à examiner si le régime d'exclusivité conféré entraîne l'interdiction en Suisse des ventes passives des ouvrages desdits éditeurs. A cet égard, il y a lieu de préciser la notion d'« exclusion des ventes par d'autres fournisseurs agréés » contenue à l'art. 5 al. 4 LCart et de distinguer selon que l'exclusion des ventes est imposée aux éditeurs (cf. *infra* consid. 8) ou à des partenaires de distribution (cf. *infra* consid. 9).

8. Exclusion des ventes par les éditeurs

La recourante fait valoir que l'art. 5 al. 4 LCart n'est pas applicable à ses contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) passés avec des éditeurs étrangers, dès lors que, selon le ch. 9 de la note explicative, l'interdiction des ventes passives convenue entre un fournisseur étranger et l'importateur général suisse ne constituerait pas un accord de protection territoriale absolue.

8.1 Dans 15 desdits contrats de diffusion-distribution en vigueur durant la période de l'enquête - régis par le droit suisse - la clause établissant l'exclusivité de la recourante sur le territoire suisse était suivie d'un article 2 contenant l'obligation, à charge de l'éditeur, en particulier de « faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur [...] » (cf. *supra* let. A.b.a).

Selon la recourante, cette clause signifie que l'éditeur français s'engage à ne pas ouvrir de compte à un libraire

suisse. Or, un tel engagement serait licite en droit suisse de la concurrence. En effet, un éditeur ayant accordé une exclusivité pour la Suisse à Albert le Grand peut licitement refuser d'ouvrir un compte à des clients de celle-ci. De plus, dans l'hypothèse d'une vente par l'éditeur, il s'agirait d'une vente active (car découlant de l'office nouveautés) et non passive. L'autorité inférieure rétorque que l'engagement de ne pas procéder à des ventes passives dans les territoires attribués, lorsqu'il est pris par un éditeur exerçant également une activité de distribution des produits contractuels sur d'autres territoires - comme c'est le cas de l'éditeur E.G. _____ -, tombe sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace. Il ne ressortirait en effet pas d'une interprétation conforme au droit que l'art. 5 al. 4 LCart serait inapplicable à des systèmes de distribution sitôt que des entreprises assumeraient également une activité de production, la condition centrale de dite disposition étant l'exclusion des ventes passives.

8.2 Il convient donc dans un premier temps de déterminer si l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions imposées aux distributeurs et non celles à la charge des producteurs, étant précisé que, dans la configuration propre aux contrats de distribution en cause, l'éditeur fait office de « producteur » des livres distribués en Suisse par la recourante.

8.2.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarter de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

8.2.2 Ainsi, il ressort des versions allemande et italienne de l'art. 5 al. 4 LCart que, par « fournisseurs », il convient d'entendre « distributeurs » (*Vertriebspartner, distributori*). L'exclusion des ventes passives doit ainsi être imposée à d'« autres » distributeurs (*gebietfremde Vertriebspartner, distributori esteri*), sous-entendu autres que le distributeur, partie au contrat de distribution en cause, s'étant vu allouer le territoire considéré. Une telle formulation suppose dès lors que celui qui se voit interdire de procéder à des ventes passives sur le territoire attribué est un partenaire de distribution actif sur un autre territoire (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.3.3). Une telle interprétation ressort également, *a contrario*, des travaux préparatoires: un producteur (*Hersteller/Lieferant*) a le droit de s'interdire, dans un contrat de distribution, de livrer directement les acheteurs finaux (*Endabnehmer*) ou d'autres distributeurs (*Händler*) dans le territoire alloué (cf. Schiesser BO 2003 E 329; voir

également Büttiker BO 2003 E 330 ss). Elle découle également du ch. 9 pt 1 de la note explicative, lequel précise que l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur n'est pas par elle-même couverte par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart. De même, selon la doctrine, les limitations de la liberté d'action du producteur ne sont pas concernées par l'art. 5 al. 4 LCart; celui-ci vise uniquement les restrictions de la liberté d'action du distributeur (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 558, 559 et 577 no 557, 560 et 644; voir également AMSTUTZ/REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, op. cit., no 28 et 73; RETO JACOBS, *Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht*, RSJ 107/2011 p. 210). Egalement, en droit européen, l'art. 4/b REC 330/2010 ne concerne que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients; les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas des restrictions caractérisées (cf. point 50 lignes directrices).

8.2.3 Sont ainsi considérés comme « autre fournisseur agréé » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, le distributeur - actif sur un territoire autre que le territoire réservé - et ses clients, à savoir grossistes, détaillants ou autres entités actives au niveau *wholesale* sur son territoire.

8.2.4 En définitive, le contrat de distribution exclusive se caractérise par l'engagement du producteur, respectivement de l'entité concédant l'exclusivité, d'assurer au distributeur l'exclusivité des produits contractuels en vue de leur revente dans un territoire ou à une clientèle donnés et par l'engagement du distributeur de promouvoir lesdits produits (cf. Xoudis, op. cit., p. 34). L'intensité de l'exclusivité promise peut varier. L'entité concédante peut ainsi se réserver le droit, dans le contrat de distribution exclusive, de vendre directement une partie de sa production aux clients finaux dans le territoire attribué, aux côtés du distributeur, tout en s'engageant à ne livrer aucun autre distributeur que le distributeur exclusif (cf. Hoch Classen, op. cit., p. 21). L'exclusivité peut au contraire être définie rigoureusement et obliger le producteur à ne vendre qu'au concessionnaire dans le territoire concerné, ainsi que de s'abstenir de toute intervention directe dans la zone réservée à celui-là, y compris renoncer à opérer des ventes passives. Le producteur devra alors transférer au concessionnaire toute demande de clients se trouvant sur ce territoire (cf. CHRISTOPH MÜLLER, *Les contrats de distribution / I.-II.*, in: *Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis*, Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives, 2013, p. 77; URS EGLI, *Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis (1. Teil)*, in: *recht 2014* p. 1 ss, spéc. p. 10; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). La volonté de ne pas sanctionner l'entité concédante s'imposant le respect de l'exclusivité qu'elle accorde s'inscrit dans le contexte d'une clause d'exclusivité simple (cf. XOUDIS, op. cit., p. 35). Une telle restriction du producteur relève de la nature même du contrat de distribution exclusive (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 mai 2010, reproduit in: DPC 2010/4, p. 793 ss, *Jovani*, consid. 3.3.3.2 ss; Giger, op. cit., p. 574). Du point de vue du droit de la concurrence, elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart tant et aussi longtemps que l'acheteur est libre de s'approvisionner auprès du fournisseur de son choix.

8.2.5 Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a ainsi admis que l'engagement par lequel le producteur renonçait à opérer des ventes passives directement aux clients finaux dans le territoire attribué au distributeur exclusif n'était pas saisi par l'art. 5 al. 4 LCart (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2; cf. également ch. 9 de la note explicative). Contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, le fait que le producteur soit également actif dans la distribution sur d'autres territoires est inopérant. Celui-ci peut en effet légitimement renoncer à toute vente directe sur le territoire réservé et ce, même s'il exerce une activité de distribution sur d'autres territoires (cf. arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich précité *Jovani* consid. 3.3.3.2; GIGER, op. cit., p. 574; HOCH CLASSEN, op. cit., p. 21). En effet, l'art. 5 al. 4 LCart vise les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché. A l'inverse, l'art. 5 al. 3 LCart vise ceux passés entre des entreprises effectivement ou potentiellement en concurrence. En cas de double distribution - lorsque le producteur est également actif dans la distribution de ses produits sur d'autres territoires - l'accord possède à la fois une composante verticale et horizontale (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 435 no 541). Toutefois, seul l'art. 5 al. 4 LCart trouve application dans ce cas (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 557 ss no 554; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 435 no 541), le producteur agissant en tant qu'entreprise située en amont du distributeur (cf. ég. en droit européen, art. 2 ch. 4 let. a et b du règlement d'exemption par catégorie). La distinction est importante, dans la mesure où la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart vise tout accord de répartition des marchés. Or, tel n'est pas le cas de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

8.2.6 Il suit de là que l'art. 5 al. 4 LCart ne vise que les restrictions à la charge du distributeur, celles s'imposant au producteur - soit l'entreprise située en amont - n'étant pas concernées par dite disposition.

8.3 Sur le marché du livre, le travail d'édition se concentre sur la production des livres; les parties ne le contestent pas. A l'inverse, les activités de diffusion et de distribution se concentrent uniquement sur la commercialisation et la distribution des livres produits par les éditeurs.

Il s'ensuit que seule l'entreprise qui édite l'ouvrage peut être considérée comme « producteur » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, indépendamment de savoir si elle se charge elle-même de la commercialisation et de la distribution de ses ouvrages. En revanche, l'entreprise qui n'assure que la commercialisation et la distribution d'ouvrages édités par des tiers n'intervient qu'en qualité de distributeur, à savoir de « fournisseur agréé » au sens de dite disposition.

8.4 En l'occurrence, les éditeurs se sont engagés auprès de la recourante, en particulier à « faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur [...] », de sorte qu'ils ont renoncé à opérer des ventes directes aux détaillants sis sur le territoire suisse. Or, il suit de ce qui précède que l'interdiction faite au producteur, respecti-

vement à l'entité concédante, de procéder à des ventes, tant actives que passives, auprès des consommateurs finaux dans les territoires attribués ne consacre pas une violation de l'art. 5 al. 4 LCart. Ceci étant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant l'argument de la recourante selon lequel les ventes opérées par l'éditeur seraient des ventes actives.

9. Exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution

Une exclusion des ventes passives par les partenaires de distribution desdits éditeurs, actifs hors de Suisse, pourrait en revanche constituer une infraction à la loi sur les cartels.

9.1 Selon l'autorité inférieure, les contrats de diffusion et/ou de distribution produits par la recourante (cf. *supra* let. A.b.a et A.b.b) prévoient tous (à une exception près), nonobstant des formulations différentes, un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives, ceux-ci ne connaissant en effet pas de différenciation dans leur mise en oeuvre. La recourante opère quant à elle une distinction selon la teneur des clauses litigieuses, soit entre les clauses d'exclusivité « simple », lesquelles représenteraient plus de [...] % de son chiffre d'affaires réalisé dans la diffusion et seraient tout à fait légales, et les clauses d'exclusivité « renforcée », non moins légales.

9.2 A titre liminaire, il convient, comme pour toute disposition contractuelle, de déterminer la volonté des parties. Le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention (cf. art. 18 al. 1 CO; ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1, 131 III 606 consid. 4.1). Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (cf. ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure mais doit résulter de l'administration des preuves (cf. arrêt du TF 5A_198/2008 du 26 septembre 2008 consid. 4.1) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que chacune d'elles pouvait et devait, d'après les règles de la bonne foi, raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance; cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 132 III 626 consid. 3.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3, 130 III 417 consid. 3.2, 129 III 118 consid. 2.5, 128 III 419 consid. 2.2).

9.2.1 Parmi les 23 contrats de diffusion-distribution exclusives versés à la cause, 15 contiennent la clause suivante:

Art. 2

« L'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter cette exclusivité auprès des clients du diffuseur et en particulier auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire suisse. »

9.2.1.1 Ainsi, il s'agirait à ce stade de rechercher en premier lieu ce que la recourante et ses 15 éditeurs ont réellement voulu en stipulant que ceux-ci s'engageaient à faire respecter l'exclusivité octroyée à celle-là, auprès des libraires ou chaînes de librairies ayant des points de vente en dehors du territoire suisse. Or, une interprétation subjective de dite clause n'est en l'occurrence pas possible. Le dossier ne contient en effet aucun élément permettant de connaître l'intention de chacun des 15 éditeurs s'agissant de la clause litigieuse. En outre, on ne connaît pas non plus celle de la recourante dès lors que le sens qu'elle donne à cette clause dans ses écritures diffère de celui qu'elle lui a prêté lors de son audition devant le tribunal de céans. En effet, alors qu'elle prétendait dans son recours que celle-là était une clause « renforcée » qui visait les ventes actives et qui « pourrait » concerner la Fnac suisse et Payot, elle a affirmé lors de son audition que la seconde partie de la clause 2 traitait le cas particulier de la Fnac suisse et commandait à l'éditeur de ne pas ouvrir de comptes pour les Fnac suisses. Ceci étant, en tant que la réelle et commune intention des parties ne peut en l'espèce être retracée, il se justifie de procéder à une interprétation objective de dite clause, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une clause-type, reprise à l'identique dans les 15 contrats. Il s'agit ainsi de déterminer le sens que les parties pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à celle-là.

9.2.1.2 Dans son recours, la recourante a exposé que la seconde partie de dite clause, qu'elle qualifie de « renforcée », viserait les ventes actives et serait donc tout à fait légale. Contrairement aux clauses contractuelles utilisées par d'autres diffuseurs condamnés à l'issue de la décision attaquée, les ventes passives n'y seraient pas mentionnées. Aussi, en tant qu'elles ne sont pas interdites, il ne peut y avoir d'exclusion des ventes passives au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Dès lors que dite clause pourrait viser les cas de la Fnac suisse et de Payot (« chaînes de libraires »), la recourante ajoute que la Fnac suisse ne peut pas être empêchée par cette clause de s'approvisionner auprès de la centrale d'achats de la Fnac en France, ce qu'elle a d'ailleurs commencé à faire. Quant à Payot, elle pouvait également, malgré ses dires, obtenir des livraisons directes: son directeur a déclaré s'être adressé à plusieurs diffuseurs. Enfin, même si l'on parvenait à y lire l'interdiction de ventes passives, cette clause n'aurait pas d'effets dès lors qu'elle n'a jamais été appliquée par la recourante et a d'ailleurs été supprimée avant même le prononcé de la décision attaquée. L'autorité inférieure n'a du reste pu donner aucun exemple de client de la recourante qui aurait été victime de cette clause.

Entendue oralement par le tribunal de céans au cours d'une audience d'instruction sollicitée par elle, la recourante s'est encore prononcée sur dite clause. Elle a exposé que celle-ci traitait le cas particulier de la Fnac et

qu'elle avait été introduite dans ses contrats à la suite de l'entrée de celle-ci sur le marché suisse. En vertu de cette clause, l'éditeur s'engageait ainsi, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante en particulier auprès de la Fnac, laquelle possède aussi des magasins en France. Selon la recourante, cette précision est importante dans la mesure où la Fnac a déjà des comptes ouverts pour chacun de ses magasins chez les principaux éditeurs. La recourante aurait ainsi voulu demander à l'éditeur « d'empêcher la Fnac suisse de lui adresser une demande de rajouter quatre magasins pour la Suisse, sous prétexte qu'il y en a d'autres pour la France ». Elle aurait « uniquement demandé à l'éditeur de ne pas ouvrir de comptes permettant à la Fnac d'avoir un office, un suivi commercial comme avec ses autres libraires français ». Elle ne lui aurait dès lors pas demandé de surveiller ce que faisait la centrale d'achats ou de surveiller les autres grossistes. Elle précise encore qu'en écrivant « dans la mesure de ses moyens », elle a voulu éviter à l'éditeur « une négociation qui serait trop à son désavantage si la Fnac insistait »; elle voulait éviter tout « clash » entre l'éditeur et la Fnac dans une négociation la concernant. La recourante, qui dit diffuser des éditeurs de taille moyenne à petite, ajoute encore que dite clause était toutefois inutile dès lors que tous les éditeurs en France n'ont pas de compte ouvert pour chacun des magasins Fnac; certains éditeurs sont effet trop petits pour justifier l'ouverture d'un compte par magasin et n'auraient dès lors qu'un seul compte Fnac - ce que la recourante ignorait et n'aurait appris que plus tard. Partant, les librairies Fnac voulant commercialiser les livres d'un petit éditeur (auprès duquel elles n'ont pas de compte ouvert) peuvent commander ceux-ci à l'éditeur via ce compte vers la centrale d'achats française (sans que l'éditeur ne le sache forcément), laquelle envoie les livres en Suisse. Rien n'empêche dès lors la Fnac, si elle le souhaite, de commander des livres depuis sa centrale d'achats française à l'éditeur, laquelle les envoie en Suisse. Cette clause n'avait ainsi « pas de sens car il n'y aurait de toute façon pas eu de demandes de la part des Fnac pour ouvrir des comptes depuis la Suisse, puisque, déjà en France, elles ne le faisaient pas ».

A suivre l'interprétation fournie par la recourante lors de son audition, dite clause signifierait donc que l'éditeur s'engage, dans la mesure de ses moyens, à faire respecter l'exclusivité octroyée à la recourante auprès des clients de celle-ci, à savoir les librairies suisses et, en particulier, auprès des Fnac suisses. Formulé autrement, l'éditeur s'engagerait à faire respecter ladite exclusivité auprès des librairies suisses et, en particulier, auprès de celles disposant également de magasins à l'étranger, comme c'est le cas des Fnac suisses.

9.2.1.3 Or, une telle interprétation ne peut raisonnablement et de bonne foi être suivie et ce, tant par la lettre que par le but poursuivi par dite clause. Du point de vue littéral d'abord, si la seconde partie de la clause visait effectivement les librairies suisses disposant de points de vente à l'étranger, celle-ci s'adresserait dès lors à des chaînes de magasins uniquement. Dans ce cas, pourquoi alors spécifier qu'il peut s'agir de « librairies ou chaînes de librairies »? Pourquoi mettre l'accent, par l'emploi de l'adverbe « en particulier », sur les librairies

suisses si elles ne se distinguent finalement pas de celles mentionnées dans la première partie de la clause? De même, à supposer que les « points de vente en dehors du territoire suisse » ne se rapportent qu'aux chaînes de librairies, pourquoi répéter alors que dite clause vise - et, de surcroît, en particulier - les librairies suisses? Du point de vue téléologique ensuite, on peine à saisir le but visé par la précision apportée dans la seconde partie de la clause: l'exclusivité octroyée doit être respectée par les clients du diffuseur et, en particulier, par les Fnac suisses. La Fnac suisse étant une chaîne de librairies implantée en Suisse et livrée par la recourante, elle est incontestablement déjà comprise dans la première partie de la clause - les « clients du diffuseur ». A suivre la recourante, la seconde partie de la clause ne serait dès lors qu'une redite de la première. En outre, on peine à saisir pour quels motifs la recourante tenait à ce que les Fnac suisses en particulier n'ouvrent pas de comptes auprès de l'éditeur, celle-ci s'étant contentée d'« expliquer » qu'elle voulait empêcher la Fnac suisse d'adresser à l'éditeur une demande de rajouter quatre magasins pour la Suisse, sous prétexte qu'il y en a d'autres pour la France; qu'elle ne voulait pas que celle-ci puisse avoir un office, un suivi commercial comme avec ses autres libraires français.

Ceci étant, le tribunal retient qu'on ne peut, raisonnablement et de bonne foi, comprendre la clause litigieuse autrement que dans le sens où l'éditeur s'engage (dans la mesure de ses moyens) à faire respecter l'exclusivité accordée à la recourante auprès des libraires suisses et, en particulier, auprès des libraires ou chaînes de librairies situés à l'étranger. Aucune autre interprétation ne peut objectivement être déduite de dite clause. La seconde partie de la clause contenue à l'art. 2 constitue dès lors une clause de protection territoriale, comme l'avait par ailleurs auparavant admis la recourante dans son recours et ses écritures ultérieures. Reste encore à déterminer si, comme elle le prétend, celle-là ne viserait que les ventes actives, les ventes passives n'y étant pas mentionnées.

L'éditeur s'est engagé auprès de la recourante « à faire respecter » cette exclusivité dans la mesure de ses moyens. Or, il va de soi que l'exclusivité octroyée à la recourante sur le territoire suisse ne peut être garantie que si les ventes actives et les ventes passives sont exclues. Même si, comme le relève la recourante, une telle précision ne ressort pas expressément de la lettre de la clause, il est sous-entendu que l'éditeur s'emploiera, par tous les moyens, à faire respecter cette exclusivité et ne se limitera pas à interdire les seules ventes actives. Le but visé par la clause ne peut en effet être pleinement atteint que si aucune importation parallèle - qu'elle soit encouragée ou spontanée - n'est entreprise. Contrairement à ce que soutient la recourante, on ne peut dès lors objectivement déduire de dite clause que celle-ci vise les seules ventes actives. A noter encore les contradictions de la recourante qui a affirmé que plus de [...] % des contrats passés avec ses éditeurs ne faisaient aucune référence aux ventes passives (cf. *infra* consid. 9.5.3.1), ce qui laisse à penser que les contrats contenant une clause « renforcée » eux s'y réfèrent.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que la seconde partie de la clause contenue à l'art. 2 des con-

trats de diffusion-distribution exclusives passés entre la recourante et 15 de ses éditeurs constitue une clause de protection territoriale absolue.

9.2.2 5 des 9 contrats de distribution pure, versés à la cause, contiennent en outre les clauses suivantes:

Art. 1

« L'éditeur confie au distributeur la distribution exclusive de ses ouvrages en Suisse auprès des libraires, kiosques, et grandes surfaces. »

Art. 6

« L'éditeur délivrera rapidement les commandes du distributeur selon le mode de transport déterminé et fera respecter la présente convention par tous les grossistes et autres dépositaires. »

9.2.2.1 Egalement invitée, lors de son audition devant le tribunal de céans, à se prononcer sur l'art. 6 contenu dans cinq de ses contrats de distribution pure, la recourante a tout d'abord indiqué que ce n'est pas elle qui les avait rédigés; elle les avait reçus. Elle expose ensuite que les éditeurs concernés par ces contrats ne relèvent pas de l'économie du livre traditionnel, qu'ils publient pour des auteurs qui veulent être publiés à compte d'auteur. L'auteur s'engage alors à acheter son stock; le contrat entre l'éditeur et l'auteur prévoit en règle générale que l'auteur est le propriétaire des livres; il peut naturellement également les vendre. La recourante n'entreprend aucun travail de diffusion; dans la plupart des cas, c'est l'auteur lui-même qui passe d'une librairie à l'autre pour présenter son livre. Si le libraire refuse toutefois d'acheter directement à l'auteur, il commande le livre auprès de la recourante. Ces contrats de distribution pure ne concernent que des auteurs suisses. La recourante ajoute que les éditeurs en question ont un distributeur attitré pour la France: Y. _____, lequel livre toute commande émanant d'un libraire suisse. La recourante n'aurait dès lors pas l'exclusivité de la distribution des ouvrages desdits éditeurs en Suisse, dès lors que tant les auteurs que Y. _____ livrent sur ce territoire. Elle ajoute pour finir que Y. _____ n'est pas un grossiste dissimulé; il s'agit du distributeur officiel de l'éditeur.

9.2.2.2 Ainsi, à suivre la recourante, le fait que le distributeur officiel français Y. _____ puisse soi-disant livrer en Suisse les ouvrages des cinq éditeurs en cause lui ayant confié la distribution exclusive de leurs catalogues pour la Suisse apporterait la preuve qu'elle ne disposerait pas de l'exclusivité sur ce territoire. Ce faisant, les engagements pris par les éditeurs consistant à faire respecter la convention par tous les grossistes et autres dépositaires constitueraient, selon la recourante, des accords de protection territoriale absolue même si, contrairement aux 15 contrats de diffusion-distribution exclusives précités, elle ne leur reconnaît pas expressément un caractère « renforcé ». Rien au dossier ne permet en revanche de déterminer ce que chacun des cinq éditeurs signataires a réellement voulu par la conclusion de dite clause. Ceci étant, en tant que la réelle et commune intention des parties ne peut en l'espèce être retracée, il se justifie de procéder à une interprétation objective de la clause litigieuse, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une clause-type, reprise à l'identique dans les cinq contrats. A l'instar de ce qui précède, il s'agit dès lors de

déterminer le sens que les parties pouvaient et devaient, raisonnablement et de bonne foi, attribuer à la seconde partie de l'art. 6 contenu dans cinq contrats de distribution pure.

Si l'engagement litigieux figure certes dans une phrase dont la première partie traite de la question du transport des ouvrages de l'éditeur vers le distributeur, il lui est relié par la conjonction de coordination « et ». Ainsi, au regard des termes utilisés, dit engagement possède une portée plus large que celle restreinte au seul transport des livres. En effet, l'emploi des termes « la présente convention » s'oppose à une application dudit engagement confinée à ladite clause et lui confère une portée propre en lien avec l'ensemble des autres clauses, en particulier avec celle d'exclusivité simple contenue à l'article premier des contrats en cause. Il y a dès lors lieu d'admettre que la clause litigieuse vise toute entité active dans la vente des ouvrages contractuels au niveau *wholesale*. Par la signature de cette clause, les éditeurs concernés se sont ainsi engagés à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante sur le territoire suisse par leurs autres partenaires de distribution. En l'occurrence, la vente des ouvrages des cinq éditeurs parties aux contrats de distribution pure avec la recourante est assurée sur le territoire français par le distributeur Y. _____. A cet égard, il y a lieu de relever que l'assertion selon laquelle Y. _____ livrerait n'importe quel libraire en Suisse n'est confortée que par un seul élément de preuve, postérieur à la période de référence (cf. *supra* consid. 9.11). Enfin, pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus en lien avec l'art. 2 des 15 contrats de diffusion-distribution exclusives (cf. *supra* consid. 9.2.1.3), la clause litigieuse contenue à l'art. 6, en relation avec l'article premier, vise tant les ventes actives que les ventes passives.

Il suit de ce qui précède qu'il peut être raisonnablement admis qu'en lien avec les clauses d'exclusivité simple que contiennent les cinq contrats de distribution pure, la seconde partie de la clause contenue à l'art. 6 constitue une clause de protection territoriale absolue.

9.3 De plus, en tant que les 20 éditeurs, parties aux contrats précités contenant une clause de protection territoriale absolue (cf. *supra* consid. 9.2.1 et 9.2.2), ont pris un tel engagement auprès de la recourante, il convient d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que les éditeurs ont effectivement mis en oeuvre celui-là. Une telle promesse fait en effet naître une présomption de fait que dites entités concédantes ont passé des contrats ou pris des mesures afin d'empêcher leurs partenaires de distribution actifs sur d'autres territoires de livrer les produits contractuels en Suisse. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». Elle peut être affaiblie par des éléments apportés par la partie recourante (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1 *in fine* et réf. cit.; arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 7.2.2 et B-3618/2013 du 24 novembre 2016 *Starticket* consid. 333 ss).

9.3.1 A cet égard, la recourante a fait valoir dans ses écritures que, parmi les 15 contrats de diffusion-distribution contenant une clause d'exclusivité « renfor-

cée » (cf. *supra* consid. 9.2.1), ceux passés avec les éditeurs E.C._____, E.B._____, E.D._____, E.E._____ et E.F._____ prévoient que l'auteur peut acheter à l'éditeur les ouvrages qu'il a écrits avec des remises importantes. Les auteurs s'en serviraient ainsi souvent pour vendre leurs livres directement; ils approcheraient les détaillants en leur proposant d'écouler quelques exemplaires de leurs ouvrages. Aussi, nonobstant la clause « renforcée », la recourante n'aurait pas la maîtrise du marché de l'approvisionnement en Suisse, dite clause n'étant en effet pas efficace pour un certain nombre d'éditeurs vendant directement aux auteurs établis en Suisse. Bien qu'il s'agisse d'un marché confidentiel, les ventes directes par l'auteur représentent une concurrence réelle sachant que la recourante écoule la majorité des livres [...]. Cette pratique est d'autant plus courante lorsqu'elle est le fait d'un auteur de Suisse romande.

9.3.2 Tout d'abord, il y a lieu de constater que les contrats conclus avec les éditeurs précités - qui sont par ailleurs des contrats de distribution pure et ne font donc pas partie des 15 contrats de diffusion-distribution exclusives auxquels se réfère la recourante - ne contiennent nullement la disposition évoquée selon laquelle l'auteur pourrait acheter à l'éditeur les ouvrages qu'il a écrits avec des remises importantes. Ensuite, il ressort des écritures de la recourante, de même que de son audition devant le tribunal de céans ainsi que des 5 contrats de distribution pure en question que ceux-ci concernent principalement la distribution d'ouvrages d'auteurs suisses (romands). Or, la vente directe de livres par des auteurs établis en Suisse aux détaillants sis sur ce même territoire n'est pas apte à démontrer que le marché suisse n'était pas cloisonné. En effet, ceux-là n'étant pas actifs à l'étranger, ils n'entrent pas dans la définition de « autres fournisseurs agréés » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. *supra* consid. 8.2.3).

9.3.3 Il s'ensuit que la vente directe de livres par des auteurs suisses aux détaillants suisses ne serait, dans tous les cas, pas apte à affaiblir la présomption de fait selon laquelle les éditeurs parties aux contrats de distribution pure précités prévoyant une clause de protection territoriale absolue ont exclu les ventes passives sur le territoire national par d'autres fournisseurs agréés.

9.4 Il ressort de ce qui précède qu'indépendamment de la qualification que leur a donnée la recourante ou encore de leur teneur, les contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont constituent - au moins pour 20 d'entre eux - des indices selon lesquels ceux-là ont interdit les ventes passives par leurs partenaires de distribution actifs hors de Suisse. Quant aux autres contrats d'exclusivité (simple), ils ne pourraient conduire au cloisonnement du marché que si d'autres éléments venaient le prouver.

9.5 Aussi, il y a lieu d'examiner si d'autres éléments permettent d'affirmer ou, à l'inverse, d'infirmer que les éditeurs précités ont, durant la période considérée, exclu - de manière directe ou indirecte - les ventes passives sur le territoire suisse par leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger.

9.5.1 A titre préalable, il y a lieu de rappeler quelques principes procéduraux.

La procédure administrative fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire (ou inquisitoriale), ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (cf. art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire: le devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA; ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1; arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 186 et réf. cit.; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse Fribourg 2008, p. 49 ss n° 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. art. 40 PCF, applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

La procédure pouvant conduire à une sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart est une procédure administrative (cf. ATF 142 II 268 *Nikon* consid. 4.2.5.2 et 139 I 72 *Publigroupe* consid. 4.4) avec un caractère quasi-pénal (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.1 et 139 I 71 *Publigroupe* consid. 2; arrêt du TF 2C_1017/2014 du 9 octobre 2017 Koch Group consid. 2.2). Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH et 30 ou 32 Cst., notamment la présomption d'innocence et son corollaire le principe *in dubio pro reo*, ancrés aux art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a), sont par conséquent applicables en principe (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 2.2.2). En tant que règle présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (cf. arrêt du TF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 6.1 non

publié). Le juge peut fonder sa conviction quant aux faits sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.3; arrêts du TF 6B_298/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1, 6B_118/2009 et 6B_12/2011 [causes jointes] du 20 décembre 2011 consid. 7.2.2 non publié dans l'ATF 138 I 97; MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht*, PJA 2014 p. 1337).

En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude; *volle Überzeugung*). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*; cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.4 et réf. cit. et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 156 ss et réf. cit.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2e éd. 2016, art. 12 p. 290 ss no 217, Michael Tschudin, op. cit., p. 1333 ss, spéc. p. 1345). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3, 133 III 81 consid. 4.2.2 et réf. cit.; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 et réf. cit.; arrêts du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 159 et réf. cit.; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, tome I, 2e éd. 2016, p. 315 ss no 1905 ss). La Haute Cour a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4; arrêt du TF 2C_511/2013 du 27 août 2013 consid. 2.4; Hohl, op. cit., p. 327 ss no 1971 ss).

En l'occurrence, à l'instar de la procédure administrative ordinaire, la certitude est en principe également requise en droit des cartels suisse (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.3.2, B-581/2012 *Nikon* consid. 5.5.2 et réf. cit.). Les autorités de la concurrence doivent ainsi être convaincues de l'existence des éléments constitutifs de la définition de l'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les exigences liées à la preuve ne doivent toutefois pas être exagérées lorsque, comme en l'espèce, les faits, par leur nature, sont difficilement démontrables (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 8.3.2). En effet, les preuves directes de l'existence d'un accord en matière de concurrence sont en pratique très rares (cf. PHILIPP ESTERMANN, *Die unverbindliche Preiseempfehlung*, 2016, p. 216). L'appréciation doit donc se faire sur la base d'indices dans de tels cas (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 6.4.4).

Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5). Dans le cas d'espèce, la charge et le fardeau de la preuve de l'existence d'un accord au sens de l'art. 4 LCart incombent aux autorités de la concurrence (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 232 ss no 36).

Il s'ensuit que l'existence d'une exclusion des ventes passives sur le territoire suisse imposée, durant la période de référence, par les partenaires commerciaux en amont de la recourante à leurs autres fournisseurs agréés doit être établie avec certitude, l'appréciation pouvant toutefois se faire sur la base d'indices.

9.5.2 Ainsi, l'autorité inférieure a relevé dans sa décision que de nombreux diffuseurs avaient indiqué au cours de l'enquête que le régime d'exclusivité était indispensable pour garantir la faculté accordée aux détaillants suisses de retourner leurs invendus (droit de retour). L'autorité inférieure y voit une contradiction avec l'affirmation des diffuseurs, selon laquelle les détaillants suisses ont toujours été en mesure de s'approvisionner où bon leur semblait. En effet, soit le régime d'exclusivité n'exclut pas les ventes passives et le droit de retour doit être agencé en conséquence pour éviter des comportements opportunistes, soit le régime d'exclusivité exclut les ventes passives et l'acceptation des retours peut être pratiquée sans risque de comportements opportunistes, puisque le diffuseur peut partir de la certitude que les livres qui lui parviennent en retour ont d'abord été livrés par ses propres soins.

9.5.2.1 La recourante fait savoir qu'elle n'a jamais prétendu qu'une interdiction des ventes passives était nécessaire pour garantir le droit de retour. Elle expose n'accorder un droit de retour aux libraires que pour les livres diffusés selon le système de « l'office nouveautés », c'est-à-dire pour des commandes passées avant la parution des nouveautés. Ce faisant, soit le représentant du diffuseur rend visite au libraire pour lui présenter les nouveautés à paraître et prend note de ses commandes (office personnalisé), soit l'éditeur propose une « grille d'office » énumérant toutes les catégories de livres susceptibles de paraître et le libraire indique pour chaque élément de la grille qui l'intéresse la quantité qu'il souhaite recevoir à parution. Le droit de retour accordé sur ce type de commandes permet ainsi de supprimer les conséquences de l'erreur d'appréciation du libraire sur la quantité d'ouvrages qu'il a commandés (sans les connaître). Ce système, qui apporte un avantage certain au libraire et qui permet au diffuseur de vendre des livres que le libraire n'aurait peut-être pas commandés autrement, fait l'objet d'un contrat tacite entre le diffuseur et le libraire: pour une référence commandée en office, et pour la durée du droit de retour (en général dix à douze mois suivant la parution de la nouveauté), le libraire s'abstient de commander cette référence ailleurs. Cette garantie d'approvisionnement exclusif du libraire vis-à-vis du diffuseur serait tout à fait

licite du point de vue de la concurrence. Ceci étant, il ne serait pas nécessaire d'introduire des clauses d'interdiction de ventes passives pour que le droit de retour puisse s'exercer sans dommage pour le diffuseur. Il est vrai qu'en général un détaillant, client de la recourante, ne cherchera pas à s'adresser à un autre diffuseur ou distributeur à l'étranger s'il bénéficie du droit de retour et s'il est satisfait de sa relation avec elle, ce qui n'est pas illicite. Le droit de retour ne sera en revanche plus accordé par le diffuseur (avec l'accord de l'éditeur) si le détaillant lui retourne des livres achetés ailleurs; la relation contractuelle peut subsister mais le privilège du retour ne sera plus donné. Le détaillant qui ne souhaite pas bénéficier du privilège du retour peut en revanche acheter, à sa guise, ses livres ailleurs. Pour tous les livres diffusés autrement que sous le régime de l'office - soit, pour les exercices 2011 et 2012, environ [...] % du chiffre d'affaires du secteur diffusion de la recourante - le droit de retour est exclu; « aucun besoin de se protéger dans ces cas-là ». La recourante précise encore que le droit de retour s'appuie sur un accord passé avec les libraires et non avec les éditeurs; il s'applique indépendamment du type d'accord d'exclusivité (« simple » ou « renforcée ») passé entre le diffuseur et l'éditeur. Le refus des ventes passives n'est pas requis pour garantir le droit de retour; le contrat d'exclusivité limitant les ventes actives suffit. La recourante ajoute encore qu'une vente découlant de l'office nouveautés serait une vente active. Ce serait évident dans le cas de l'office personnalisé puisque le représentant visite régulièrement le libraire. Il en irait de même s'agissant de la grille d'office dès lors qu'elle implique une négociation entre le représentant et le libraire (pour l'établir ou pour la modifier) et est assortie d'un droit de retour; elle ne peut donc pas être considérée comme une vente passive. De plus, elle agit comme une « publicité ciblée » puisqu'elle permet au libraire de prendre connaissance des nouveautés sans risque, ce qui confirme la nature de vente active.

L'autorité inférieure considère que le fait que des accords tacites d'approvisionnement exclusif avec les détaillants existent confirme que le système de distribution de la recourante a reposé sur une exclusion des ventes passives, laquelle aurait été garantie par le régime d'exclusivité qu'elle a mis en place avec ses partenaires commerciaux non seulement en amont mais également en aval, soit avec les détaillants. En d'autres termes, selon la recourante, un détaillant qui s'adresserait à une source alternative d'approvisionnement à l'étranger pour obtenir des livres diffusés-distribués en Suisse violerait l'accord tacite qu'il a passé avec elle. L'autorité inférieure relève en outre que non seulement la recourante n'a pas prétendu que la faculté pour les libraires de retourner les livres invendus avait été mise en oeuvre de manière différente selon que la clause prévoyait une exclusivité « renforcée » ou « simple » mais encore, elle a expressément admis elle-même que le droit de retour s'appliquait indépendamment du « type » d'accord d'exclusivité. Enfin, l'autorité inférieure soutient que l'argument de la recourante prétendant qu'une exclusion des ventes uniquement actives serait apte à permettre la gestion du droit de retour ne correspond pas aux faits. La recourante ne serait en effet nullement protégée d'un détaillant qui procéderait à des importations parallèles, par exemple par l'intermédiaire d'un libraire en France et qui

retournerait les livres auprès de la recourante. C'est seulement si un détaillant ne peut pas s'approvisionner par un autre canal que la recourante a l'assurance que seuls les livres qu'elle a distribués lui seront, le cas échéant, retournés.

9.5.2.2 Selon la recourante, le bon fonctionnement du droit de retour serait en l'espèce garanti par le fait qu'un détaillant qui a sollicité un droit de retour sur des invendus commandés selon le système de l'office ne chercherait pas à obtenir les titres ainsi commandés à l'étranger et qu'il sait que s'il le faisait, il ne bénéficierait plus de droit de retour. Entendue par le tribunal de céans lors d'une audience d'instruction, la recourante - à la question de savoir si elle avait un moyen de se rendre compte si, par hypothèse, un libraire suisse lui retournait des livres achetés auprès d'un grossiste français - a répondu: « A vrai dire, non. Mais s'il retourne plus de livres que ce que nous avons envoyés, nous nous en rendons compte ». Ce faisant, il y a lieu d'admettre que la recourante n'a mis en place aucun dispositif lui permettant de s'assurer que les livres (diffusés selon le système de l'office nouveautés) qui lui sont retournés ont bel et bien été achetés auprès d'elle. L'engagement tacite des libraires tendant à ne pas s'approvisionner ailleurs pour lesdites références ne lui permet en effet nullement de se prémunir contre tout risque de comportements opportunistes en relation avec les invendus. La menace pesant sur eux de ne plus pouvoir bénéficier du droit de retour s'ils étaient amenés à acheter les livres en question auprès d'une source d'approvisionnement alternative n'a pas d'effets contraignants dès lors que la recourante ne dispose d'aucun moyen de contrôle pour le cas où la quantité retournée n'excéderait pas celle vendue. Ceci étant, il ne peut être exclu qu'en l'espèce, le droit de retour accordé par la recourante était garanti par le cloisonnement du marché suisse, alors qu'il ne peut être admis que la suppression de la concurrence constitue le seul moyen permettant de mettre en place un droit de retour fonctionnel (cf. sur ce point *infra* consid. 17.3.2). L'absence de mesures efficaces mises en place par la recourante pour s'assurer de ne pas rembourser des livres qu'elle n'a pas vendus constitue dès lors un indice en faveur de l'existence, durant la période considérée, d'un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité interdisant les ventes passives. En revanche, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, l'on ne saurait voir dans ledit engagement tacite des libraires, lequel concerne la seule recourante et ses détaillants, la matérialisation de la promesse de l'éditeur de faire respecter l'exclusivité accordée à la recourante par ses autres fournisseurs agréés.

La recourante a indiqué dans ses écritures que les 15 contrats de diffusion-distribution exclusives, auxquels elle a reconnu un caractère « renforcé », représentaient environ [...] % de son chiffre d'affaires total dans la diffusion (cf. ég. *infra* consid. 12.1). Or, toujours selon la recourante, les ventes assorties d'un droit de retour auraient représenté, durant la période visée par l'enquête, en moyenne [...] % de son chiffre d'affaires global. Elle a encore mentionné au cours de l'audience d'instruction que les livres faisant l'objet de contrats de distribution pure - dont il a été admis, au moins pour cinq d'entre eux, qu'ils comportaient également une clause de pro-

tection territoriale absolue - n'étaient pas diffusés selon le système de l'office nouveautés (cf. *supra* consid. 9.2.2.1). Il s'ensuit que les ventes assorties d'un droit de retour ont également concerné les ouvrages faisant l'objet de contrats d'exclusivité simple.

Partant, le droit de retour, tel que pratiqué par la recourante, constitue un indice selon lequel l'ensemble de son système de distribution - indépendamment de la teneur de ses contrats - a cloisonné le marché. La mise en oeuvre du système de distribution de la recourante n'a en effet nullement été différente selon que celle-ci se trouvait dans une relation contractuelle d'exclusivité « simple » ou « renforcée », les systèmes de distribution ne contenant pas de clause « renforcée » ne prévoyant pas d'autre mécanisme pour gérer le droit de retour. L'argument de la recourante selon lequel une vente découlant de l'office nouveautés serait une vente active est dénué de toute pertinence. Seules les ventes entreprises par les « autres fournisseurs agréés » au sens de l'art. 5 al. 4 LCart - et non celles opérées par le diffuseur-distributeur exclusif lui-même - sont pertinentes s'agissant d'établir l'existence ou non d'une protection territoriale absolue. De même, à l'instar de l'autorité inférieure, l'on ne voit pas en quoi la seule interdiction des ventes actives (imposée aux entités actives au niveau *wholesale* à l'étranger) protégerait la recourante de comportements opportunistes. En effet, un détaillant pourrait tout à fait retourner auprès et à l'insu de la recourante des exemplaires supplémentaires de nouveautés qu'il aurait spontanément commandés à l'étranger après que celle-ci les lui ait présentées et envoyées.

9.5.3 L'autorité inférieure fournit encore un autre élément quant à la portée du régime d'exclusivité de la recourante, à savoir un passage d'un procès-verbal daté du 25 mai 2005 d'une réunion de l'assemblée professionnelle du domaine diffuseurs au sein de l'ASDEL du 11 mai 2005, à laquelle a assisté notamment la recourante. Son contenu est le suivant (acte 547f p. 4 du dossier de la Comco [ci-après: acte]):

« M. P. _____ [Servidis] a récemment rencontré M. K. _____ [Payot]. Ce dernier souhaite obtenir l'autorisation du distributeur concerné d'aller s'approvisionner en France lorsqu'une commande ne peut pas être honorée dans un certain délai.

À la faveur d'un tour de table, personne n'est d'accord de signer un tel document. »

9.5.3.1 Se fondant sur les auditions menées auprès des diffuseurs et de Payot à la fin de l'année 2012, l'autorité inférieure soutient qu'il ne fait aucun doute que l'objet de la discussion était en relation directe avec la possibilité d'effectuer des importations parallèles de manière généralisée. L'autorité inférieure considère en effet que, même si l'objet de la demande de K. _____ à P. _____ ne vise que les situations de rupture de stock, les diffuseurs perçoivent une telle démarche comme un danger pour leur système de distribution respectif, raison pour laquelle dite demande, adressée bilatéralement à P. _____, a été abordée au cours de l'assemblée des diffuseurs et a donné lieu à un tour de table. En d'autres termes, pour les diffuseurs-

distributeurs, ouvrir la distribution en cas de rupture de stock revient à tolérer une exception qui pourrait avoir des conséquences non limitées à ces situations; c'est dans ce sens que « personne n'est d'accord ». Selon l'autorité inférieure, les diffuseurs se sont dès lors entretenus sur le danger des importations parallèles pour leur survie, ce qui a renforcé la capacité des systèmes de distribution respectifs à exclure toute vente passive. Elle relève encore que ceux-là ont communiqué mutuellement, à diverses reprises, sur les dangers de voir certains détaillants, en particulier les détaillants les plus importants, augmenter la pression sur les régimes d'exclusivité. Elle se réfère à cet égard à un autre procès-verbal d'une réunion de l'ASDEL du 12 mars 2007.

Rappelant que l'autorité inférieure n'a pas retenu l'existence d'un accord horizontal entre les diffuseurs, la recourante fait savoir qu'elle ne s'est pas exprimée au cours de ladite réunion. En outre, elle conteste que ce soi-disant échange d'informations ait renforcé sa capacité à exclure les ventes passives dès lors que plus de [...] % des contrats passés avec ses éditeurs « ne font aucune référence aux ventes passives ».

9.5.3.2 La teneur du passage en cause est pour le moins équivoque. Entendus à ce sujet par l'autorité inférieure à la fin de l'année 2012, les diffuseurs présents lors de ladite assemblée ont pour la plupart indiqué, tout comme K. _____ (acte 913 ligne 142), que le « document » auquel il est fait référence dans le procès-verbal n'a jamais existé, ce qui permet d'emblée de douter de la précision avec laquelle les propos tenus y ont été retranscrits et, partant, affaiblit la valeur probante de dite pièce. Ceux-là ont en outre tous déclaré avoir peu de souvenirs de ce point précis du procès-verbal.

Néanmoins, Q. _____ (Diffulivre), qui n'a pas assisté à ladite assemblée, a déclaré avoir pris contact avec R. _____ (Diffulivre), présent lors de celle-ci, afin d'obtenir des éclaircissements sur la teneur du passage litigieux du procès-verbal. Q. _____ a ainsi indiqué que « cela était relativement flou dans sa tête ». « Il ne se souvenait pas exactement de ce qu'il s'était passé [...]. Il m'a dit: oui effectivement nous avons eu un tour de table sur les importations parallèles mais nous ne sommes pas tombés d'accord » (acte 902 lignes 362 ss). Q. _____ a relevé à cet égard que « il n'y avait pas à tomber d'accord parce qu'ils ne pouvaient pas prendre la décision sur, autoriser ou refuser, les importations parallèles » (acte 902 lignes 366-367).

Entendu par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 914), P. _____ a admis qu'à la lecture de la proposition du secrétariat, il ne se souvenait plus du tout de cette affaire; il a toutefois supposé que, si on le citait, c'est qu'il devait avoir tenu ces propos (lignes 435 ss). Ce nonobstant, il a indiqué avoir déclaré lors de dite assemblée que K. _____ souhaitait pouvoir se servir en France pour les ouvrages en rupture de stock. Or, il considère que, si K. _____ se servait en France pour une partie de la production, il pouvait très bien se servir en France pour l'intégralité de la production (lignes 451 ss), si bien que, dans ce cas, sa société n'existerait plus (lignes 454 ss). Il a ajouté que les diffuseurs n'avaient pas le pouvoir d'empêcher les « gens » de se servir en France (lignes 414 ss).

Interrogé le même jour sur ce point par l'autorité inférieure, K. _____ (acte 913) a exposé que dite requête - également adressée à Diffulivre, Gallimard et Interforum - consistait à trouver avec les diffuseurs un « système parallèle » pour les titres en rupture de stock, « de manière à ramener le délai à quelque chose d'acceptable et raisonnable » (lignes 148 ss). Le délai de livraison, en général supérieur à deux semaines, était lié aux ruptures de charge entre le moment où le libraire commandait le livre et le moment où il le recevait. Les ruptures de charge étaient dues au fait qu'en général, le diffuseur suisse ne passait pas tous les jours une commande chez le distributeur français et qu'il n'allait pas non plus relever la marchandise tous les jours chez celui-ci (lignes 166 ss). La demande de K. _____ tendait ainsi à obtenir un accord de principe quant à la mise en place d'un circuit visant à éviter ces ruptures de charge. Il déplore qu'aucun diffuseur n'ait pris en compte ses besoins (ligne 152).

9.5.3.3 Il y a tout d'abord lieu de relever que la valeur probante des déclarations reportées ci-dessus doit être relativisée en raison des sept années écoulées depuis les faits, les diffuseurs ayant eux-mêmes indiqué avoir de vagues souvenirs de cette affaire. Par ailleurs, l'on peine à voir comment un approvisionnement par la France pourrait représenter une solution alternative lorsqu'une commande en Suisse « ne peut pas être honorée dans un certain délai ». A cet égard, P. _____ a indiqué lors de son audition qu'en cas de rupture de stock sur les titres importants, les ouvrages sont déjà commandés, si bien que le délai de livraison oscille entre un et trois jours. Pour les autres titres, le délai peut s'étendre de 10 à 15 jours (acte 914 lignes 446 ss).

De plus, il y a lieu de noter qu'au cours de son audition, P. _____ a fait part de son inquiétude face à une ouverture de la distribution pour les titres en rupture de stock, craignant ainsi une généralisation de l'approvisionnement de Payot en France et a ajouté ne pas pouvoir l'empêcher de se servir en France (acte 914 ligne 451 ss). De même, Q. _____ a rapporté que le tour de table avait porté sur les importations parallèles (acte 902 lignes 362 ss). Or, attendu que la tenue de tels propos ne sert les intérêts ni de Servidis ni de Diffulivre dans la procédure, il convient de reconnaître une certaine force probante à ces déclarations. En outre, comme l'a relevé l'autorité inférieure, un passage du procès-verbal de la réunion l'ASDEL du 12 mars 2007 indique que les diffuseurs ont abordé la question des importations parallèles: « Les diffuseurs ont appris que la Fnac Suisse avait entrepris des démarches auprès de certains diffuseurs français afin de pouvoir s'approvisionner directement à partir de la France. La plupart lui ont signifié qu'ils n'entraient pas en matière puisqu'ils avaient un diffuseur exclusif pour la Suisse. D'autres pensent en revanche qu'il ne faut pas couper les ponts et négocier avec cette chaîne, dans la mesure où la Fnac a toujours la possibilité de passer par la plate-forme française du groupe. Les diffuseurs suivent de près ces démarches et prendront au besoin des dispositions appropriées » (acte 547f p. 12). En définitive, il y a lieu d'admettre que la problématique des importations parallèles a, d'une manière ou d'une autre, été évoquée entre les diffuseurs lors de l'assemblée du 25 mai 2005, ce qui constitue

également un indice en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives imposée par les partenaires contractuels en amont de la recourante.

9.5.4 Il ressort de ce qui précède que l'exercice du droit de retour ainsi que les discussions intervenues en 2005, auxquelles a assisté la recourante, entre les diffuseurs-distributeurs au sein de l'ASDEL constituent des indices supplémentaires en faveur de l'existence d'une interdiction des ventes passives.

Toutefois, afin d'emporter la conviction du tribunal, il y a lieu de poursuivre l'analyse et de déterminer si les accords en cause ont, dans les faits, conduit à l'interdiction des ventes passives des ouvrages diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse.

9.6 Prise en compte des effets des accords

9.6.1 L'autorité inférieure soutient que les systèmes de distribution, fondés sur des régimes d'exclusivité, des diffuseurs suisses ont dans les faits incontestablement visé les ventes passives. Elle indique en effet que, malgré la volonté d'opérer des importations parallèles, aucun détaillant situé sur le territoire suisse n'a été en mesure d'y procéder dans un volume conséquent durant la période sous investigation. Pour plusieurs d'entre eux, dont la Fnac suisse et Payot, ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui sont la cause de leur échec à importer parallèlement des livres de l'ensemble des diffuseurs durant la période visée par l'enquête. Seul le détaillant B.A. _____ est parvenu à procéder à des importations parallèles par la mise en place du système « B.B. _____ » reposant sur des partenariats - secrets pour les diffuseurs en France comme en Suisse - avec des détaillants en France. Pour B.A. _____, la mise en place d'un tel procédé a également été commandée par les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité. Selon l'autorité inférieure, l'exemple de B.A. _____ serait la preuve par les faits que durant la période concernée un différentiel de prix important a existé. En outre, les tables de conversion de tous les diffuseurs, si elles ne sont pas équivalentes, contiendraient, dans tous les cas, toutes une majoration par rapport au taux de change. Aussi, l'autorité inférieure considère que des possibilités d'arbitrage significatives ont existé durant toute la période de l'enquête, tant au niveau du paramètre prix que d'autres paramètres, tels que le service et la qualité.

9.6.2 La recourante a pour sa part rétorqué que l'autorité inférieure révélait le fond de sa pensée en reconnaissant qu'il était possible de procéder à des importations parallèles mais pas dans un volume conséquent, l'autorité inférieure voulant donc « imposer un marché totalement ouvert dans lequel le libraire suisse devrait pouvoir s'adresser à n'importe qui en francophonie, là où le prix d'approvisionnement serait le plus favorable ».

9.6.3 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace. S'agissant des contrats de distribution attribuant des territoires, la concurrence efficace est présumée supprimée lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Il ressort du texte même de l'art. 5 al. 4 LCart que la réalisation de la présomption suppose l'existence d'un accord qui interdise les ventes passives (cf. arrêt du TAF

B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, 2007, art. 5 p. 70 no 33; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 437 no 557). Seul le contenu de l'accord en question est déterminant; la preuve des effets concrets de l'entente sur la concurrence n'est pas nécessaire à l'application de la présomption (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.4.2, 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.2; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenja* consid. 7). Les effets de l'accord, respectivement l'existence d'une éventuelle concurrence résiduelle, ne sont en effet pas déjà à examiner au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart mais seulement dans le cadre du renversement de la présomption (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 3.3.14.2 et 8.1.2). Aussi, le seul fait que l'accord n'empêche pas les ventes passives suffit pour que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart ne s'applique pas à celui-ci. Cette règle correspond à la réglementation européenne (cf. art. 4/b 1^{er} tiret du règlement d'exemption par catégorie). Les entreprises participantes n'ont dès lors pas à établir que des importations parallèles ont effectivement eu lieu car ce point n'est pas pertinent. Un autre choix serait inacceptable du point de vue systématique car il ferait dépendre l'application de l'art. 5 al. 4 LCart d'un comportement étranger à celui des entreprises participantes (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 568 no 609 et réf. cit.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietssabreden, op. cit., no 71; cf. également Deiss BO 2003 E 331 et Schiesser BO 2003 E 329 ss).

Comme exposé plus haut (cf. *supra* consid. 9.5.1), la procédure administrative fédérale est régie par le principe de la libre appréciation des preuves. Partant, les effets constatés durant la période sous investigation sur le marché pertinent, en particulier le défaut d'importations parallèles significatives des ouvrages diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante, peuvent néanmoins constituer un indice en faveur d'une exclusion des ventes passives et, à ce titre, être pris en considération déjà au stade de l'établissement de la présomption. Ceux-là ne suffisent toutefois pas à eux seuls à entraîner l'application de l'art. 5 al. 4 LCart. En effet, un accord, qui aurait pour effet d'entraîner une suppression de la concurrence efficace mais qui ne réaliserait pas les conditions d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, serait saisi par l'art. 5 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 488 ss no 223).

De plus, il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral, dans son arrêt *Sammelrevers*, a, dans le cadre de l'examen des conditions d'application de la présomption, non seulement discuté de l'accord en question mais également de la mise en oeuvre et de la portée de celui-ci au regard du droit de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 6.5, 6.5.4 ss, 7 ss). Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt *Implenja*, a de même ajouté que des éléments de fait, se rapportant aux effets de l'entente, pourraient aussi être pertinents en cas de doute quant à l'existence d'un accord en matière de concurrence (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenja* consid. 7).

Enfin, l'art. 4/b 1^{er} tiret REC 2790/1999, dont est inspiré l'art. 5 al. 4 LCart - raison pour laquelle il est en l'espèce admis de se référer au droit européen (cf. *supra* consid.

7.2) -, prévoit que, ne sont pas exemptés, les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont notamment pour objet la restriction concernant le territoire dans lequel l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'art. 101 par. 1 TFUE, lequel prévoit que les ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché commun sont interdites. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'art. 101 par. 3 TFUE, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'art. 101 par. 3 TFUE dans un cas donné (cf. point 47 lignes directrices).

Qualifier un accord ou une pratique de restrictif à la concurrence par son objet équivaut en effet à une sorte de présomption, puisque, si cette nature restrictive est établie, il ne sera pas nécessaire de rechercher quels sont les effets de l'accord ou de la pratique en question sur la concurrence (cf. arrêt de la CJUE du 14 mars 2013 C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító contre Gazdasági Versenyhivatal*, point 43). Un tel accord est présumé susceptible d'avoir des effets négatifs sur le marché et constitue *per se* une infraction à l'art. 101 al. 1 TFUE (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 88). Certains auteurs estiment toutefois que, même dans le cadre de restrictions à la concurrence par objet, une certaine forme d'analyse des effets de l'entente s'impose. Le caractère sensible de la restriction implique de définir le marché pertinent et, dès lors, une certaine forme d'analyse des effets économiques pro- et anticoncurrentiels de l'entente sur ledit marché (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 275 et réf. cit.). De même, un accord échappe à la prohibition de l'art. 101 par. 1 TFUE lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante (cf. arrêts de la CJCE du 28 avril 1998 C-306/96 *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, Rec. 1998 I-1983 point 17, du 25 novembre 1971 C-22/71 *Béguelin Import contre G.L. Import Export*, Rec. 1971 949 point 16 et du 9 juillet 1969 C-5/69 *Voelk contre Vervaecke*, Rec. 1969 295 point 7).

Dès lors que le droit européen - qui, contrairement au droit suisse, ne cherche pas à interdire les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des accords (principe de l'abus) mais des accords en soi (principe de l'interdiction) (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.3 et B-8430/2010 du 23 septembre 2014 *Baubeschläge Koch* consid. 7.1.3) - n'exclut pas de prendre en compte les effets sur la concurrence pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre celle-ci, le recours aux effets constatés sur le marché est *a fortiori* admis au stade de l'établissement des prémisses à la base de l'art. 5 al. 4 LCart. La prise en considération des effets de l'accord au stade de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ne dispense pas, le cas échéant, l'autorité d'examiner ultérieurement si la présomption est ou non renversée, en particulier au regard de la concurrence sur le plan intermarques.

Il convient dès lors d'examiner plus avant ces effets.

9.7 Possibilités d'arbitrage

La première étape de l'analyse des effets des accords consiste à déterminer si des possibilités d'arbitrage ont existé durant la période considérée. Dans un deuxième temps, il s'agira d'établir si des importations parallèles ont été entreprises ou, à défaut, si elles auraient pu l'être. Ce n'est que dans un dernier temps - s'il est avéré que des importations parallèles n'étaient pas possibles - qu'il s'agira d'examiner la raison pour laquelle celles-ci ne pouvaient être opérées.

Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a en particulier envoyé deux questionnaires à des libraires actifs en Suisse romande, le premier le 9 décembre 2008 (actes 88 ss) et le second le 2 mars 2011 (acte 343), portant notamment sur les canaux d'approvisionnement parallèles des livres écrits en français. Il a également adressé un questionnaire, en date du 31 octobre 2008 (acte 63), aux 13 diffuseurs suisses, portant également sur les possibilités d'approvisionnement dont disposaient les libraires suisses durant la période de référence. La plupart d'entre eux ont prétendu que B.A._____ en particulier, ainsi que A._____, la Fnac suisse et Payot avaient été en mesure d'opérer des importations parallèles depuis la France durant dite période. L'autorité inférieure a procédé à l'audition de ces quatre détaillants à la fin 2012.

Il convient en premier lieu de préciser que les importations de titres non diffusés-distribués en Suisse ne sont pas à considérer comme des importations « parallèles », puisque ces livres ne connaissent justement pas de diffusion-distribution « officielle »; dites importations ne concernent pas des titres distribués selon un système de distribution reposant sur un régime d'exclusivité pour la Suisse.

Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.3.19 et B-5685/2012 du 17 décembre 2015 *Altimum* consid. 4.8.4). S'agissant en particulier du questionnaire du 2 mars 2011, le secrétariat a demandé aux revendeurs, sous forme de questions à choix multiples, s'ils avaient « déjà essayé d'obtenir un livre appartenant au catalogue de l'un des diffuseurs-distributeur établis en Suisse sans passer par le distributeur-diffuseur disposant du titre dans son catalogue ? », le cas échéant, à combien de reprises et s'ils y étaient parvenus. Parmi les libraires qui ont répondu à ces questions, seuls ceux ayant déclaré (dans le cadre du questionnaire du 9 décembre 2008) s'approvisionner en livres francophones notamment auprès la recourante sont pris en compte dans l'examen ci-après. Ainsi, sur les 30 libraires considérés, 20 ont répondu: « Non, jamais ». 67% des revendeurs visés n'ont ainsi pas tenté d'importations parallèles durant la période soumise à l'enquête, que ce soit auprès d'un éditeur, d'un diffuseur-distributeur ou d'un autre partenaire commercial.

Il y a lieu de relever qu'à la question - contenue dans le questionnaire du 9 décembre 2008 - de savoir s'il existait d'autres solutions d'approvisionnement en livres écrits en français, sans passer par l'intermédiaire des diffu-

seurs-distributeurs et, le cas échéant, de détailler les avantages et inconvénients de ces solutions alternatives, ainsi que leurs coûts, parmi les 32 revendeurs ayant répondu à cette question et se fournissant en livres francophones en particulier auprès de la recourante, 16 ont répondu notamment qu'il n'était pas possible de se fournir à l'étranger en raison des inconvénients que représente un tel approvisionnement et d'autres ont indiqué qu'il existait d'autres sources d'approvisionnement à l'étranger, tout en exposant les inconvénients de se fournir hors de Suisse. Il ressort de ces réponses que dits inconvénients se font particulièrement sentir chez les libraires indépendants. Aussi, il y a lieu de distinguer, lors de l'examen des possibilités d'arbitrage, les détaillants les plus importants en Suisse - à savoir Payot et la Fnac suisse - des petits et moyens détaillants.

9.7.1 Tout d'abord, il y a lieu de reconnaître que, durant la période visée, les prix pratiqués sur le marché *wholesale* français étaient inférieurs à ceux appliqués par les diffuseurs suisses. Comme l'a exposé l'autorité inférieure dans la décision attaquée (ch. 571), de même que Payot lors de son audition du 26 novembre 2012 (acte 913 lignes 662-672), la détermination des prix au niveau *wholesale* dans la branche du livre repose sur un système de tables de conversion établies, par chaque diffuseur suisse, à partir du prix d'origine en euros. Si elles ne sont pas identiques, ces tables contiennent toutes une majoration par rapport au taux de change. Celle-ci a pour corollaire une remise négociée par chaque détaillant avec chaque diffuseur, laquelle est plus élevée en Suisse qu'en France - chaque diffuseur agit sur ce plan d'une manière totalement indépendante; il n'y a pas de lien entre les uns et les autres sur la fixation de leurs prix (ch. 571 décision attaquée). Malgré les remises, les prix de référence suisses restent néanmoins supérieurs aux prix d'achat français, ce qu'a également relevé Payot au cours de son audition (cf. *infra* consid. 9.8.2). Le libraire a en effet notamment déclaré avoir craint [...] lorsque la Fnac est arrivée sur le marché suisse si celle-ci utilisait son circuit logistique français pour approvisionner en livres ses quantités suisses. Ce différentiel de prix au niveau *wholesale* entre la Suisse et la France est également établi par les tentatives d'importations parallèles opérées par B.A. _____ durant la période visée (cf. *infra* consid. 9.8.3). Ces tentatives d'importations parallèles démontrent par la même occasion que, durant la période de l'enquête, le potentiel d'arbitrage au niveau du prix l'a emporté sur celui des services.

Ensuite, on peut raisonnablement partir de l'idée que les volumes d'achats que Payot et la Fnac suisse auraient hypothétiquement pu générer en recourant aux importations parallèles (volume d'importation hypothétique) auraient été proportionnels aux volumes des ventes réalisées par ces deux librairies en Suisse. Ainsi, Payot, qui détient [...] % des parts du marché *retail* suisse du livre écrit en français (acte 913 ligne 95), aurait pu réaliser environ [...] des importations de livres francophones en provenance de France. Avec ses [...] % de parts de marché (acte 906 lignes 15-22), la Fnac suisse aurait pu réaliser [...] des dites importations parallèles.

L'importation de marchandises se caractérise en particulier par des économies d'échelle en relation avec le transport et le dédouanement; une augmentation du volume d'importation entraîne ainsi une réduction des coûts moyens y relatifs. Le volume d'importation hypothétique de Payot excédant même le volume d'importation du plus grand diffuseur de livres écrits en français actif en Suisse ([...] % de parts de marché pour Diffulivre entre 2009 et 2011), celle-ci aurait pu comparativement, en cas d'importations parallèles, profiter d'économies d'échelle. Toutefois, dans le cadre de son audition, Payot a estimé les coûts des importations parallèles à 10% du prix de l'ouvrage concerné (acte 913 ligne 923).

Quant à la Fnac suisse, avec un volume d'importation hypothétique d'environ [...], le numéro 2 de la branche aurait bénéficié d'économies d'échelle un peu moins fortes que celles auxquelles Payot aurait pu prétendre. A titre comparatif, le volume d'importation hypothétique de la Fnac suisse correspond environ au volume d'importation de Servidis ([...] % de parts de marché entre 2009 et 2011; ch. 606 décision attaquée) - troisième plus gros importateur de la branche actif en Suisse après Interforum ([...] % de parts de marché entre 2009 et 2011; ch. 606 décision attaquée). En tant que la Fnac suisse est une filiale d'un groupe français, l'exploitation d'un centre de distribution en France aurait vraisemblablement été plus simple pour elle que pour Payot. Aussi, on ne saurait en conclure qu'un approvisionnement en France aurait occasionné pour la Fnac suisse des coûts d'importation supérieurs à ceux avancés par Payot.

Il s'ensuit qu'en dessous d'un différentiel de prix au niveau *wholesale* entre la Suisse et la France de l'ordre de 10%, il n'est pas possible d'établir avec certitude que les frais d'importation n'auraient pas excédé ledit différentiel de prix.

9.7.2 En prenant l'exemple de Payot, il peut être relevé que celle-ci a indiqué en substance, dans sa réponse à la demande d'informations dans le cadre de l'ouverture de l'enquête préalable en 2007, que, conformément à la moyenne des tables constatée en Suisse romande, le prix public suisse était d'environ 30% plus élevé que le prix régulé en France (cf. acte 22 p. 5).

Il sied en l'espèce de déterminer au plus près le niveau des prix *wholesale* français et suisses sur le catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante en vue d'établir d'abord si Payot et la Fnac suisse auraient eu concrètement un intérêt à procéder à des importations parallèles.

La recourante n'ayant produit que la table appliquée depuis le 30 mai 2007 (cf. acte 54), il n'est pas possible de déterminer avec précision dans quelle mesure elle a adapté ses tables durant la période de l'enquête. A l'appui de son recours, elle a toutefois indiqué que, pour un ouvrage dont le prix public français était de 29 euros, le prix public suisse s'élevait à [...] francs au début 2010, à [...] francs le 26 avril 2010, à [...] francs le 3 janvier 2011 et à [...] francs le 1^{er} septembre 2011. Dès lors que les éléments de preuve à même de démontrer que des possibilités d'arbitrage n'ont pas existé durant la période de l'enquête - et notamment les tables de conversion appliquées - ne se trouvent que dans la sphère d'influence de la recourante, il lui appartenait de pro-

duire, conformément à son obligation de collaborer (cf. *supra* consid. 9.5.1), les tabelles sur lesquelles elle se fonde. Il s'ensuit qu'il y a lieu de partir du principe que la tablelle du 30 mai 2007 a été appliquée au moins jusqu'au 31 décembre 2009, dès lors que la recourante a fourni de nouveaux exemples de prix valables dès le début 2010. S'agissant de ceux-ci, et en l'absence de tabelles détaillées fournies par la recourante, il y a lieu de retenir que le taux de conversion valable pour un ouvrage dont le prix public était de 29 euros a été le même quel que soit le prix de l'ouvrage. De même, le tribunal retient que le taux de conversion de l'exemple du début 2010 a été appliqué entre janvier 2010 et avril 2010, que celui de l'exemple du 26 avril 2010 a été appliqué de mai à décembre 2010, que celui de l'exemple du 3 janvier 2011 a été appliqué de janvier à août 2011 et que celui de l'exemple du 1^{er} septembre 2011 a été appliqué au moins jusqu'en décembre 2011.

A titre liminaire, il y a lieu de préciser que la tablelle fournie prévoit deux barèmes (F1 et F2), sans qu'il soit indiqué quel barème est appliqué pour quel type d'ouvrages. Dès lors toutefois que le barème F1 prévoit un taux de conversion inférieur au barème F2, il y a lieu de se référer uniquement au premier, un taux de conversion inférieur bénéficiant à la recourante. Cela précisé, au regard de la tablelle fournie, des exemples donnés et du cours du taux de change entre l'euro et le franc suisse durant la période de référence (cf. statistiques du cours des devises de la Banque Nationale Suisse [ci-après: BNS], cf. < [https://data.snb.ch/de/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0\(M0,M1\),D1\(EUR1\)>](https://data.snb.ch/de/topics/ziredev#!/cube/devkum?fromDate=2004-03&toDate=2011-12&dimSel=D0(M0,M1),D1(EUR1)>), consulté le 30 octobre 2019), il peut être retenu que la recourante a appliqué, entre juin 2007 et décembre 2009, un prix public au niveau *retail* en Suisse de [...] % en moyenne plus cher qu'en France s'agissant des livres dont la fourchette du prix public français s'élève jusqu'à 35 euros, soit le prix maximum prévu par la tablelle du 30 mai 2007 (acte 54). Entre janvier 2010 et avril 2010, le prix public au niveau *retail* en Suisse était de [...] % en moyenne plus cher que son équivalent en France (exemple du début 2010 [pièce 7 recourante]), entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 26 avril 2010 [pièce 7 recourante]), entre janvier 2011 et août 2011, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 3 janvier 2011 [pièce 7 recourante]) et, entre septembre 2011 et décembre 2011, de [...] % en moyenne plus cher (exemple du 1^{er} septembre 2011 [pièce 7 recourante]). Ces augmentations moyennes des prix en Suisse par rapport à la France durant la période où la tablelle a été appliquée se déterminent de la manière suivante: il y a d'abord lieu d'établir un facteur de conversion moyen pour la tablelle du 30 mai 2007 pour la catégorie de livres précités (tablelle du 30 mai 2007 [acte 54]: [...]). De même, il y a lieu d'établir le facteur de conversion pour chacune des périodes subséquentes, en fonction des exemples donnés par la recourante (exemple du début 2010: [...]; exemple du 26 avril 2010: [...]; exemple du 3 janvier 2011: [...]; exemple du 1^{er} septembre 2011: [...] [pièce 7 recourante]). Ensuite, il est tenu compte des taux de change mensuels moyens entre l'euro et le franc suisse pour la période correspondante, conformément aux statistiques du cours des devises de la BNS. Les différences entre les facteurs de conversion moyens et les divers taux de

change entre l'euro et le franc suisse, divisées par lesdits taux mensuels, représentent les augmentations mensuelles moyennes des prix en Suisse par rapport à la France pour les livres jusqu'à 35 euros. De l'ensemble des augmentations mensuelles durant la période de validité de la tablelle du 30 mai 2007 et des exemples fournis résultent les augmentations moyennes de [...] % entre juin 2007 et décembre 2009, de [...] % entre janvier 2010 et avril 2010, de [...] % entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et août 2011 et de [...] % entre septembre 2011 et décembre 2011.

Aussi, le niveau des prix sur le marché *wholesale* français aurait été, entre juin 2007 et décembre 2009, [plus de 10] % inférieur à celui pratiqué en Suisse par la recourante. Il aurait été [plus de 10] % inférieur entre janvier 2010 et avril 2010, [plus de 10] % inférieur entre mai 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % inférieur entre janvier 2011 et août 2011 et [plus de 10] % inférieur entre septembre 2011 et décembre 2011, compte tenu:

- d'un taux de remise accordé à un libraire français du niveau de Payot sur le prix de vente en France de 40% - selon les indications de Payot dans le cadre de la demande d'informations du 12 juillet 2007 (acte 21, p. 5);
- d'un taux de remise de base accordé au libraire suisse Payot sur le prix de vente tabellisé en Suisse de maximum [...] % - selon les chiffres communiqués par Payot dans le cadre de la demande d'informations précitée (acte 21, p. 5);
- ainsi que du retrait de la TVA française à 5.5% du prix payé après déduction de la remise accordée en France et de l'ajout de la TVA suisse à 2.5% (à savoir le taux déterminant de TVA le plus élevé durant la période de référence, celui-ci étant passé de 2.4% jusqu'à fin 2010 à 2.5% dès début 2011) sur le prix d'achat français hors TVA.

Ce montant se calcule comme suit: après déduction de la remise de 40% et de la TVA française, ainsi que de l'ajout de la TVA suisse, Payot aurait payé, au regard du marché *wholesale* français, 58.3% du prix public français ($(100\% - 40\%) / 1.055 \times 1.025$). Sur le marché *wholesale* suisse, ladite librairie n'a certes payé que [...] % du prix public recommandé en Suisse par la recourante, après déduction de la remise (plus élevée) de [...] % (100% - [...]). Cela dit, le prix public suisse au niveau *retail* étant en moyenne respectivement de [...] % entre juin 2007 et décembre 2009, de [...] % entre janvier 2010 et avril 2010, de [...] % entre mai 2010 et décembre 2010, de [...] % entre janvier 2011 et août 2011 et de [...] % entre septembre 2011 et décembre 2011, plus élevé que celui en France pour la fourchette de livres considérée, le prix *wholesale* à acquitter par les détaillants suisses à la recourante totalise néanmoins:

- entre juin 2007 et décembre 2009, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- entre janvier 2010 et avril 2010, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- entre mai 2010 et décembre 2010, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;

- entre janvier 2011 et août 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français;
- et entre septembre 2011 et décembre 2011, [...] % - soit [...] % de [...] % - du prix public français.

Dans l'ensemble, le prix requis par la recourante au niveau *wholesale* est:

- entre juin 2007 et décembre 2009, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ([...] % - 58.3% / 58.3%);
- entre janvier 2010 et avril 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ([...] % - 58.3% / 58.3%);
- entre mai 2010 et décembre 2010, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ([...] % - 58.3% / 58.3%);
- entre janvier 2011 et août 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ([...] % - 58.3% / 58.3%);
- et entre septembre 2011 et décembre 2011, [plus de 10] % supérieur à celui que Payot aurait payé au niveau du marché *wholesale* en France ([...] % - 58.3% / 58.3%).

A noter qu'il est tenu compte du taux de TVA suisse le plus élevé pour l'ensemble de la période de l'enquête, dès lors qu'en prenant en considération celui-ci, l'on parvient à un différentiel de prix entre la Suisse et la France au niveau *wholesale* inférieur à celui obtenu en prenant les taux moins élevés, ce qui est au bénéfice de la recourante. De même, les chiffres ayant été arrondis lors des différentes étapes de calcul, il peut subsister une différence de l'ordre de 0.1% dans le résultat final. Celle-ci n'a toutefois pas d'influence sur les conséquences juridiques qu'il y a lieu de tirer de l'existence d'un différentiel de prix de [plus de 10] % entre les prix *wholesale* français et suisse.

Le différentiel de prix de [plus de 10] % ayant existé entre les marchés *wholesale* français et suisse entre juin 2007 et décembre 2011 confirme ainsi que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé pour Payot et la Fnac suisse durant cette période pour les ouvrages distribués par la recourante en Suisse.

Quant à la période entre janvier 2005 et mai 2007, la recourante n'a pas produit de tabelles ni fourni d'exemples de prix. Dès lors que ces informations ne se trouvent que dans sa sphère d'influence, il lui appartenait aussi de les produire, conformément à son obligation de collaborer, de sorte qu'il peut être retenu que des possibilités d'arbitrage suffisantes ont existé durant l'entier de la période de l'enquête.

9.7.3 Reste à examiner ce qu'il en était durant dite période pour les petits et moyens détaillants.

Il ressort des réponses données au questionnaire de décembre 2008 par les détaillants s'étant fournis notamment auprès de la recourante qu'un approvisionnement à l'étranger présentait des inconvénients, tels que: délais de livraison plus longs, frais de port élevés, frais de douane, tarif administratif pour le traitement de la TVA, frais bancaires, factures pro forma, formalités ad-

ministratives compliquées, remises accordées plus basses, livres abîmés durant le transport, problèmes douaniers occasionnels, absence de droit de retour ou à des conditions moins avantageuses, difficultés à trouver et à communiquer avec les éditeurs, davantage de travail dû à la collaboration avec chaque entité individuelle plutôt qu'avec un seul partenaire.

Quant aux avantages à se fournir à l'étranger, ces mêmes détaillants ont indiqué qu'ils bénéficieraient d'un taux de conversion euro/franc suisse semblable au taux de change. Certains ont toutefois ajouté que, compte tenu des frais supplémentaires occasionnés par une commande à l'étranger, cela reviendrait au final au même, au niveau du prix, qu'en passant par un diffuseur-distributeur en Suisse. Quelques libraires ont également reconnu que l'approvisionnement à l'étranger permettait, le cas échéant, d'obtenir un livre qui n'était plus en stock en Suisse.

Enfin, plusieurs revendeurs ont souligné l'importance et la qualité du service du réseau de diffusion-distribution suisse, en particulier, pour les libraires indépendants, la rapidité des livraisons. La librairie A. _____ a indiqué que, même si certains diffuseurs avaient des tabelles trop élevées, ceux-ci rendaient aux libraires un service inestimable, leur permettant ainsi d'être performants.

Entendue par l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 909), S. _____, en sa qualité de Présidente des libraires indépendants au sein de l'ASDEL et gérante de la librairie A. _____, a expliqué que A. _____ s'approvisionnait exclusivement en Suisse ceci, pour des raisons à la fois de commodité et économiques: « [...] Si on le fait pas [ouvrir des comptes en France], c'est parce que pour nous, libraires indépendants, ça coûterait plus cher [...] » (lignes 122-123). « [...] si j'ouvrais des comptes en France, [...] mon chiffre d'affaires serait absolument nul, je n'aurais certainement pas la remise que j'ai maintenant en Suisse romande ». Le délai de livraison serait en outre plus long, si bien que la librairie serait moins « performante ». « [...] Mais justement, peut-être que si nous, nous n'avons pas été plus loin dans la démarche, c'est parce que nous trouvons que pour nous, nous aimerions mieux rester dans un système qui marche très, très bien, qui fait ses preuves et qui pour nous est une aide à être performant » (lignes 347-350). Quant à savoir si elle prévoyait de s'approvisionner à l'étranger en cas de détérioration des conditions proposées en Suisse, S. _____ répond ne pas y être fermée, insistant sur le fait que ce n'est pas qu'elle ne veut pas se servir en France mais qu'actuellement, ce serait pour les libraires indépendants plus cher et plus long. Or, leur concurrence est fondée sur le service à la clientèle, lequel leur est garanti par les diffuseurs-distributeurs suisses.

Il résulte de ce qui précède que, durant la période sous investigation et contrairement à ce que prétend l'autorité inférieure, les possibilités d'arbitrage ont été faibles pour les petites librairies. Il ressort en effet des réponses au questionnaire de 2008 que, lorsqu'un livre est disponible en Suisse, celles-là préfèrent passer commande auprès des diffuseurs-distributeurs suisses. En cas d'approvisionnement à l'étranger, les petites librairies doivent en particulier, ceci en raison de leur (faible) volume d'achat,

faire face à des coûts fixes unitaires importants (frais de transport, frais de dédouanement, coûts d'exploitation d'un centre de distribution). Partant, il y a lieu d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que la raison pour laquelle la majorité des détaillants indépendants considérés n'ont pas tenté d'importations parallèles durant la période de référence réside très vraisemblablement dans les inconvénients que représente un tel approvisionnement, ainsi que dans la qualité du service qu'ils reconnaissent au réseau de diffusion-distribution suisse.

A noter toutefois que, même pour un volume d'affaires relativement faible par rapport au marché *retail* en Suisse, l'exemple du libraire suisse B.A. _____ - lequel a, par l'intermédiaire de différentes structures sises en France, poursuivi une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution prévus pour la Suisse (cf. *infra* consid. 9.8.3) - souligne l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix lorsque le différentiel entre le taux de change effectif et les taux de conversion des tables était important. En effet, entendu par l'autorité inférieure en date du 26 novembre 2012 (acte 911), le responsable de l'enseigne B.A. _____ a notamment déclaré que « à l'époque, l'euro valait à peu près 1.65/1.66, des diffuseurs qui exagèrent un petit peu étaient autour de 2.20/2.25 [...] » et indiqué s'approvisionner comme il le faisait dès lors que « c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions [...] *normales* ».

Enfin, il convient encore de relever que les librairies de taille moyenne peuvent néanmoins bénéficier d'un potentiel d'arbitrage par le prix si elles coordonnent leurs importations - dans les limites de la loi - auprès de l'un des trois plus grands diffuseurs suisses, à savoir Diffulivre, Interforum ou Servidis. Ensemble, elles peuvent en effet atteindre un volume d'achat leur permettant de réaliser des économies d'échelle élevées et d'assumer les coûts d'exploitation d'un centre de distribution en France.

9.7.4 Il suit de ce qui précède que des possibilités d'arbitrage par le prix ont existé durant la période de référence pour les librairies Payot et la Fnac suisse ainsi que pour les revendeurs de taille moyenne, à condition que ceux-ci coordonnent leurs achats, dans les limites de la loi. Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant, dans la décision attaquée, que des possibilités d'arbitrage avaient existé durant la période visée par l'enquête s'agissant des ouvrages distribués par la recourante en Suisse.

9.8 Existence d'importations parallèles

Cela étant, il convient d'examiner si des importations parallèles ont été entreprises durant la période considérée (cf. *infra* consid. 9.8.1-9.8.5), respectivement si elles auraient pu l'être (cf. *infra* consid. 9.9.1-9.9.7).

A cet égard, il y a lieu de tenir compte des réponses aux questionnaires précités - de même que celles contenues dans les procès-verbaux d'audition - de l'ensemble des libraires ayant indiqué s'approvisionner auprès de Albert le Grand. En effet, les informations fournies par les détaillants, même s'ils n'ont individuellement pas bénéficié

d'un potentiel d'arbitrage durant la période visée, constituent néanmoins des indices quant à savoir si les importations parallèles étaient ou non possibles à cette époque. De même, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des expériences des détaillants s'agissant d'importations de livres diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse. Peu importe que les détaillants se soient approvisionnés ou aient tenté de le faire auprès d'un éditeur (importations directes), d'un diffuseur-distributeur étranger ou d'un autre partenaire commercial; l'ensemble de ces expériences peuvent en effet constituer un indice selon lequel le système de distribution de la recourante a interdit les ventes passives.

9.8.1 Parmi les détaillants ayant indiqué, dans le questionnaire du 2 mars 2011 (acte 343), avoir tenté de se fournir à l'étranger, deux ont répondu avoir essayé, une seule fois, de s'approvisionner auprès d'un « distributeur/diffuseur étranger » et n'avoir rencontré aucune difficulté à obtenir le livre. Il s'agit des librairies D.A. _____ (une seule fois; acte 353) et la Fnac suisse (une seule fois; acte 411). A cet égard, il convient de relever que, dans le précédent questionnaire du 9 décembre 2008, la librairie D.A. _____ avait indiqué qu'il n'existait pas d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses (acte 99). Il convient encore de préciser qu'en réponse à un questionnaire du 10 décembre 2007 envoyé à quelques détaillants, la Fnac suisse avait expliqué qu'un approvisionnement en France pouvait intervenir de manière très ponctuelle, notamment lorsque certaines références étaient en rupture prolongée chez les diffuseurs suisses et qu'il y avait une forte demande sur ces références (acte 53). Deux librairies, ayant tenté de se fournir à l'étranger auprès d'un diffuseur-distributeur, ont en revanche renoncé à obtenir le livre au vu des difficultés s'étant présentées à elles. Il s'agit de la librairie D.C. _____, laquelle a expliqué que « en tant que libraires suisses, nous sommes à chaque fois sommés de passer commande auprès du fournisseur suisse avec lequel l'éditeur concerné a un contrat » (acte 473) et de la librairie D.E. _____ (acte 421).

Payot a indiqué s'approvisionner notamment à l'étranger auprès d'un « autre partenaire commercial », à savoir les librairies C. _____ (cf. *infra* consid. 9.8.1), à titre exceptionnel, pour pallier des ruptures de stock en Suisse sur une meilleure vente du moment, tout en précisant qu'elle n'avait pas grand intérêt à le faire à grande échelle car si elle réduisait ses achats chez le diffuseur local, ses conditions commerciales, liées à ses achats annuels, seraient revues à la baisse un jour ou l'autre (acte 397). Il en va de même de la librairie D.G. _____ qui a indiqué avoir souvent acheté via le site Internet amazon.fr (acte 406). A noter que celle-ci a toutefois mentionné, en réponse au questionnaire de 2008, avoir l'obligation de passer par les diffuseurs-distributeurs suisses lorsque l'ouvrage est diffusé et distribué en Suisse (acte 136).

S'agissant des détaillants ayant répondu avoir pris contact avec un « éditeur », seule la librairie D.H. _____ a indiqué avoir tenté (une seule fois; acte 427) de s'approvisionner directement auprès des éditeurs à l'étranger et n'avoir rencontré aucune difficulté - sans toutefois expo-

ser les circonstances liées à cet approvisionnement. La librairie D.E._____ a quant à elle indiqué avoir rencontré des difficultés à s'approvisionner auprès de l'éditeur et avoir essuyé plusieurs refus. Elle met en cause les contrats d'exclusivité, lesquels « verrouille[nt] toute possibilité d'obtenir le livre en direct » (acte 421). Elle relève toutefois, dans le questionnaire de 2008, être en mesure d'obtenir le livre lorsque celui-ci n'est pas diffusé-distribué en Suisse (acte 149). Plusieurs librairies ont fait état de difficultés ou de refus les ayant parfois contraintes à renoncer à un approvisionnement direct auprès des éditeurs. Il s'agit notamment des librairies D.M._____ (cf. actes 130 et 358), D.C._____ (acte 473) et D.L._____ (acte 412). Les raisons avancées par les détaillants sont principalement le régime d'exclusivité octroyé par les éditeurs aux diffuseurs-distributeurs suisses, les frais de port élevés ou les délais de livraison qui ne seraient pas tenus.

Les expériences détaillées ci-dessus font état de quelques approvisionnements. Ils ne sont toutefois pas assimilables à des importations réussies. En effet, les revendeurs font face à des difficultés ou des refus lorsque l'ouvrage en question est diffusé-distribué en Suisse. Partant, à l'instar de ce que relèvent Payot et la Fnac suisse notamment, ce n'est que lorsque l'ouvrage n'est plus disponible auprès des diffuseurs-distributeurs suisses - par exemple en cas de rupture de stock - qu'un approvisionnement en France est exceptionnellement possible.

9.8.2 Citée par plusieurs diffuseurs comme un exemple d'importations parallèles réussies, Payot - représentée par K._____ et T._____ (président de Payot) - a été entendue le 26 novembre 2012 par l'autorité inférieure (acte 913).

Ceux-ci ont indiqué que, sur toute la période visée par l'enquête, Payot n'avait, sous quelques réserves, procédé à aucune importation parallèle - ouverte ou cachée, par l'intermédiaire d'un « faux-nez » - et n'aurait pas été en mesure de le faire et ce, malgré son poids. Seuls les titres n'étant ni diffusés ni distribués en Suisse, ainsi que les livres proposés par sa franchise [...] pouvaient être obtenus en dehors du circuit traditionnel de la distribution en Suisse (lignes 400-409). A noter que ces dernières importations ne concernent toutefois pas le système de distribution de la recourante dès lors que les ouvrages composant dite franchise sont diffusés-distribués en Suisse par la société Servidis. Quant aux importations de titres d'éditeurs français non diffusés-distribués en Suisse, K._____ a indiqué que Payot avait passé en 2005 un partenariat avec les librairies C._____ à Lyon, ce qui représentait une alternative moins coûteuse qu'un achat direct (lignes 347-351). Interrogée ensuite sur la pratique du « faux-nez », Payot a relevé que, compte tenu de sa taille, elle ne pourrait mettre en place une telle pratique. En cas de tentative, aucun compte ne lui serait ouvert en France pour son volume et elle devrait compter avec un certain nombre de réactions, c'est-à-dire des mesures de rétorsion au niveau des conditions commerciales (lignes 812-830). En outre, Payot souhaite travailler en concertation avec ses fournisseurs et de manière transparente (lignes 805-807). De même, K._____ a précisé que leurs « achats en France ne pourraient se faire qu'auprès des maisons-

mères et certainement pas auprès de grossistes quels qu'ils soient, qui sont inadaptés aussi bien en termes de conditions commerciales puisque c'est un intermédiaire de plus, ça ne réglerait pas [leur] problème de prix d'achat (...) » (lignes 422-425).

Hormis le compte ouvert auprès de Hachette Livre en France en 2000 ([...]), et qui n'a jamais été utilisé, Payot n'a pas de compte ouvert auprès d'un diffuseur ou directement auprès d'un éditeur à l'étranger (acte 913 lignes 364-383 et 390-394). Celle-ci a indiqué [...]. Elle peut se satisfaire d'un approvisionnement local, dès lors que les prix d'achat sont raisonnables, ce qui est le cas aujourd'hui s'agissant de Dargaud et de Servidis (acte 913 lignes 943-947).

Il y a encore lieu de préciser qu'il ressort du dossier que les importations par l'intermédiaire d'un « faux-nez », c'est-à-dire sur le « marché gris », consiste à contourner la diffusion-distribution en Suisse par des achats via des détaillants situés en France sans que ceux-ci ne révèlent le nom de celui qui leur demande d'effectuer de tels achats. Un revendeur suisse trouve ainsi un accord avec un libraire français ou se crée une boîte postale en France afin de s'approvisionner à des conditions françaises. Ces pratiques, qui restent marginales, se font à l'insu des fournisseurs, qu'ils soient diffuseurs-distributeurs ou éditeurs. Selon Payot, cela ne peut fonctionner que pour des libraires de taille modeste. Dès que le volume est important, la démarche est beaucoup trop visible, remarquée trop rapidement et mise en échec (acte 913 lignes 809 ss).

La recourante fait valoir que Payot - pas plus qu'un autre de ses clients d'ailleurs - ne l'a mise en cause et lui a reproché d'avoir empêché des ventes passives. L'autorité inférieure ne l'a pas démontré s'agissant de la recourante. Elle relève en particulier que, lors de son audition, le directeur de Payot a déclaré qu'il avait tenté en vain d'ouvrir un compte auprès d'éditeurs en France. Or, en procédant ainsi, Payot ne tentait pas de bénéficier de « ventes passives » mais bien d'inciter l'éditeur à établir un système de distribution parallèle (ventes actives). C'est la raison pour laquelle, l'éditeur français, lié par un contrat de distribution exclusive, ne pouvait donner suite à cette demande.

En réponse à la question, contenue dans le questionnaire du 9 décembre 2008, de savoir s'il existait d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, Payot avait déclaré, entre autres raisons, ne pas vouloir s'approvisionner à l'étranger pour des motifs écologiques et éthiques. Celle-ci a en effet indiqué qu'elle finançait, avec la Fnac suisse ([...] % de parts de marché à elles deux), l'équilibre économique de la distribution locale - dont bénéficient tous les petits et moyens libraires indépendants - en confiant aux diffuseurs-distributeurs suisses l'ensemble de ses approvisionnements. Aussi, elle considère que sa position de leader ([...] % de parts de marché) lui impose de ne pas mettre en péril, pour son seul profit, le système actuel (acte 129).

Il ressort de ce qui précède que, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 9.7.1), Payot n'a, sauf rares exceptions en cas de ruptures de stock (cf. *supra* consid. 9.8.1), pas tenté de s'approvi-

sionner à l'étranger durant la période de l'enquête pour des motifs éthiques et également en raison du fait que les prix d'achat suisses étaient à cette époque « raisonnables ». Payot avait ainsi déclaré dans ses questionnaires des 7 août 2007 (acte 21) et 9 décembre 2008 (acte 129): « Nous nous approvisionnons exclusivement auprès des diffuseurs exclusifs présents en Suisse pour l'ensemble de la production francophone diffusée et distribuée sur le territoire ». Néanmoins, il ressort de ces mêmes questionnaires ainsi que des procès-verbaux d'audition du libraire qu'un approvisionnement à l'étranger, durant la période considérée, n'était pas possible lorsque l'éditeur était distribué en Suisse. Auditionnée une première fois par l'autorité inférieure le 4 avril 2012 dans le cadre de l'enquête, Payot avait en effet indiqué: « Jusqu'à maintenant, un libraire suisse ne peut pas commander directement aux diffuseurs français. Un diffuseur français a en général un contrat d'exclusivité avec un diffuseur suisse ou le diffuseur suisse est une filiale du diffuseur français. Les diffuseurs français ne livrent pas les libraires suisses » (acte 510).

Aussi, il y a lieu d'admettre que Payot n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire de déployer d'importants efforts pour se servir à un meilleur prix en France, en particulier tant que ses conditions commerciales étaient acceptables. Même si, comme le relève la recourante, elle n'est pas nommément mise en cause par Payot, il va de soi qu'en tant que diffuseur et/ou distributeur exclusif(s) pour la Suisse d'ouvrages d'éditeurs étrangers, elle est également visée par les reproches du libraire. Le fait que des importations parallèles aient été entreprises via les librairies C._____, c'est-à-dire sur le « marché gris », ne permet nullement de démontrer que le territoire suisse n'était pas cloisonné. Enfin, même si, comme le prétend la recourante, l'ouverture d'un compte s'apparenterait à une vente active, les déclarations de Payot démontrent néanmoins qu'un approvisionnement depuis la France n'était pas possible.

9.8.3 L'autorité inférieure a également entendu U._____ le 26 novembre 2012 en qualité de témoin (acte 886 ou 911). Celui-ci est actif en tant que détaillant en Suisse sous l'enseigne B.A._____, laquelle comprend un point de vente à [...] et [...] à [...] (lignes 70-73). Par l'intermédiaire de différentes structures, il a poursuivi, en tant que détaillant suisse, une stratégie visant à contourner les systèmes de distribution respectifs prévus pour la Suisse.

Dans une première phase, U._____ a mis en place un système prévoyant une entité librairie en France (B.B._____), à proximité de la frontière suisse, laquelle approvisionnait deux entités librairies en Suisse (B.C._____ et B.A._____) (lignes 86-91). Dès 1988, l'entité B.B._____ n'a plus disposé de remises conformes à la réglementation française. Selon U._____, la raison expliquant cette « discrimination » repose uniquement sur le fait que les diffuseurs portaient de l'idée, correcte au demeurant, que B.B._____ fournissait des points de vente en Suisse. Dès 1994, des problèmes plus importants ont surgi (lignes 88-91). Les diffuseurs suisses auraient demandé à leurs pendants en France de faire pression sur la société B.B._____. Concrète-

ment, baisses unilatérales des remises, retards dans le traitement des commandes et refus de certains retours ont été imposés à B.B._____, si bien que U._____ a dû déposer le bilan (lignes 113-117). Un redressement judiciaire, accompagné d'un plan de continuation d'une durée de dix ans ont été établis et respectés. Durant la période du plan de continuation, U._____ a adapté sa structure: « Eh ben, j'ai compris ce qu'il fallait faire, c'est-à-dire qu'il fallait que B.B._____ n'achète plus rien chez les éditeurs mais n'ait plus qu'une société qui s'approvisionne chez des tiers et qui fait les exportations vers la Suisse » (lignes 168-170). Il a ainsi fait l'acquisition partielle ou totale de plusieurs librairies en France, transformant celles-ci, parallèlement à leur activité de librairie, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse. Ce sont à ce jour [...] librairies en France (plus [...] grossistes en appui) auprès desquelles, par l'intermédiaire des services de sa société B.B._____, B.A._____ organise ses livraisons vers la Suisse (lignes 177-186). Concrètement, ce sont ces librairies qui entretiennent des relations avec la distribution en place en France. U._____ tient à garder l'identité de ses librairies secrète pour se protéger dit-il des rétorsions de prix dont B.B._____ aurait été victime lorsqu'il était en relation directe avec la distribution en France (lignes 251-253). « B.A._____ s'approvisionne comme ça parce que, on l'a vu, c'était le seul moyen d'arriver à avoir la marchandise dans des conditions je dirais *normales* » (ligne 186). « Parce que si on en est arrivés là, à devoir avoir [...] librairies qui sont là pour nous assurer notre approvisionnement, c'est tout simplement... on a été dans l'obligation de le faire » (lignes 608-610).

Selon la recourante, U._____ aurait agi de manière cachée, derrière sa structure française, car si l'éditeur français avait été informé de la situation, il aurait dû, en raison de ses obligations contractuelles envers son diffuseur suisse, refuser de livrer B.B._____ (recte. B.A._____). Or, l'engagement d'exclusivité souscrit par l'éditeur français est tout à fait légal selon le droit suisse de la concurrence. Il est aussi probable - mais cela n'a pas été vérifié durant l'enquête - que B.B._____ (recte. B.A._____) recevait ses livres en office nouveautés de la part de ses éditeurs. Il s'agirait donc bien de ventes actives. Cet éditeur aurait donc été en droit de refuser une relation de ventes actives avec un client suisse de la recourante. Ce même éditeur est aussi en droit de refuser la livraison si la commande est passée par une antenne française de ce même client suisse, antenne créée dans le but de contourner l'exclusivité que l'éditeur a accordée à Albert le Grand; l'éditeur s'est en effet engagé auprès de la recourante à ne pas pratiquer de ventes actives dans le territoire attribué.

L'autorité inférieure relève tout d'abord que l'expérience de B.A._____, pourtant expressément citée par plusieurs diffuseurs comme l'exemple-type prouvant que des importations parallèles avaient eu lieu durant la période visée par l'enquête, est révélatrice. Le seul moyen à disposition d'un détaillant de taille moyenne pour profiter d'un approvisionnement alternatif a été de fonctionner grâce à des approvisionnements par l'intermédiaire de plusieurs librairies écran liées secrètement à une société d'importation (B.B._____); cf. ch. 251 décision

attaquée). Ensuite, elle indique que les éléments avancés par la recourante confirmeraient que le régime d'exclusivité tel qu'il a été vécu par celle-ci avait une portée anticoncurrentielle. En effet, selon la recourante, au-delà de constituer une violation de l'accord tacite conclu entre elle et un détaillant, le fait qu'un libraire s'adresse à une source alternative d'approvisionnement à l'étranger commanderait également l'intervention du partenaire de distribution étranger concerné, soit en principe l'éditeur, si celui-ci ne veut pas violer les obligations contractuelles auxquelles il est tenu. B.A._____ aurait ainsi dû procéder de manière cachée car, dans le cas où un éditeur aurait été « informé » qu'un détaillant contournait l'exclusivité prévue, il aurait dû intervenir auprès de ses diffuseurs-distributeurs en France en raison de ses « obligations contractuelles ».

Il ressort de l'expérience vécue par B.A._____ que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête. Ce ne sont en effet pas les conditions commerciales optimales ayant cours sur le marché qui ont poussé B.A._____ à monter une opération d'importation impliquant des intermédiaires en France à l'identité tenue secrète. Selon les indications de U._____, la société B.B._____ se serait à l'époque vu imposer des baisses unilatérales de remises, des retards dans le traitement des commandes ainsi que des refus sur certains retours pour le motif qu'elle approvisionnait des librairies suisses. Les mesures de rétorsion ainsi décrites rejoignent en outre les propos tenus par Payot s'agissant de la pratique du « faux-nez » (cf. *supra* consid. 9.8.2). Il ressort ainsi du dossier que seul un système complexe et secret a permis de contourner les canaux traditionnels de la distribution en Suisse, les mesures de rétorsion présent par les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français démontrant qu'il existait bel et bien des restrictions aux possibilités d'approvisionnement en France. Si nul ne remet en cause que l'existence du système B.B._____ est connue, il ressort des déclarations du responsable de B.A._____ que, si ce système fonctionne encore, c'est que les éditeurs et diffuseurs-distributeurs français ne connaissent pas l'identité des librairies écran utilisées par B.B._____ pour l'acquisition des ouvrages en France.

Au surplus, la recourante justifie la situation rencontrée par B.A._____ par le fait qu'un éditeur, en raison de son engagement contractuel envers elle, devrait refuser de livrer une entité active au niveau wholesale hors de Suisse si celle-ci est susceptible de procéder à des exportations vers la Suisse. Ceci serait tout à fait légal selon le droit suisse de la concurrence, ce d'autant plus qu'il est probable qu'il s'agisse de ventes actives. Les propos de la recourante rejoignent en partie l'interprétation objective de la seconde partie de la clause 2 opérée plus haut. Or, il a été retenu qu'un tel engagement constituait un accord de protection territoriale absolue (cf. *supra* consid. 9.2.1.3), ce qui laisse également à présumer que les importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence.

9.8.4 Il s'ensuit que les quelques importations parallèles entreprises durant la période de référence sont trop peu nombreuses pour en conclure que celles-ci auraient été

possibles, ce d'autant plus que, pour B.A._____, elles l'ont été grâce à un système de librairies écran.

Il appert ainsi que l'autorité inférieure n'a pas constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète en retenant que des importations parallèles n'avaient pas eu lieu durant la période de l'enquête pour les ouvrages diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante.

9.9 Possibilités d'importations parallèles

Reste à examiner si, à défaut d'avoir été entreprises, des importations parallèles auraient néanmoins pu être opérées durant la période visée par l'enquête.

9.9.1 Plusieurs revendeurs, ayant répondu, au questionnaire du 2 mars 2011, n'avoir jamais essayé de s'approvisionner à l'étranger, ont néanmoins prétendu que des importations parallèles étaient possibles durant la période visée par l'enquête. A._____ a ainsi indiqué: « Une librairie indépendante peut très bien commander ses livres directement en France, personne ne peut l'en empêcher » (acte 257); la Librairie D.Z._____ a relevé: « Bien sûr, il existe d'autres biais pour se procurer les livres de langue française mais nous ne passons pas par ces moyens » (acte 274). De même, la librairie D.AA._____ a précisé: « nous avons répondu que nous n'avions jamais essayé. Nous ajoutons que: c'est un choix que nous faisons; nous pourrions faire autrement sans difficultés » (acte 451 p. 12).

Dès lors que ces détaillants n'ont pas tenté de se servir parallèlement auprès de partenaires de distribution à l'étranger, leurs réponses ne sont pas aptes à démontrer que des importations parallèles étaient effectivement possibles à l'époque, singulièrement pour les ouvrages formant le catalogue de la recourante en Suisse.

A._____ a en outre indiqué lors de son audition devant l'autorité inférieure (acte 909): « On nous a suggéré d'ouvrir des comptes en France, on pourrait le faire tout à fait. Tout le monde...enfin...c'est peut-être un petit peu compliqué mais on pourrait le faire [...] ». Amenée à préciser les raisons pour lesquelles, selon elle, elle ne rencontrerait pas de difficultés à ouvrir des comptes en France, A._____ a répondu: « Donc déjà, cette pratique [l'exclusivité] se pratique en France. Il y a des gens, je sais qu'il y a des gens de Suisse qui ont été voir les éditeurs français pour essayer de faire changer les choses mais ils sont revenus bredouilles parce qu'effectivement c'est une pratique française et je vois mal...nous, on est un petit marché quand même pour la France, il faudrait qu'on ait vraiment beaucoup d'influence pour arriver à changer cette pratique. Mais maintenant les gens, à cause de votre enquête, à cause de discussions qu'on a eues, à cause de prix qui étaient...enfin ça a beaucoup évolué quand même, la discussion. On a vu M. K._____, il essaye d'aller ouvrir des comptes, c'est difficile, mais enfin, on sent qu'il y a une discussion possible et j'ai vu justement en parlant avec M. V._____ [Gallimard] et avec d'autres que s'ils ouvrent les comptes, on pourrait le faire aussi » (lignes 120-122 et 338-347).

Il s'ensuit que, contrairement à ce que A._____ a affirmé dans son questionnaire, l'on ne saurait retenir, sur

le vu de ce témoignage, que des importations parallèles étaient effectivement possibles.

9.9.2 Il convient encore de rappeler que les librairies D.C._____ et D.E._____ ont tenté en vain d'obtenir des livres auprès d'un diffuseur-distributeur étranger (cf. *supra* consid. 9.8.1).

9.9.3 Bien que très peu de détaillants aient tenté de s'approvisionner durant la période considérée auprès d'un diffuseur-distributeur, d'un grossiste, d'un détaillant ou d'un éditeur à l'étranger et ne peuvent dès lors rapporter leurs expériences à ce sujet, les réponses données au questionnaire du 9 décembre 2008 permettent néanmoins de mettre en évidence des indices concordants.

Ainsi, à la question de savoir s'il existait des solutions alternatives d'approvisionnement en livres écrits en français que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs, plusieurs détaillants ont répondu que les principaux éditeurs français avaient passé des contrats d'exclusivité avec les diffuseurs-distributeurs suisses, ce qui interdisait à ceux-là ainsi qu'aux distributeurs français de fournir les revendeurs suisses. En cas de demande directe auprès de l'éditeur français ou auprès de ses organes de distribution, les détaillants suisses étaient ainsi renvoyés à passer commande auprès du diffuseur-distributeur de l'éditeur français en Suisse.

Pour citer quelques exemples, la librairie D.L._____ a ainsi indiqué que « il n'y a pas d'alternative, les distributeurs ayant l'exclusivité de leur représentation et nous sommes liés par un contrat; toute tentative de doubler la distribution est vouée à l'échec et nous sommes renvoyés au représentant local » (acte 212). La librairie D.G._____ a pour sa part relevé que « normalement si les éditeurs ont un diffuseur en Suisse, ils nous renvoient à ce dernier quand nous les contactons directement. Ainsi, pour les grands éditeurs français (Gallimard Seuil, Hachette, etc.), nous sommes obligés de passer par leur diffuseur en Suisse » (acte 136). Relevant que le système suisse était celui de la diffusion-distribution exclusives, Payot a, quant à elle, indiqué que les principaux diffuseurs présents en Suisse, dont Interforum, étaient des filiales des groupes français et qu'ils cherchaient dès lors « à contenir le marché suisse dans ses limites géographiques, en faisant opposition à toute velléité d'ouvrir des comptes en français afin d'approvisionner [leurs] librairies en direct. Si certains revendeurs suisses [...] s'approvisionnent pour tout ou partie directement en France, c'est généralement avec un « faux-nez » [...] mais cela reste, à notre connaissance, marginal » (acte 129). La librairie D.Q._____ a de même relevé: « Aujourd'hui, étant donné le contexte (représentation en Suisse par le biais de leur filiale des principaux éditeurs français et des contrats d'exclusivité), il apparaît irréaliste de pouvoir commander directement en France auprès de leurs organes de distribution » (acte 155). La librairie D.R._____ a encore ajouté: « Pour une très grande partie des éditeurs, les contrats de diffusion-distribution sont exclusifs, ce qui interdit aux diffuseurs français de fournir ces éditeurs à un libraire suisse » (acte 264). La librairie D.S._____ a pour sa part indiqué: « Non, car je suis tenu d'acheter les livres français, belges ou québécois auprès des diffuseurs suisses »

(acte 132). La librairie D.T._____ a encore indiqué: « D'une part, les diffuseurs détiennent l'exclusivité pour le marché suisse de leurs éditeurs. Cela exclut par conséquent la possibilité de s'approvisionner autrement » (acte 258). La librairie D.U._____ a prétendu que: « la seule véritable alternative [serait] de passer un accord avec un "grossiste", lui-même libraire en France » (acte 146).

Les réponses des détaillants reproduites ci-dessus constituent un indice que des importations parallèles n'étaient pas possibles et ce, en raison des systèmes de distribution exclusive des diffuseurs-distributeurs suisses.

22 revendeurs ont quant à eux répondu qu'il n'était possible de s'approvisionner en livres francophones directement auprès de l'éditeur étranger, ou de son distributeur local, que lorsque celui-là n'était pas diffusé en Suisse. L'autorité inférieure en a dès lors déduit que les importations de livres diffusés-distribués en Suisse n'étaient pas possibles.

Même si l'on ne peut exclure que certains revendeurs aient voulu relever par là qu'ils préféreraient s'approvisionner en Suisse lorsque cela était possible, les réponses formulées par la majeure partie de ceux-ci ne laissent place à aucun doute quant à l'interprétation qu'il y a lieu de leur donner. Il ressort en effet des questionnaires que, lorsqu'un titre est diffusé-distribué en Suisse, les détaillants n'ont pas la possibilité ou le choix de se le procurer à l'étranger. Il ne s'agit pas d'une impossibilité financière, technique ou commerciale que rencontrerait un revendeur de se fournir à l'étranger ou encore d'une question de commodité. A titre d'exemples, la librairie D.E._____ a indiqué: « Nous pouvons obtenir des livres directement auprès de l'éditeur français dans la seule situation où cet éditeur n'est pas distribué en Suisse. En général, si nous commandons un ouvrage directement auprès d'un éditeur distribué, celui-ci refuse de nous fournir et nous renvoie à son dépositaire helvétique » (acte 149); le revendeur D.X._____ a pour sa part relevé: « Les éditeurs français représentés en Suisse sont en exclusivité. Seuls les éditeurs non représentés peuvent faire l'objet d'une commande directe » (acte 139); de même, la librairie D.Y._____ a répondu: « si l'éditeur a un contrat avec un distributeur suisse, il n'a, théoriquement, pas le droit de nous servir » (acte 193).

A noter encore que, dans un questionnaire du 7 août 2007, Payot a affirmé que: « La grande majorité des revendeurs - quasiment tous - se servent exclusivement en Suisse pour tous les fonds qui y sont diffusés et distribués. Lorsqu'ils achètent en direct, c'est avec un « faux-nez » de façon à ce que le diffuseur ignore ces pratiques autant que faire se peut » (acte 21).

9.9.4 De même, dans le cadre du questionnaire du 31 octobre 2008 envoyé aux 13 diffuseurs suisses, W._____, administrateur de OLF - dont plus de [...] % des flux physiques transitent par son infrastructure - a répondu, à la question de savoir si les libraires disposaient d'autres solutions pour s'approvisionner en livres francophones que de passer par l'intermédiaire des diffuseurs,: « Il n'est pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français qui ont une antenne commerciale en Suisse sauf par le marché gris. C'est possible

par contre auprès des éditeurs qui ne sont pas diffusés en Suisse, ce marché est confidentiel » (acte 76).

Entendu par l'autorité inférieure le 10 décembre 2012, W._____, assisté de son avocat, a contesté avoir déclaré que des approvisionnements directs depuis la France étaient impossibles. Interpellé sur une possible contradiction avec les propos tenus en 2008, il est revenu sur ceux-ci en affirmant que c'était « faux », qu'il avait « peut-être répondu trop vite », de manière « irréfléchie ». Il a ajouté: « C'est manifeste et je peux démontrer que j'ai dit faux puisqu'effectivement si vous prenez toutes les marchandises qui allaient sur D.AO._____ d'Interforum et toutes les marchandises qui allaient sur les économats, donc [...] tous les livres scolaires [...] qui allaient dans les cantons romands, tout cela on les a jamais vu passer à l'aller on ne les voyait qu'au retour quand il fallait faire des retours. « Donc le mot impossible est certainement trop fort mais c'est peut-être compliqué qu'on aurait dû écrire ». Il a souligné qu'il ne s'agissait pas d'un changement de position mais d'une correction: « [...] je peux vous prouver par $a + b$ que ces marchandises sont jamais passées par les canaux de OLF et je peux vous prouver aussi que certaines de ces marchandises sont revenues sans avoir été expédiées par OLF. Donc entre la réponse dans le texte et la pratique... il y a pas mal d'imprécisions dans nos réponses dans votre document, vous savez, je n'ai pas pour volonté de critiquer votre dossier mais il y avait de l'imprécision dans les questions et puis il y a de l'imprécision dans les réponses. C'est comme ça qu'il faut le voir. On l'a peut-être fait un peu à la va-vite, ça je m'en excuse mais je peux démontrer le contraire de ce que j'ai dit, ça c'est vrai » (lignes 258-266). Invité par son avocat à préciser ce qu'il entendait par « livraison directe », W._____ a indiqué: « Un libraire peut s'approvisionner [en direct en France chez un éditeur], on l'a tous constaté mais simplement on sait très bien que les conditions qu'il va trouver le ramènent à pas le faire » (lignes 443-445).

Se fondant sur les propos tenus par W._____ dans le questionnaire de 2008, l'autorité inférieure considère que les notions de « marché gris » et de « confidentialité » indiquent qu'il n'était pas possible de s'approvisionner auprès des éditeurs français disposant d'une antenne commerciale en Suisse. Dès lors que la recourante s'avère précisément être une telle antenne - à l'instar de OLF -, l'autorité inférieure considère qu'un détaillant suisse n'avait pas d'autre choix que de s'adresser à la recourante pour obtenir les livres du catalogue diffusé et/ou distribué par celle-ci en Suisse. L'affirmation générale du directeur de OLF jouirait par ailleurs d'une force probante importante vu sa longue expérience dans le domaine du livre et ses connaissances approfondies du fonctionnement du marché en question.

Même si OLF est revenue, lors de son audition, sur la réponse donnée au questionnaire de 2008, il y a lieu de constater que celle-ci, au surplus formulée par écrit et au bénéfice d'un délai, rejoint les expériences et déclarations de plusieurs détaillants rapportées ci-dessus quant aux livres pouvant et ne pouvant être importés directement depuis la France. Elle revêt en outre une certaine force probante dès lors qu'elle ne sert nullement les intérêts de OLF, diffuseur-distributeur suisse de livres

écrits en français, également condamnée à l'issue de la décision déferée. Par ailleurs, il y a lieu de relever 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 hors de Suisse ou encore auprès des entreprises étrangères présentes sur Internet - est exclue et pas uniquement celui auprès de l'éditeur.

9.9.5 Enfin, la Fnac suisse, représentée par X._____ (directeur des opérations de la Fnac suisse), a, lors de son audition devant l'autorité inférieure le 26 novembre 2012 (acte 906), déclaré en substance qu'à son arrivée sur le marché suisse au début des années 2000, elle avait fait le choix délibéré de s'approvisionner en Suisse et ceci, pour deux raisons essentielles: « dans tous les pays où on est présents, on a toujours travaillé avec les distributeurs locaux, ça a toujours été une marque de fabrique de la Fnac. Et aussi à l'époque, il y avait un taux de change qui était acceptable pour le prix du livre et aussi accepté par le consommateur. Le prix était légèrement supérieur mais ça correspondait globalement au coût de traitement du livre puisque l'essentiel arrive de France, c'est-à-dire logistique, droits de dédouanement, étiquetage, mise en rayons » (lignes 59-66).

A la question de savoir si la Fnac suisse aurait pu s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée, X._____ répond par la négative, exposant qu'il était quasiment impossible pour un détaillant de s'approvisionner en France, dès lors que les libraires, les diffuseurs ou encore les éditeurs français refusaient de lui ouvrir un compte, le renvoyant vers les diffuseurs suisses. X._____ a ainsi précisé que « [...] si vous êtes libraire en Suisse et que vous allez en France pour une ouverture de compte, si vous êtes reçu, vous avez de la chance » (lignes 330-332). Cette réalité concernait tous les détaillants suisses. Si des comptes étaient ouverts, « il fallait négocier les conditions, s'occuper de la partie approvisionnement, de la partie étiquetage. Pas beaucoup de libraires ont des structures pour étiqueter le livre. Et puis vous perdez après les notions de commandes clients, les retours, l'information, tout ce qui aujourd'hui en fait partie. Donc de toute façon, pour une petite structure c'était impossible, pour une grosse, c'était quand même... - C'était refusé ? - Très difficile, oui » (lignes 96-103). En revanche, X._____ a indiqué qu'il n'y avait aucun problème pour importer des livres écrits en français de France en Italie ou en Belgique par exemple (lignes 343-346).

Celui-ci a ensuite exposé que la Fnac suisse avait changé son mode d'approvisionnement en livres, sur décision de son président début 2012, au regard des difficultés du marché du livre. En effet, l'évolution du cours de change entre le franc suisse et l'euro, en particulier le pic de la parité du mois d'août 2011, a mené les clients à considérer la Fnac suisse comme responsable de la différence importante entre le prix en euro imprimé sur le livre et le prix en franc suisse. Aussi, vu son poids en France, la Fnac suisse a décidé d'entamer des démarches pour un approvisionnement « au forcing », nouvelle qui n'a pas été accueillie très favorablement ni en Suisse ni en France. X._____ a indiqué: « Donc c'était avant la conclusion de votre rapport et je pense

que votre rapport a également aidé pour discuter du côté français. Et on a obtenu des ouvertures de comptes de quasi la totalité des acteurs français, sauf un » (lignes 152-154). Le basculement en 2012 vers un approvisionnement en France ne fonctionne pas sans problème selon la Fnac suisse. Elle constate ainsi des problèmes avec les retours en Suisse; ceux-ci sont refusés alors que la marchandise a été achetée en Suisse. Elle ne peut plus compter sur une information des nouveautés pour permettre d'estimer la demande plus précisément. De fortes baisses de la remise ont été décidées de manière unilatérale par les diffuseurs suisses en cours d'année. Enfin, certains délais ne sont pas respectés (lignes 164-206).

Il ressort de ce qui précède que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a, bien que disposant d'un potentiel d'arbitrage par le prix (cf. *supra* consid. 9.7.1), pas tenté de se servir en France durant la période considérée - hormis une fois avec succès (cf. *supra* consid. 9.8.1) - ceci, principalement en raison du rapport « acceptable » prix d'achat/taux de change. Néanmoins, il ressort clairement du procès-verbal d'audition de la Fnac suisse ainsi que de ses réponses au questionnaire du 9 décembre 2008 (cf. *supra* consid. 9.9.3) qu'il n'était pas possible de s'approvisionner en France durant la période visée. Aussi, ce n'est qu'à l'été 2012, après avoir entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et après la communication de la proposition de décision du secrétariat - dans laquelle celui-ci a notamment retenu que les diffuseurs suisses avaient participé à un accord vertical illicite attribuant des territoires dans la distribution - que la Fnac suisse a pu procéder à des importations parallèles depuis la France. En outre, le fait qu'elle connaisse, depuis cette date, des problèmes avec le retour de sa marchandise en Suisse plaide également en faveur d'un cloisonnement du territoire suisse durant la période visée (cf. ég. sur ce point *supra* consid. 9.5.2 ss). Enfin, le fait que des importations en Italie ou en Belgique de livres écrits en français soient possibles tend à démontrer que le marché suisse, quant à lui, était cloisonné.

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que la Fnac suisse, à l'instar de Payot, n'a pas tenté d'importations parallèles durant la période de l'enquête pour le motif qu'il n'était pas possible d'y procéder et n'a pas jugé nécessaire d'entreprendre des démarches pour un approvisionnement à meilleur prix « au forcing » en France tant et aussi longtemps que le niveau de prix pratiqués en Suisse était toléré par le consommateur final.

9.9.6 Il s'ensuit que, même si la plupart des détaillants interrogés n'ont pas tenté de s'approvisionner hors de Suisse - et ne se sont dès lors pas heurtés à un refus - les réponses, concordantes, données au questionnaire de 2008 quant aux possibilités d'approvisionnement parallèle à l'étranger, de même que les déclarations écrites et/ou orales faites devant l'autorité inférieure par A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse sont aptes à démontrer que des importations de livres écrits en français diffusés-distribués en Suisse n'étaient pas possibles durant la période visée par l'enquête, hormis celles opérées via le site Internet amazon.fr et les librairies C._____ à Lyon pour Payot. Or, comme il le sera démontré ci-après, les entreprises actives sur Internet,

de même que les librairies françaises, ne sont pas considérées comme des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. *infra* consid. 11.3.1.1, 11.3.1.2). De même, le fait que la Fnac suisse ait, après la période de l'enquête, entrepris des démarches pour un approvisionnement « au forcing » et connaisse, depuis lors, des problèmes avec le retour de marchandises achetées en Suisse et qu'enfin, Payot ait déclaré que les quelques revendeurs suisses se fournissant à l'étranger ont recours à un « faux-nez » laisse également à penser que les importations parallèles n'étaient pas possibles à l'époque. Une telle conclusion est enfin appuyée par la réponse donnée par OLF au questionnaire du 31 octobre 2008 (cf. *supra* consid. 9.9.4) et rejoint également les expériences vécues par les deux revendeurs ayant tenté en vain d'opérer des importations parallèles (cf. *supra* consid. 9.8.1).

9.9.7 Les effets que la possibilité d'entreprendre des importations parallèles aurait eus sur les prix *wholesale* suisses constituent également un indice s'agissant de savoir si celles-ci étaient ou non possibles durant la période soumise à l'enquête.

En l'espèce, il a été retenu que Payot et la Fnac suisse disposaient, durant la période visée, de possibilités d'arbitrage suffisantes au niveau du prix en raison d'un différentiel de prix de [plus de 10]% au niveau *wholesale* entre la Suisse et la France sur le catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante (cf. *supra* consid. 9.7.1). Or, un tel écart de prix laisse fortement à penser qu'au regard de leur potentiel d'arbitrage, Payot et la Fnac suisse - qui bénéficiaient de remises similaires - auraient, dans leur intérêt, entrepris des importations depuis la France si elles avaient été en mesure d'y procéder. Le fait qu'elles aient renoncé à s'approvisionner à l'étranger, en acceptant les conditions offertes par la recourante - tant que cela était viable pour leur activité - (cf. *supra* consid. 9.8.2, 9.9.5), n'indique pas encore que les importations parallèles étaient pour autant possibles durant la période de l'enquête. Au contraire, il ressort des déclarations de Payot et de la Fnac Suisse qu'un approvisionnement en France n'était pas possible. Les conditions plus avantageuses octroyées à celles-ci relèvent plutôt de la volonté de la recourante de les dissuader d'aller s'approvisionner « au forcing » à l'étranger, en favorisant leur marge par rapport au niveau de ses tables. Ce faisant, la concurrence entre Payot, la Fnac suisse et les autres détaillants ne disposant pas nécessairement du même potentiel d'arbitrage par le prix a été affectée.

Dans l'ensemble, il n'est guère possible de reconnaître les détaillants pour lesquels un approvisionnement en France n'aurait pas été économiquement plus avantageux. Si la Fnac suisse et Payot avaient usé de leur potentiel d'arbitrage et s'étaient approvisionnées sur le marché français, il est vraisemblable qu'elles auraient ouvert une brèche dans le système de distribution mis en place et rendu, à terme, l'approvisionnement à l'étranger possible pour tous les détaillants suisses. Comme l'illustre l'exemple de B.A._____ (cf. *supra* consid. 9.8.3), l'existence de possibilités d'arbitrage par le prix d'une librairie ne dépend pas exclusivement de sa taille. A cela s'ajoute le risque que le détaillant qui bénéficie d'une réduction de prix revende ses livres aux

autres libraires, ce qui mettrait la structure des prix des diffuseurs-distributeurs suisses manifestement sous pression et sans que ceux-ci ne puissent les en empêcher. Il s'ensuit que, si Payot et la Fnac suisse avaient eu la possibilité, durant la période visée par l'enquête, d'entreprendre des importations parallèles, le risque de sortie du canal de distribution suisse de ces deux revendeurs aurait eu un effet disciplinant sur le niveau général des prix sur le marché *wholesale* suisse du livre écrit en français, profitant indistinctement à l'ensemble des détaillants suisses. En effet, dès lors que la recourante n'aurait pas été en mesure de reconnaître les détaillants susceptibles de s'approvisionner en France, elle n'aurait plus pu intervenir de manière ciblée envers chacun d'entre eux mais aurait été amenée à devoir accorder des remises plus importantes et égales à l'ensemble de ceux-ci ou baisser le prix de ses tables.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le différentiel de prix de [plus de 10]% entre les marchés *wholesale* suisse et français du catalogue diffusé et/ou distribué en Suisse par la recourante aurait, selon toute vraisemblance, été réduit si Payot et la Fnac suisse avaient pu s'approvisionner en France. Des remises plus importantes et égales pour l'ensemble des détaillants ou une baisse de ses tables auraient été entreprises par la recourante dans le but de réduire au maximum leurs possibilités d'arbitrage par le prix. L'écart de prix constaté, même s'il peut être justifié par des économies d'échelle moins fortes en Suisse qu'en France, représente un potentiel d'arbitrage suffisant pour Payot et la Fnac suisse que la recourante aurait pu et dû fortement réduire pour retenir celles-ci dans le canal de distribution suisse si des importations parallèles avaient été rendues possibles.

Le différentiel de prix ayant existé entre les marchés *wholesale* suisse et français durant la période de l'enquête vient ainsi conforter l'hypothèse que les importations parallèles de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'étaient pas possibles entre les années 2005 et 2011.

9.10 Reste à déterminer la cause de cette impossibilité, pour les détaillants suisses, de s'approvisionner à l'étranger durant la période considérée.

9.10.1 Il résulte des réponses aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 ainsi que des procès-verbaux d'audition de A._____, Payot, B.A._____ et la Fnac suisse que ce sont les systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité qui auraient entravé les importations parallèles durant la période visée. Dès lors que de telles déclarations ne servent pas les intérêts des revendeurs suisses, puisqu'elles sont susceptibles de compromettre leurs partenaires contractuels en amont, il y a lieu de leur reconnaître une certaine force probante. En outre, le fait que des importations parallèles aient été entreprises via un système de librairies écran à l'identité gardée secrète - partant, à l'insu des entités actives au niveau *wholesale* à l'étranger - ou par l'intermédiaire d'un « faux-nez » laisse fortement à penser que les importations parallèles étaient interdites durant la période de l'enquête.

Même si, comme le relève la recourante, le dossier ne contient en l'occurrence aucun exemple concret dans

lequel Payot ou la Fnac suisse en particulier se serait vu imposer un refus d'exporter de la part d'un partenaire de distribution des éditeurs liés à la recourante, il y a toutefois lieu de relever - dès lors que le tribunal retient, sur la base des déclarations faites par des détaillants se fournissant tous auprès de Albert le Grand, que des importations parallèles n'étaient pas possibles durant la période de référence - que les ventes par les partenaires de distribution, actifs hors de Suisse, des éditeurs ayant la confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs ouvrages pour la Suisse à la recourante étaient, partant, également refusées.

Il s'ensuit que, durant la période visée par l'enquête, les importations de livres écrits en français diffusés et/ou distribués en Suisse exclusivement par la recourante n'ont pas été possibles et ce, selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel que celui de la recourante.

9.11 Comme exposé plus haut, la réalisation de la prémisses tendant à l'exclusion des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés suppose l'existence d'une interdiction fondée sur un contrat passé entre les entités concédantes et leurs partenaires de distribution en aval actifs hors de Suisse ou d'une mesure prise par celles-ci ayant entraîné l'exclusion des ventes passives sur le territoire suisse (cf. *supra* consid. 7.3).

En l'occurrence, l'autorité inférieure n'a pas produit de document établissant que les éditeurs diffusés et/ou distribués par la recourante auraient interdit les ventes passives sur le territoire suisse par leurs partenaires de distribution actifs à l'étranger. Elle n'a pas davantage fourni la preuve de l'existence d'une mesure ayant conduit à un accord exprès ou tacite entre lesdits protagonistes sur le fait que des ventes passives ne devaient pas avoir lieu sur le territoire suisse.

Ainsi, relevant que le dossier de l'autorité inférieure ne contenait aucun élément selon lequel la recourante aurait entravé les importations parallèles ou que l'un de ses clients aurait été empêché d'acheter un livre à l'étranger, celle-ci a fait valoir, au cours de son audition devant l'autorité inférieure, que les clauses d'exclusivité n'avaient pas de réelle importance en réalité et qu'elles n'étaient d'ailleurs « pas toujours appliquées » (acte 899 lignes 40-41). A l'appui, elle a produit une facture, datée du 20 novembre 2012, relative à une commande, du 15 novembre 2012, émanant de l'un de ses clients, la librairie D.W._____, passée auprès du distributeur français Y._____, pour des ouvrages dont elle a l'exclusivité de la distribution sur le territoire suisse (cf. *supra* consid. 9.2.2.1).

Comme déjà exposé, les engagements pris par plusieurs éditeurs, tendant à faire respecter l'exclusivité concédée à la recourante par leurs partenaires de distribution actifs hors de Suisse, sont présumés avoir été exécutés en pratique par la conclusion de contrats excluant les ventes passives sur le territoire suisse ou par la mise en oeuvre par les entités concédantes de mesures en ce sens (cf. *supra* consid. 9.3). La facture établie par Y._____ à l'adresse d'un client de la recourante et produite par celle-ci n'est pas apte en l'occurrence à affaiblir dite présomption. En effet, elle ne démontre pas que les ventes passives par d'autres fournis-

seurs agréés n'étaient pas interdites en Suisse durant la période de référence dès lors que, datée du 20 novembre 2012, elle est postérieure à celle-ci. Il ressort des réponses apportées aux questionnaires de 2007, 2008 et 2011 par des détaillants se fournissant tous auprès de la recourante et des déclarations faites par A._____, B.A._____, Payot et la Fnac suisse que les importations parallèles, singulièrement d'ouvrages diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante, n'avaient durant la période sous investigation pas été possibles, et selon toute vraisemblance, en raison des systèmes de distribution reposant sur un régime d'exclusivité, tel que celui de la recourante, si bien qu'il y a lieu de reconnaître qu'il existe de forts indices en faveur d'une exclusion des ventes passives. Même si les effets, constatés de manière générale, sur le marché de référence durant la période concernée ne peuvent être imputés individuellement à l'un ou à l'autre des diffuseurs suisses sanctionnés par l'autorité inférieure, ils démontrent toutefois que le territoire national a été cloisonné par l'ensemble de ceux-ci.

En outre, la gestion des retours pratiquée par la recourante plaide également en faveur de l'existence d'une exclusion des ventes passives durant la période de référence (cf. *supra* consid. 9.5.2.2). Celle-là est encore appuyée par le fait que les diffuseurs suisses ont abordé la problématique des importations parallèles au cours de la réunion du 25 mai 2005 de l'ASDEL, à laquelle a assisté la recourante (cf. *supra* consid. 9.5.3 ss). Enfin, à plusieurs reprises au cours de la procédure, la recourante a elle-même laissé entendre que les ventes passives en Suisse étaient exclues. Elle a ainsi indiqué que le marché suisse n'était pas un « marché totalement ouvert dans lequel le libraire suisse devrait pouvoir s'adresser à n'importe qui en francophonie, là où le prix d'approvisionnement serait le plus favorable » (cf. *supra* consid. 9.6.2) et qu'un éditeur pouvait légitimement refuser de livrer une antenne française d'un libraire suisse, créée dans le but de contourner l'exclusivité du diffuseur suisse (cf. *supra* consid. 9.8.3).

En définitive, sur la base des pièces versées au dossier, le tribunal retient, eu égard à sa liberté en matière d'appréciation des preuves (cf. *supra* consid. 9.5.1), que le système de distribution de la recourante, dans son ensemble, fondé sur un régime d'exclusivité, a indéniablement eu pour objet d'exclure les ventes passives par d'autres fournisseurs agréés sur le territoire suisse durant la période de référence.

La troisième prémisse à la base de la présomption est ainsi réalisée, si bien qu'il y a lieu de retenir que la recourante a été partie à des accords verticaux en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart cloisonnant, sur le territoire suisse entre les années 2005 et 2011, la distribution des ouvrages des éditeurs lui ayant confié cette tâche de manière exclusive pour la Suisse.

9.12 Sur le vu de tout ce qui précède - à savoir les engagements pris par les partenaires commerciaux en amont de la recourante, l'exercice du droit de retour, les propos tenus lors de réunions de l'ASDEL ainsi que les effets constatés sur le marché durant la période concernée par l'enquête - il y a lieu d'admettre que les accords

au sens de l'art. 4 al. 1 LCart passés entre la recourante et les éditeurs lui ayant confié la diffusion et/ou la distribution exclusive(s) de leurs ouvrages pour la Suisse ont exclu les ventes passives sur ce territoire par d'autres fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

10. Renversement de la présomption

10.1 L'art. 5 al. 4 LCart crée une présomption de suppression de la concurrence efficace pour des accords - qualifiés de « durs » - passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui sont, de l'avis du législateur, parmi les plus dommageables pour la concurrence (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart p. 254 ss no 110).

En l'espèce, il y a lieu d'admettre que les accords verticaux, par lesquels les partenaires contractuels en amont de la recourante lui ont confié la distribution et/ou diffusion exclusive(s) de leurs catalogues sur le territoire suisse, et exclu par là même les ventes passives sur ce même territoire par leurs autres fournisseurs agréés, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

10.2 La présomption contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La loi sur les cartels ne précise cependant pas à quelles conditions celle-là peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement de la présomption exige la preuve qu'une concurrence subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 561; ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 8.3.2; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9; Comco, DPC 2009/2 143, *Sécateurs et cisailles*, ch. 39; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3e édition 2011, art. 5 p. 80 no 31; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 439 no 574). Dite présomption est réputée levée en tous les cas lorsqu'il est établi qu'une concurrence subsiste sur le plan intramarque (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2 et 143 II 297 *Gaba* consid. 4.2).

En l'absence de concurrence effective, il y a encore lieu de tenir compte de la pression disciplinante exercée par les partenaires potentiels de l'échange au niveau de la demande (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 9.2.4; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

10.3 L'art. 5 al. 4 LCart règle le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences d'une absence de preuves: s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.1 et réf. cit). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application

de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. *supra* consid. 9.5.1), examiner si, malgré l'accord, une concurrence subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 4 (al. 3) LCart; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 560 ss ch. 231.4; arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implenia* consid. 7 et 9 et réf. cit.; Andrea Christine Doss, *Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, 2009, p. 46 no 75).

Ceci étant, il convient d'examiner si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

11. Délimitation du marché de référence

11.1 Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel, géographique et temporel (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; Comco, DPC 2014/4 670, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, ch. 59; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: DIKE Kommentar, op. cit., art. 4 al. 2 p. 257 ss no 88). A titre liminaire, il convient de rappeler que la délimitation du marché pertinent requiert une analyse économique dont l'exactitude doit paraître vraisemblable et qui doit, dans sa logique, être intelligible ainsi que convaincante; la certitude n'est pas exigée, le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. *supra* consid. 9.5.1, voir également ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.3.4).

11.2 La délimitation du marché pertinent - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle, géographique et temporelle du marché de référence (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.1; arrêts du TAF B-831/2011 du 18 décembre 2018 *Six Group* consid. 230, B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 257). Ainsi, outre le marché de produits, qui 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 (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique dans lequel l'accord a produit ses effets (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 *Altimum* consid. 5.3). Le marché de référence comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. art. 11 al. 3 let. b OCCE). La clarification de la dimension temporelle du marché n'est pas toujours nécessaire, le marché temporel n'étant pris en compte que de manière

exceptionnelle (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 270 no 115; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018 [DIKE Kommentar], art. 5 p. 447 no 71; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 107).

De même, la considération de développements subséquents à la période de l'enquête n'est possible que de manière limitée lorsqu'ils permettent de tirer des conclusions convaincantes sur la situation antérieure (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.2).

11.3 L'autorité inférieure a délimité le produit au livre écrit, c'est-à-dire rédigé ou traduit, en français (ch. 556 décision attaquée). Elle a exclu, pour la période de l'enquête, le livre numérique du marché pertinent, notamment en raison de la faible consommation en Suisse de ce support de lecture et de ses spécificités techniques (ch. 472 ss décision attaquée). Elle a également renoncé à distinguer entre les catégories de livres dès lors qu'un libraire est tenu d'offrir toutes les « marques » à ses clients (ch. 484 ss décision attaquée). Après avoir examiné les autres marchés liés à la branche du livre, en particulier les marchés de services de diffusion et de distribution (ch. 551 ss décision attaquée), l'autorité inférieure a toutefois considéré que seul le marché de la vente était affecté par les accords. La définition des niveaux *retail* et *wholesale* n'étant pas contestée par la recourante, l'autorité inférieure a ainsi retenu que le marché de référence était celui de la vente de livres au niveau *wholesale* (ch. 491 décision attaquée). Sur le plan *wholesale*, les partenaires potentiels de l'échange sont ainsi, selon l'autorité inférieure, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, les grossistes et les libraires français et, du côté de la demande, les revendeurs de livres (ch. 556 décision attaquée). En tant que les accords litigieux concernent indépendamment des détaillants généraux que des détaillants spécialisés dans un domaine particulier, l'autorité inférieure estime qu'il n'est pas nécessaire de diviser les détaillants en catégories (ch. 484 ss décision attaquée). Enfin, elle relève que les détaillants forment l'offre *retail* (ch. 514 ss décision attaquée) - laissant ouverte la question de savoir si les sociétés actives sur Internet de même que les libraires français font partie de celle-là (ch. 511 et 536 décision attaquée) - et les consommateurs finaux, la demande *retail* (ch. 501 décision attaquée).

La recourante conteste qu'il ne soit pas possible d'inclure le commerce électronique du livre imprimé du côté de l'offre au niveau *retail*, comme au niveau *wholesale*. Du point de vue du commerce de détail, elle fait valoir, exemples à l'appui, que les sites de vente en ligne, tels que Amazon, étaient, durant la période visée, en concurrence avec les revendeurs suisses de livres francophones. Quant au marché de gros, elle soutient que de nombreux détaillants interrogés durant l'enquête ont confirmé qu'ils avaient recours à Internet comme source d'approvisionnement alternative, si bien que les entreprises actives sur Internet devraient également être considérées comme partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre *wholesale*.

11.3.1 Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer le cercle des partenaires potentiels de l'échange. L'autorité inférieure a retenu que ceux-ci étaient, du côté de la demande, les détaillants, incluant tant les librairies traditionnelles que les autres revendeurs de livres comme la Migros, la Coop et Manor et, du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs en Suisse et en France, ainsi que les grossistes et libraires français. Elle précise avoir exclu de l'offre *wholesale* les entreprises actives sur Internet. Elle considère en effet que celles-ci ne représentent pas une alternative d'approvisionnement pour les détaillants, lesquels perçoivent ces entreprises comme des concurrents (ch. 537 ss décision attaquée).

Compte tenu des spécificités de la branche du livre, les partenaires potentiels de l'échange sont - du côté de la demande - principalement les librairies et les autres détaillants - dont l'activité principale ne constitue pas la revente de livres mais plus globalement le commerce de détail - actifs également dans la vente de livres aux consommateurs (ch. 497 ss décision attaquée); la recourante ne le conteste pas. Pour le surplus, il n'y a pas lieu de tenir compte des différentes catégories de détaillants, en tant qu'il ne ressort pas du dossier qu'une différence de traitement soit opérée par les diffuseurs-distributeurs. Au contraire, les accords examinés par l'autorité inférieure sont indépendants du type de détaillants (ch. 500 décision attaquée). Du côté de l'offre, les diffuseurs-distributeurs, ainsi que les grossistes, font indéniablement partie de celle-ci.

Reste dès lors à examiner si les entreprises actives sur Internet et les libraires français sont également des partenaires potentiels de l'échange; il convient d'en faire de même avec les consommateurs.

11.3.1.1 L'examen des questionnaires envoyés aux détaillants (actes 88 ss) indique que la plupart d'entre eux ont considéré que les entreprises actives sur Internet étaient des concurrents réels (ch. 520 décision attaquée). Un tel constat est confirmé par les déclarations de OLF dans son questionnaire: « le canal Internet est aujourd'hui destiné au consommateur final » (acte 76 p. 3). De même, Payot a relevé, dans son questionnaire du 9 décembre 2008, que « L'Internet ne [pouvait] être une solution, dans la mesure où les achats ne pourraient se faire que sur des sites de vente aux particuliers, donc sur la base du prix de vente, sans remise pour les librairies » (acte 129 p. 4). Lors de son audition du 26 novembre 2012 devant l'autorité inférieure, Payot a précisé: « [o]n ne voit pas Amazon devenir un fournisseur qui nous accorderait un prix d'achat de revendeur [...] ça peut être une solution ponctuelle » (acte 913 lignes 431-439). Il y a ainsi lieu de relativiser les propos de certaines librairies et en particulier ceux de la librairie D.G._____, laquelle précise acheter souvent sur Internet: « Les livres [y] sont vendus au change réel, hors TVA française [...]. Ils sont donc entre 20 et 30% moins chers que sur le marché suisse. Cela signifie que n'importe qui peut acheter sur [Internet] des livres au prix où les librairies les achètent aux diffuseurs » (acte 406 p. 6). Dite déclaration doit être mise en relation avec les déclarations de la même librairie en 2008: « Quand un diffuseur suisse peine trop pour obtenir un livre, nous pouvons être amenés à les commander auprès des

marchands sur Internet mais cela signifie que nous vendons le livre quasiment à prix coûtant » (acte 136 p. 5).

Il s'ensuit qu'un approvisionnement par le biais des entreprises présentes sur Internet ne permet pas aux détaillants de retirer une marge suffisante pour leur activité, les prix pratiqués aux détaillants par dites entreprises étant les mêmes que ceux pratiqués aux consommateurs. Ainsi, les quelques démarches d'approvisionnement par Internet effectuées par certains détaillants l'ont été dans des circonstances particulières et de manière ponctuelle. La recourante ne saurait dès lors en conclure que les entreprises actives sur Internet constitueraient une alternative d'approvisionnement valable. Partant, les entreprises actives sur Internet ne sont pas des partenaires potentiels de l'échange substituables au niveau de l'offre *wholesale*. L'éventuelle concurrence au niveau *retail* occasionnée par le commerce électronique du livre imprimé et ses conséquences sur le marché *wholesale* seront néanmoins analysées plus avant (cf. *infra* consid. 14.4).

11.3.1.2 Quant aux librairies françaises, il ressort de l'examen 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 (cf. *supra* consid. 9.6.2). L'éventuelle concurrence générée, sur le marché *retail*, par les librairies installées à la frontière suisse sera néanmoins examinée plus avant (cf. *infra* consid. 14.4).

A noter que le système singulier mis en place par B.A._____ ne saurait être assimilé à un approvisionnement auprès de librairies françaises, dès lors que celui-là a fait l'acquisition de telles structures, les transformant, parallèlement à leur activité de librairies, en fournisseurs de l'activité de revente développée en Suisse (cf. *supra* consid. 9.8.3).

11.3.1.3 Il ressort enfin du dossier que les comportements d'achat des détaillants et des consommateurs ne sont pas non plus comparables. Les détaillants inter-

viennent dans l'échange vis-à-vis des diffuseurs-distributeurs dans le but de vendre les livres aux consommateurs finaux. Ainsi, ils doivent composer leur offre en tenant notamment compte du comportement d'achat des consommateurs finaux. De même, il apparaît que les consommateurs et les détaillants ne sont pas prêts à payer le même montant pour un titre donné. Les détaillants visent avant tout la revente des ouvrages acquis auprès des diffuseurs-distributeurs et des grossistes afin de dégager un revenu de cette activité. Ils acquièrent dans ce but plusieurs exemplaires d'un même titre afin d'être en mesure de revendre celui-ci à plusieurs consommateurs distincts. De leur côté, les consommateurs n'acquièrent généralement qu'un seul exemplaire de chaque titre. De même, les détaillants supportent les coûts de transport en cas d'exercice du droit de retour, les consommateurs n'ont pas à se préoccuper de ces questions ou, à tout le moins, pas selon les mêmes contraintes. Enfin, les détaillants sont directement affectés par les clauses d'exclusivité existant dans les contrats situés en amont et il ne ressort pas du dossier que les consommateurs puissent s'approvisionner directement auprès des diffuseurs-distributeurs ou des grossistes. Il y a donc lieu de distinguer les niveaux de marché *wholesale* et *retail*; la recourante n'a d'ailleurs pas remis en cause sur le fond cette distinction.

Il s'ensuit que les consommateurs ne peuvent être considérés comme des partenaires potentiels de l'échange. Les pressions concurrentielles éventuellement générées par le marché *retail* et la demande des consommateurs finaux seront toutefois considérées à un stade ultérieur de l'analyse (cf. *infra* consid. 14.3).

11.3.1.4 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les partenaires potentiels de l'échange se situent uniquement sur le marché de la vente de livres au niveau *wholesale*, c'est-à-dire entre les diffuseurs-distributeurs et les grossistes d'un côté et les détaillants de l'autre, en tant qu'il s'agit du marché directement affecté par les accords.

11.3.2 Il y a maintenant lieu de délimiter les produits ou services substituables entre les différents partenaires potentiels de l'échange, en tenant compte d'abord de la substituabilité du point de vue de la demande. A cet égard, il s'agit de prendre en compte les produits ou services alternatifs existants (cf. CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 68), le degré de substituabilité s'appréciant en fonction de caractéristiques objectives et des préférences subjectives (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 7.3; arrêt du TAF B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.1.1). La substituabilité du côté de l'offre doit en principe également être prise en compte dans la délimitation du marché de produits (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272). Ainsi, les produits qui ne sont pas substituables du côté de la demande doivent être néanmoins inclus dans le marché de produits s'il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12). Il y a substituabilité au niveau de l'offre lorsque les producteurs peuvent réorienter leur production à court terme, sans encourir de coûts ou de risques supplémentaires substantiels, et fabriquer ainsi des produits qui sont

fonctionnellement interchangeable du point de vue de la demande avec les autres produits sur le marché (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 272; BORER, op. cit., art. 5 p. 70 no 12; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 207 no 150; STÄUBLE/SCHRANER, op. cit., art. 4 al. 2 p. 249 no 65; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 295 no 85). Seuls les concurrents susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai sont pris en compte dans le cadre de la détermination de la substituabilité du côté de l'offre. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte de concurrents potentiels susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible mais non bref. La concurrence potentielle sera toutefois prise en compte dans le cadre de l'analyse de la concurrence sur le marché de référence (cf. *infra* consid. 13.4; cf. CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 290 no 67; ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, op. cit., p. 163).

11.3.2.1 La notion de livre écrit en français représente le point de départ de l'enquête ayant conduit à la décision entreprise. Il s'agit tout d'abord des livres écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français; la recourante ne le conteste pas. Reste à examiner si, comme le prétendent certains diffuseurs-distributeurs, il y a lieu de considérer les livres numériques comme faisant partie des produits substituables au niveau de la demande et de l'offre et s'il y a lieu d'opérer une distinction selon les différentes catégories de livres.

S'agissant des livres numériques, il y a lieu de distinguer selon que ceux-ci sont substituables aux livres écrits au niveau *wholesale*, c'est-à-dire du point de vue des détaillants, et au niveau *retail*, c'est-à-dire du point de vue des consommateurs. L'expertise Gugler, sur laquelle se fondent certains diffuseurs-distributeurs, n'a pas distingué leurs arguments selon les niveaux *wholesale* et *retail* (acte 698). L'utilisation du livre numérique nécessite l'emploi d'une liseuse ou d'un autre dispositif électronique, tel un smartphone ou une tablette, ce qui constitue en soi un produit spécifique. De plus, le contenu du livre s'acquiert essentiellement en ligne, sans point de vente physique et sans intermédiaire. La structure du marché est donc sensiblement différente du modèle économique existant pour les livres imprimés et n'est pas directement touchée par les accords existant entre les diffuseurs-distributeurs et les détaillants. Ainsi, du point de vue des détaillants, le livre numérique n'est pas vu comme substituable au livre imprimé. De même, il n'apparaît pas que les diffuseurs-distributeurs aient été en mesure, durant la période de l'enquête, de fournir des livres numériques aux détaillants dans un laps de temps bref et sans investissements conséquents; la recourante ne développe d'ailleurs aucun argument spécifique sur ce point. Ainsi, il y a lieu de constater que le livre numérique n'a joué aucun rôle sur le marché *wholesale* durant la période de l'enquête. Quant à l'influence des livres numériques sur le marché *retail*, l'autorité inférieure se fonde sur plusieurs études, notamment sur l'expertise Gugler. Selon une étude du cabinet Kearney, datant de 2012, les ventes de livres numériques ne représenteraient que 0.5% des ventes totales de livres en France - seuls 0.2% des français étant équipés en matériel pour lire des livres numériques - pour un catalogue de 60'000

titres (ch. 473 décision attaquée). Selon une étude Ipsos/Livres Hebdo, réalisée début 2011, les français estiment, à hauteur de 65%, que le livre imprimé restera toujours le principal support, l'étude précisant que le taux d'intérêt pour les livres numériques n'a pratiquement pas bougé entre 2009 et 2011 (ch. 474 décision attaquée). Quant à l'expertise Gugler, elle se fonde sur une étude produite en 2010 par PricewaterhouseCoopers, laquelle prédit une forte croissance à l'avenir des livres numériques (ch. 475 décision attaquée). Il s'ensuit que la faible consommation de livres numériques durant la période de l'enquête ne permet pas de constater que ceux-ci soient substituables aux livres imprimés aux yeux du consommateur final. Force est dès lors de constater, à l'instar de l'autorité inférieure, que les livres numériques n'ont pas non plus fait partie du marché relevant au niveau *retail*.

11.3.2.2 Certains diffuseurs-distributeurs ont affirmé qu'il est nécessaire de distinguer des sous-marchés correspondant aux principales catégories de livres, chaque catégorie de livres répondant à un besoin spécifique des consommateurs. Cette catégorisation serait également importante pour déterminer les possibilités de substitution des ouvrages.

Il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'enquête portent sur l'ensemble des catalogues diffusés et/ou distribués par la recourante en Suisse, sans opérer de distinction entre les différentes catégories de livres. Ainsi, du côté de la demande, les détaillants doivent concevoir une offre variée et être en mesure de proposer un assortiment de livres aussi complet que possible, dans tous les domaines que ce soit directement dans leurs rayons ou sur commande. Partant, les détaillants sont tenus d'entretenir des relations commerciales avec les principaux - si ce n'est tous - les diffuseurs-distributeurs actifs en Suisse. De même, ceux-ci doivent proposer aux détaillants - en raison des différents régimes d'exclusivité octroyés - l'ensemble de leur catalogue et n'opèrent pas de distinction en fonction des catégories d'ouvrages; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. Ainsi, il appert qu'il n'est pas nécessaire - au stade de la définition du marché de référence - d'entreprendre une distinction entre les différentes catégories de livres proposées par la recourante puisque le livre écrit constitue, en tant que tel, le produit qu'ils vendent. En revanche, l'influence des différentes catégories de livres sur le comportement des consommateurs devra être examinée ultérieurement au stade de l'analyse de la concurrence (cf. *infra* consid. 13 ss).

11.3.3 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le marché de produits est celui de la vente de livres neufs écrits, c'est-à-dire rédigés ou traduits, en français au niveau *wholesale* - soit le marché de la distribution - en tant qu'il s'agit du marché affecté par les accords. Les autres marchés du livre, en particulier les marchés des services de diffusion, ne font pas partie du marché de produits. L'éventuelle pression concurrentielle sur la vente desdits livres au niveau *wholesale*, en particulier celle exercée par le marché *retail*, sera néanmoins examinée au stade de l'analyse de la concurrence dont la délimitation du marché n'est que la prémisse (cf. *infra* consid. 14.2, 14.3).

11.4 Le marché géographique comprend le territoire dans lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou les services qui composent le marché de produits (cf. ATF 139 I 72 *Publigroupe* consid. 9.2.1; ATAF 2011/32 *Swisscom Terminierung* consid. 9.6.1; arrêts du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 302 et B-506/2010 précité *Gaba* consid. 9.2; Comco, DPC 2007/2 190, *Publigroupe*, ch. 121; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 301 no 98; DAVID/JACOBS, op. cit., p. 237 no 693; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 2 p. 218 no 218 ss). Il s'agit de déterminer s'il existe, dans une zone géographique donnée, des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles des zones voisines. Le marché géographique peut donc être défini dans certains cas comme local, régional, national, supranational ou mondial (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 303; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 15).

L'autorité inférieure a délimité le marché géographique au niveau *wholesale* à la région francophone supranationale, incluant en particulier la France, et le marché géographique au niveau *retail* à la région francophone nationale, l'influence du commerce électronique et du commerce stationnaire transfrontalier devant toutefois être considérée dans l'analyse de la concurrence subséquente. La recourante, quant à elle, ne formule aucun grief sur la délimitation du marché géographique entreprise par l'autorité inférieure.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de s'éloigner de la délimitation du marché géographique retenue dans la décision attaquée.

11.5 Le marché temporel comprend la période au cours de laquelle les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits et dans la zone géographique qui englobe le marché géographique (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307; BORER, op. cit., art. 5 p. 71 no 16; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 ss no 107 ss). La dimension temporelle du marché de référence n'est prise en compte que de manière exceptionnelle lorsque les produits ou services qui composent le marché de produits ne sont disponibles que durant certaines périodes (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 307 et B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 5.3). Le caractère substituable de deux produits présuppose dès lors que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps (cf. CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 2 LCart p. 305 no 108).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les diffuseurs-distributeurs et les détaillants ont respectivement offert et acquis des livres écrits en français, sans interruption, durant la période de l'enquête. Il s'ensuit que la délimitation du marché temporel n'est pas pertinente, l'offre et la demande ayant été continues tant sur le marché *wholesale* que sur le marché *retail* durant la période de l'enquête.

11.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la décision attaquée expose de manière circonstanciée le

fonctionnement du marché du livre, en particulier sa dimension matérielle. L'autorité inférieure, se fondant sur des études, a motivé avec soin les raisons justifiant d'exclure du marché de référence notamment les livres numériques et le commerce électronique de livres imprimés. De même, elle a examiné le fonctionnement du marché *wholesale* et *retail*. Pour le surplus, la recourante ne remet en question ni la dimension géographique retenue par l'autorité inférieure ni l'absence de pertinence de la dimension temporelle.

Toutefois, il y a lieu d'exclure les librairies françaises des partenaires potentiels de l'échange, celles-ci ne constituant pas une alternative d'approvisionnement crédible. Pour le surplus, rien ne s'oppose à la délimitation du marché de référence opérée par l'autorité inférieure, laquelle a défini le marché comme étant celui de la vente *wholesale* de livres neufs, imprimés et écrits en français dans la zone supranationale francophone, à l'exclusion du commerce électronique de livres imprimés.

Il s'ensuit que les griefs formulés par la recourante sur ce point doivent être rejetés.

12. Concurrence sur le plan intramarque

Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant les accords de protection territoriale absolue en cause, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence sur le plan intramarque sur le marché de référence.

12.1 La recourante a fait valoir que son système de distribution n'avait pas pu supprimer la concurrence intramarque et intermarques, que seuls 15 de ses contrats contenaient une clause d'exclusivité « renforcée », soit les [...] % environ de son chiffre d'affaires réalisé dans la diffusion, si bien qu'à supposer qu'ils soient illicites, ceux-ci ne pouvaient pas avoir eu pour effet de clore le marché, ce d'autant plus qu'ils étaient conclus pour une courte durée. En outre, on ne pourrait pas retenir que 95% du marché a été cloisonné dès lors que l'accord horizontal a été abandonné. Enfin, les [...] % de son chiffre d'affaires dans la diffusion étant réalisés par des ventes [...], les potentiels effets sur la concurrence sont imperceptibles, de sorte que l'autorité inférieure aurait dû renoncer à poursuivre son enquête à son encontre, à l'instar de ce qu'elle a fait dans l'affaire *Dermalogica*.

12.2 Selon l'autorité inférieure, la forte différenciation des titres édités rendrait non pertinente la notion traditionnelle de marque. L'acheteur, au niveau *wholesale* ou *retail*, ne choisirait pas un livre en fonction d'une marque correspondant au nom de l'éditeur; il acquerrait un titre déterminé. Que la notion de marque se rapporte à la production éditoriale, au catalogue du diffuseur ou au livre, les conclusions de l'analyse demeurerait en l'espèce identiques.

12.3 Il subsiste une concurrence sur le plan intramarque lorsque les partenaires potentiels de l'échange offrent des produits ou des services de la même marque continuant à se concurrencer malgré l'existence de l'accord (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 7.2; arrêt du TAF B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 5.4; Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 176 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, no 207 ss; ZIRLICK/BANGERTER, in: DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 459 no 114; KRAUS-KOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 442 no 594

ss). Tel est le cas lorsqu'il existe des possibilités d'arbitrage suffisantes, lesquelles peuvent consister en un différentiel de prix ou des différences concernant d'autres paramètres, comme les services, et - dans le cadre d'accords d'attribution de territoires - si suffisamment d'importations parallèles ont effectivement eu lieu pour discipliner le marché (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 207 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). Une concurrence sur le plan intramarque intensive peut néanmoins exister sur le marché suisse, indépendamment d'éventuelles importations parallèles (cf. arrêt du TAF B-506/2010 précité *Gaba* consid. 8.1.2; Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 215 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 207 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 581 ss no 660 ss). En effet, même en cas de cloisonnement du marché suisse vis-à-vis des pays étrangers environnants, une concurrence peut néanmoins subsister en Suisse (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 585 no 676). En droit européen, un accord de distribution exclusive - n'interdisant pas les ventes passives - peut malgré tout affaiblir la concurrence. La position détenue par le producteur sur le marché est particulièrement importante; plus la position du producteur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque est grave (cf. point 153 lignes directrices). De même, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque peut constituer un problème grave sur un marché mûr mais être plus anodin sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent (cf. point 158 lignes directrices). La concurrence sur le plan intramarque risque de s'affaiblir lorsque la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus - comme par exemple un Etat -, dans la mesure où les partenaires potentiels de l'échange du côté de la demande pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité d'approvisionnement (cf. point 159 lignes directrices).

12.4 Le point de départ de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque consiste en la définition de la marque. Il ressort de la décision attaquée que l'ensemble des accords analysés reposent sur un régime d'exclusivité (ch. 422 décision attaquée). En raison des spécificités du marché du livre, il appert que - sur un territoire donné - chaque titre est, en principe, produit par un seul éditeur, lequel confie respectivement la diffusion et la distribution de son fonds à un diffuseur-distributeur exclusif. Celui-ci est généralement le seul à diffuser et à distribuer son catalogue aux détaillants dans le territoire qui lui est attribué (ch. 5 ss, not. 9 décision attaquée). Ce faisant, chaque titre fait partie d'un seul fonds d'éditeur, lequel fait partie d'un seul catalogue de diffuseur-distributeur. Dans une telle configuration, il importe peu - au stade de l'analyse de la concurrence sur le plan intramarque - d'opérer une distinction au niveau de la marque entre les titres, les fonds édités ou les catalogues diffusés et distribués sur un territoire donné.

12.5 Il a été admis ci-dessus que les librairies Payot, la Fnac suisse et B.A. _____ avaient disposé de possibi-

lités d'arbitrage par le prix durant la période de référence, de même que les librairies de taille moyenne si tant est qu'elles coordonnaient leurs importations (cf. *supra* consid. 9.7.1, 9.7.3). Ce nonobstant, seules quelques importations parallèles ont été entreprises auprès des fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart entre 2005 et 2011 sur le marché pertinent, à savoir une seule par les librairies D.A. _____ et la Fnac suisse et plusieurs par B.A. _____ (par l'entremise de sociétés écran) (cf. *supra* consid. 9.8.1, 9.8.3). Dites importations sont trop peu nombreuses pour admettre qu'elles auraient exercé une pression disciplinante sur les prix pratiqués en Suisse des ouvrages distribués par la recourante, comme le démontre en particulier le différentiel de prix ayant existé, durant la période de l'enquête, entre les marchés *wholesale* suisse et français pour lesdits ouvrages (cf. *supra* consid. 9.7.2). En outre, Albert le Grand étant le distributeur exclusif sur le territoire suisse des ouvrages édités par ses partenaires commerciaux en amont, aucune concurrence sur le plan intramarque, par le prix ou les services, n'a existé sur le marché de la distribution suisse durant la période visée par l'enquête. L'argument de la recourante quant aux ventes [...] manque manifestement sa cible. Il en va de même de celui relatif à la durée des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s), lesquels, portant sur le marché en amont des services, ne sont pas aptes à discipliner la concurrence sur le marché de référence. Il s'ensuit que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart auxquels la recourante a été partie n'ont pas permis que, sur le marché pertinent et durant la période visée, subsiste une concurrence sur le plan intramarque.

13. Concurrence sur le plan intermarques

Il convient encore d'analyser la concurrence sur le plan intermarques. Ainsi, il s'agit d'abord d'examiner la concurrence actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 CommVert; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 483 no 203). A cet égard, il y a lieu de déterminer si les parts de marché détenues par les concurrents offrant d'autres marques sont suffisantes pour qu'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence. A défaut, il s'agira d'examiner la concurrence potentielle (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 356).

13.1 L'autorité inférieure a relevé, dans sa décision, que les livres étaient des produits dont la palette de différenciation était considérable; aucun titre ne peut être véritablement identique (ch. 592 décision attaquée). Si elle ne constitue en l'espèce pas un indice de concurrence, en tant que tel, la forte différenciation des produits influence cependant directement les choix des consommateurs finaux et des libraires, dès lors que la substituabilité de certains produits est limitée. Les libraires doivent en effet être en mesure de commander n'importe quel élément de la production éditoriale. Aussi, l'autorité inférieure a retenu qu'il résultait de la forte différenciation des produits dans le secteur du livre qu'aucun détaillant ne pouvait se permettre de ne pas travailler, directement ou indirectement, en cas de rackjobbing par exemple, avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs, ce qui réduisait partiellement la pression disciplinante qui pourrait être issue de la concurrence sur le plan intermarques ab ovo

(ch. 602 décision attaquée). En clair, même si un diffuseur-distributeur se distingue par d'excellents services par rapport à ses concurrents, le libraire se doit de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs. Toutefois, le secteur du livre se caractérisant par un nombre très élevé de références distinctes, tous les détaillants sont confrontés à une contrainte spatiale pour la présentation des produits, laquelle crée une concurrence entre les diffuseurs, non seulement au niveau des prestations financières mais aussi au niveau des services, pour disposer du plus grand rayonnage de titres de leur catalogue auprès de chaque détaillant (ch. 601 décision attaquée).

13.2 La concurrence sur le plan intermarques se joue avant tout sur l'échelon *retail*. Du point de vue du client final, c'est-à-dire le lecteur, les titres d'un genre déterminé (par ex. les livres de cuisine ou les guides de voyage) peuvent, jusqu'à un certain point, être substituables. Cette substituabilité ne se transpose toutefois pas au niveau *wholesale*. Un libraire ne peut en effet pas choisir d'offrir à ses clients un guide de voyage, à l'exclusion d'un autre par exemple. Il ne peut pas non plus faire le choix d'intégrer dans son offre uniquement les titres les plus répandus. Pour pouvoir satisfaire à la demande de leurs clients, les libraires doivent être en mesure d'offrir à ceux-ci un large assortiment de références, le cas échéant, sur commande. A cet égard, Payot a indiqué, dans le questionnaire du secrétariat daté du 9 décembre 2008 (acte 129), ce qui suit: « si nous ne pouvons fournir un livre à notre clientèle, soit dans l'assortiment, soit par le biais de commandes clients spécifiques, nous ne sommes pas en mesure de remplir notre mission qui est justement de pouvoir proposer à notre clientèle l'ensemble des titres réputés disponibles, quel que soit le mode de diffusion-distribution choisi par l'éditeur » (p. 6 ss). C'est la raison pour laquelle, sur le marché *wholesale*, les détaillants ne commandent pas des titres individuels mais un assortiment de titres (par 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 diffuseurs (exclusifs) 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 libraires sur l'échelon *wholesale*. Un détaillant ne peut en effet pas menacer un diffuseur d'aller acheter ses livres auprès d'un autre diffuseur suisse si, par exemple, celui-là ne lui fait pas un meilleur prix sur les titres de son catalogue. De même, il ne peut pas exclure de son réseau d'approvisionnement un diffuseur pour le motif qu'il ne serait pas concurrentiel. Payot a, à ce titre, relevé, dans le questionnaire précité, que « cette concurrence [entre les diffuseurs suisses] n'existe pas, dans la mesure où chacun diffuse une production qui lui est propre [...] quel que soit son poids de parts de marché, y compris s'il est très faible, un diffuseur dispose des mêmes conditions d'exclusivité de diffusion qu'un gros diffuseur pour les catalogues qui lui sont propres » (acte 129 p. 3). « Chaque diffuseur [a] le monopole absolu pour les catalogues dont il a la responsabilité. [...] le modèle appliqué en Suisse est copié du modèle français: il est basé sur la diffusion et la distribution exclusives de la production d'un éditeur par un fournisseur donné ». « Un libraire ne

peut acheter un livre d'un éditeur donné que chez un et un seul fournisseur, peu importe [sa] taille: quelles que soient les parts de marché de chacun, il est en situation de maîtrise complète et totale dans la commercialisation des produits dont il a l'exclusivité; il n'existe de fait aucune concurrence entre les fournisseurs » (acte 129 p. 9). Les arguments de la recourante quant aux ventes [...] et à la durée des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) manquent une nouvelle fois leur cible. Ce nonobstant, il n'est toutefois pas contesté que les libraires doivent faire face à une contrainte spatiale, en ce sens qu'ils ne peuvent pas exposer dans leur librairie tous les livres de tous les diffuseurs auprès desquels ils disposent d'un compte (ch. 601 décision attaquée). Ils doivent donc faire un choix parmi les titres de leur catalogue, étant entendu que les livres qui, pour le client final, représentent des produits substituables ont davantage de possibilités d'être vendus s'ils sont exposés dans la librairie. C'est la raison pour laquelle les diffuseurs vont se livrer une concurrence afin de faire figurer en rayons le plus grand nombre de références. Partant, il y a lieu de déterminer s'il subsiste une concurrence sur le plan intermarques non seulement au niveau des prix mais également au niveau du rayonnement. Pour ce faire, il est préalablement nécessaire d'établir les parts de marché de la recourante et de ses concurrents pour la période de l'enquête.

13.3 L'analyse de la concurrence sur le plan intermarques actuelle débute par celle des parts de marché détenues par le fournisseur et ses concurrents (cf. Comco, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 249 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 257 ss). Selon un principe économique, les accords verticaux (de prix minimaux ou de protection territoriale) ne produiraient des effets anticoncurrentiels qu'en présence d'un pouvoir de marché important des entreprises participantes, soit supérieur à 30% (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 556 no 542 et p. 584 no 670; points 153 et 154 lignes directrices). Par ailleurs, l'évolution des parts de marché permet, en principe, d'admettre plus facilement l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques que si les parts de marché demeurent identiques pendant des années (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 9.5.5). La présence d'une concurrence par le prix parle également souvent en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 584 no 671 ss). De même, la différenciation des produits constitue également un indice qu'une concurrence subsiste (cf. Comco, DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 284 ss; ZIRLICK/BANGERTER, in: DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss no 120). A ce défaut, il s'agira d'examiner si le producteur et ses concurrents font face à une concurrence potentielle les forçant à adopter un comportement efficace malgré l'absence de concurrence actuelle (cf. Comco, DPC 2014/1 184, *Kosmetikprodukte*, ch. 212 ss, DPC 2012/3 540, *BMW*, ch. 269 ss et DPC 2010/1 65, *Gaba*, ch. 296 ss; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508; ZIRLICK/BANGERTER, in: DIKE Kommentar, op. cit., art. 5 p. 460 ss no 120). A cet effet, l'existence de faibles barrières à l'entrée sur le marché constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concur-

rence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Inversement, la présence de barrières légales à l'entrée sur le marché, l'existence de coûts irrécupérables élevés, les difficultés linguistiques, les coûts de transport élevés et les surcapacités sont des indices qu'une concurrence sur le plan intermarques potentielle efficace n'existe pas. La concurrence potentielle fait défaut si l'on ne peut pas envisager des entrées sur le marché dans un délai de deux à trois ans (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 509).

En droit européen, un accord de distribution peut affaiblir la concurrence sur le plan intermarques lorsque la plupart ou la totalité des producteurs pratiquent la distribution exclusive (cf. point 151 lignes directrices). Lorsque les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence sur le plan intramarque sera généralement compensé par une concurrence sur le plan intermarques. En revanche, lorsque le nombre de concurrents est faible, que leur part de marché, leur capacité et leur réseau de distribution sont plus ou moins similaires, il existe un risque d'atténuation de la concurrence sur le plan intermarques. La diminution de la concurrence sur le plan intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs producteurs exploitent des systèmes de distribution similaires. De plus, la distribution exclusive multiple - à savoir le fait pour différents producteurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné - peut encore accroître le risque d'atténuation de la concurrence. En effet, lorsqu'un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents ou plus sur le même territoire, la concurrence sur le plan intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence sur le plan intermarques sera réduite (cf. point 154 lignes directrices). Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence sur le plan intermarques la distribution exclusive multiple est plus importante au niveau *wholesale* qu'au niveau *retail*. Ainsi, lorsqu'une entreprise devient distributeur exclusif pour un nombre important de producteurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau *wholesale* (cf. point 160 lignes directrices).

13.3.1 S'agissant tout d'abord de la part de marché de la recourante, il ressort du dossier que celle-là s'élevait, en 2009, 2010 et 2011, à [...]%, si bien qu'elle n'a pas varié en trois ans, ce qui ne plaide pas en faveur de l'existence d'une concurrence vive entre les diffuseurs suisses durant cette période. Au surplus, l'autorité inférieure a produit, dans la décision attaquée, un tableau des chiffres d'affaires des différents diffuseurs-distributeurs. Il en ressort que les systèmes de distribution des diffuseurs-distributeurs sanctionnés ont couvert plus de 95% du marché durant la période visée par l'enquête (ch. 606 décision attaquée). Ceux-ci bénéficiant tous - sous une forme ou sous une autre - d'une exclusivité pour la diffusion et/ou la distribution sur le territoire suisse, il s'ensuit que la quasi-totalité du marché au niveau *wholesale* a été, en Suisse, soumis à des systèmes de distribution exclusive multiples similaires, ce

qui ne plaide pas non plus en faveur de l'existence d'une concurrence sur le plan intermarques sur le marché de référence durant la période de l'enquête.

13.3.2 Quant à la concurrence sur les prix au niveau intermarques, il sied de relever que, sur le marché *wholesale*, le prix est déterminé par la déduction de la remise sur le prix de référence indiqué par la table pour chaque titre. Ainsi, il a été constaté durant la période de l'enquête que les taux de remise moyens consentis par les diffuseurs avaient été relativement proches les uns des autres. Payot a, à cet égard, indiqué, en réponse à un questionnaire du secrétariat daté du 12 juillet 2007 (acte 21), bénéficiaire de remises de base chez Diffulivre, Servidis, Interforum, E5F, OLF et Dargaud oscillant entre [...]-%, et [...]-% chez Flammarion. Ces taux de remise sont de même, selon l'autorité inférieure, restés relativement stables pour tous les détaillants sur l'ensemble de la période visée par l'enquête (ch. 614 décision attaquée). Enfin, il ne ressort pas du dossier, et la recourante ne l'allègue pas non plus, que les détaillants auraient bénéficié d'une remise supplémentaire ou d'autres avantages pour faire figurer un large choix de titres d'un diffuseur dans leur librairie ou pour mettre en évidence ceux-ci au niveau du rayonnage. Au contraire, Payot a fait savoir, dans le questionnaire du secrétariat du 9 décembre 2008, que ses conditions pour un éditeur étaient en général les mêmes, quel que soient le type de livres (fonds ou nouveautés) et la quantité achetée pour un même titre (à l'unité ou pour plusieurs centaines d'exemplaires; acte 129). De même, les tables de prix ont connu des baisses à partir de 2009-2010 pour tenir compte de l'appréciation du franc suisse; les diffuseurs-distributeurs n'ont cependant pas réagi à la même vitesse au phénomène monétaire, tel qu'en atteste le courrier adressé par les représentants des librairies au sein de l'ASDEL en février 2011 à certains diffuseurs-distributeurs (acte 693c annexe 56): « Vous êtes resté sourd à notre message. Les "promotions" que vous proposez ne remplacent en aucun cas une politique à long terme d'ajustement des tables à la baisse considérable de l'euro depuis plus d'un an »; « De toute évidence, votre stratégie financière et commerciale, sous couvert "d'appliquer des conditions commerciales concurrentielles sur le marché suisse", ne tient aucun compte des appels répétés de vos principaux clients [...]. Nous vous répétons ici que seule une baisse progressive et générale de vos tables répondrait à nos préoccupations les plus urgentes ».

Dans ces conditions, il y a lieu de relever que la sensibilité aux variations de prix est faible au niveau *wholesale*, les différences de prix n'influençant pas la nécessité des détaillants de travailler avec l'ensemble des diffuseurs-distributeurs.

Il s'ensuit qu'il n'a subsisté aucune concurrence sur le prix au niveau intermarques sur le marché de référence durant l'ensemble de la période de l'enquête.

13.3.3 Reste à déterminer si, nonobstant la forte différenciation des produits, il subsiste une concurrence sur le plan intermarques au niveau du rayonnage.

Payot a indiqué, en réponse à la question de savoir selon quels critères il choisissait les livres qu'il proposait à sa clientèle (acte 129), que « il n'est pas dans les us et

coutumes de la librairie de privilégier un fournisseur en fonction des conditions qu'il nous octroie. Seul l'intérêt commercial présumé d'un livre et la nécessité de proposer une offre riche, variée et cohérente sont les facteurs déterminant l'achat. » [...] « Ce sont les libraires, dans chacune des succursales, qui déterminent et créent leur assortiment, aussi bien pour les nouveautés que pour les fonds, en fonction de leur connaissance de leur clientèle, de la taille de la librairie, etc. » (p. 6). La Fnac suisse a, dans ce même questionnaire (acte 254), encore ajouté faire ses choix en fonction de la concurrence immédiate. La Fnac suisse et Payot ont toutes deux indiqué que, pour choisir les nouveautés qu'elles proposent à leurs clients, elles reçoivent la visite de représentants qui leur présentent les programmes des nouveautés à paraître. Ceux-ci disposent d'informations qui aident le libraire à se déterminer sur la nécessité de commander un titre ou pas et sur le nombre d'exemplaires à commander. Pour le réassort des articles du fonds, elles ont précisé veiller à garantir un assortiment de qualité, alliant présence des nouveautés, largeur et profondeur de l'offre pour satisfaire un maximum de clients. Payot a par ailleurs relevé qu'il ressortait d'un sondage réalisé auprès de sa clientèle en mai 2008 que, pour les 55% des clients interrogés, le choix/l'offre était le principal critère de qualité d'une librairie. Selon la Fnac suisse, ce critère est capital en tant qu'il détermine la réputation d'une librairie. En outre, à la question de savoir - dans l'hypothèse où un livre déterminé n'était pas disponible dans leur librairie - quel pourcentage de clients quitterait la librairie sans le commander, Payot l'a estimé entre 5 et 20%, la Fnac suisse à environ 50%. Ne pas disposer d'une référence en rayons peut dès lors représenter une perte financière importante pour une librairie. La Fnac suisse a encore relevé que les diffuseurs proposaient très régulièrement des opérations commerciales, c'est-à-dire remettre en avant des titres de leur catalogue en fonction de l'actualité, de la saisonnalité ou de la parution d'une nouveauté importante. Elle a indiqué être totalement libre d'accepter ou de refuser ces opérations commerciales. Sur ce même point, Payot a fait savoir que, chez de nombreux fournisseurs, un système de « grille d'office » est appliqué pour les nouveautés.

Il résulte de ce qui précède que ce sont les détaillants qui choisissent, compte tenu de leurs contraintes spatiales, les livres qu'ils proposent dans leur librairie, selon leurs propres critères. Ils ne font à cet égard pas jouer la concurrence entre les diffuseurs pour déterminer leur offre. Au même titre qu'il doit avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs-distributeurs, un détaillant doit proposer dans sa librairie l'offre la plus large et la plus diversifiée possible. L'intérêt commercial du libraire est prépondérant dans le choix des titres.

13.3.4 Il ressort de tout ce qui précède 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 diffuseurs-distributeurs, la concurrence actuelle sur le plan intermarques entre ceux-ci a été très largement

insuffisante pour qu'il subsiste une concurrence sur le marché de référence.

13.4 Il convient dès lors d'examiner si, durant la période concernée, il subsistait une concurrence sur le plan intermarques potentielle apte à renverser la présomption légale. Tel est le cas lorsque les entreprises parties à l'accord craignent de nouvelles entrées sur le marché (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508). Ainsi, les conditions d'accès et de sortie du marché sont un critère central dans l'appréciation de la concurrence sur le plan intermarques potentielle (cf. message LCart 1995, FF 1995 I 472, p. 515). La présence de faibles barrières à l'entrée sur le marché, que ce soit pour des offreurs domestiques ou étrangers, constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart p. 548 no 508).

Selon l'autorité inférieure, deux éléments auraient limité les possibilités d'entrée sur le marché. Premièrement, celle-ci dépendrait des droits d'édition. Deuxièmement, les diffuseurs-distributeurs principaux ont des rapports très étroits avec la distribution en France. En effet, les principaux éditeurs seraient concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion en Suisse, ce qui reviendrait à admettre que la plupart des acteurs de l'édition sont déjà entrés sur le marché. Dans ce sens, l'entrée sur le marché ne serait réellement envisageable que pour des éditeurs éventuellement non encore diffusés-distribués en Suisse, ce qui représenterait une part marginale du marché (ch. 624 ss décision attaquée).

En l'espèce, il est indifférent que des entreprises aient pu potentiellement entrer sur le marché pertinent du côté de l'offre durant la période de l'enquête. En effet, compte tenu de la forte différenciation du produit du livre, l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché de référence n'aurait dans tous les cas pas été apte à exercer une pression concurrentielle sur les diffuseurs suisses (cf. *supra* consid. 13.2). Quant au rayonnement, s'il existe certes une concurrence au niveau des éditeurs, lesquels doivent déterminer par quel diffuseur-distributeur ils passent, celle-ci ne se reflète pas au niveau des détaillants, lesquels doivent, à tout le moins, être en mesure de commander n'importe quel ouvrage.

Il s'ensuit que la probabilité que de nouvelles entreprises du côté de l'offre génèrent une pression disciplinante suffisante a été faible, voire nulle, durant la période visée par l'enquête.

13.5 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 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.

14. Pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange

Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, il ne subsisterait aucune concurrence, tant sur le plan intramarque qu'intermarques, il y a lieu d'examiner si la position des

partenaires potentiels de l'échange a exercé une pression disciplinante sur les parties à l'accord (cf. arrêt du TAF B-420/2008 précité *Implemia* consid. 9.2.4; KRAUS-KOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 394 et 424 no 241 et 455; ZÄCH, Kartellrecht, op. cit., p. 211 no 434 *in fine*).

Dans sa décision, l'autorité inférieure a ainsi examiné la pression concurrentielle exercée par les acteurs en amont - les éditeurs - ainsi que celle émanant du côté de la demande, d'abord au niveau *wholesale*, puis au niveau *retail*.

14.1

14.1.1 Plusieurs diffuseurs ont considéré que le marché des services de diffusion avait généré une pression concurrentielle sur l'offre du marché *wholesale* de la vente de livres aux détaillants. Ils ont en effet considéré que le fait que certains éditeurs changeaient parfois de diffuseur pour la Suisse avait généré une pression disciplinante sur les diffuseurs-distributeurs.

14.1.2 S'il n'est pas contesté que plusieurs (petits) éditeurs ont effectivement changé de diffuseur-distributeur durant la période de l'enquête, il y a lieu de rappeler que les principaux éditeurs français sont concentrés dans des groupes ayant une activité propre de diffusion et/ou de distribution en Suisse et seraient - par conséquent - déjà entrés sur le marché. S'agissant donc des principaux éditeurs, une éventuelle pression disciplinante est dans tous les cas fortement limitée.

En outre, il y a lieu de relever que les éditeurs sont à considérer comme des demandeurs - leur intérêt étant d'obtenir une diffusion ou une distribution qui leur convient - et n'ont dès lors pas pu discipliner les acteurs en aval.

14.2

14.2.1 Certains diffuseurs ont également considéré que la pression concurrentielle provenant des détaillants, principalement de la Fnac suisse et de Payot, avait discipliné les diffuseurs-distributeurs.

14.2.2 L'autorité inférieure a retenu, pour l'essentiel, que les détaillants n'avaient pas été en mesure durant la période visée par l'enquête de mettre en concurrence les diffuseurs suisses avec d'autres fournisseurs en raison du cloisonnement du territoire. Elle rappelle en outre les discussions intervenues entre les diffuseurs lors de l'assemblée de mai 2005 au sein de l'ASDEL; celles-ci auraient permis à chaque diffuseur de connaître la stratégie de ses concurrents, ce qui aurait réduit les possibilités de négociations des détaillants. Par ailleurs, elle retient que les temps de réaction distincts des diffuseurs dans l'adaptation de leurs catalogues par rapport à l'appréciation du franc suisse est un indice que la pression exercée par les détaillants a été insuffisante, voire inexistante. Enfin, elle souligne que les détaillants ne peuvent pas se permettre de ne pas travailler avec l'ensemble de l'offre éditoriale, de sorte que les diffuseurs disposent de la possibilité d'imposer leurs conditions.

En l'occurrence, Interforum - qui représentait à elle seule [...] à [...]% de l'offre *wholesale* entre 2009 et 2011 - a déclaré, en réponse au questionnaire envoyé en 2007, s'agissant de la Fnac suisse - laquelle couvrait [...]% de

la demande *wholesale* (acte 906 lignes 15-22): « Pour info, la Fnac nous a menacés d'acheter en France. Nous avons le choix de ne pas céder. Dans ce cas la perte du [chiffre d'affaires] remettrait en cause non pas la commercialisation du livre mais la présence du stock et la distribution en Suisse. Nous avons choisi d'accepter une perte de l'ordre de plus de [...] francs] de résultat afin de pouvoir continuer à assurer la distribution avec un stock sur place. Nous préservons ainsi le volume au détriment de la rentabilité, jusqu'à quand ? » (acte 27 p. 1). Payot - qui représentait [...] % de la demande *wholesale* - s'est également déclarée surprise que les diffuseurs aient parlé entre eux de sa demande d'approvisionnement direct en France, le fait que ce type d'informations ait circulé ayant réduit d'autant ses possibilités de négociations (acte 913 ligne 153). Diffulivre - qui représentait [...] à [...] % de l'offre *wholesale* entre 2009 et 2011 (ch. 606 décision attaquée) - a indiqué que plusieurs librairies indépendantes - ayant couvert environ 30 % de la demande *wholesale* - avaient fait pression sur elle, ce qui l'a amenée, dès le 21 mars 2011, à amorcer une baisse générale et continue de ses tabelles (cf. acte 693a, ch. 347 ss et acte 693c, annexe 56). Enfin, Servidis et Transat - qui représentaient à elles deux [...] à [...] % de l'offre *wholesale* - ont indiqué avoir fixé leurs prix en dessous du niveau des prix proposés par Amazon pour les consommateurs finaux (acte 672 p. 46).

Sur le vu de ce qui précède, il appert que, nonobstant les importantes parts de marché de certains détaillants, ni la Fnac suisse ni Payot n'ont réussi à exercer une pression disciplinante suffisante sur les diffuseurs-distributeurs durant la période sous enquête. En effet, les détaillants, même de grande taille, n'ont pas pu menacer le système de distribution des diffuseurs-distributeurs. Ainsi, les propos de Diffulivre, Servidis et Transat doivent être relativisés. En effet, la diminution par la première du niveau de ses tabelles le 21 mars 2011 intervient dans un contexte particulier, dès lors que celle-ci faisait l'objet d'une enquête que le secrétariat venait d'étendre à des infractions relevant de l'art. 5 LCart (acte 344). Partant, il appert que, bien que temporairement aussi liées à la requête des librairies réunies au sein de l'ASDEL, l'extension de l'enquête du secrétariat et la perspective d'une sanction ne sont pas étrangères à la baisse générale des tabelles des diffuseurs constatée en 2011. Quant à Servidis et Transat, elles admettent fixer leurs prix en dessous de ceux pratiqués par Amazon. Or, il sied de relever qu'alors que Amazon s'adresse principalement aux consommateurs, lesquels commandent directement auprès d'elle les ouvrages, celles-ci ne sont en lien qu'avec des détaillants, lesquels doivent ainsi réduire leur marge commerciale pour rester à un niveau de prix acceptable pour le consommateur.

Partant, il demeure que les remises accordées et la baisse générale des tabelles amorcée par les diffuseurs dès 2011 n'ont pas pour autant supprimé la nécessité pour les détaillants d'avoir un compte ouvert auprès des principaux diffuseurs actifs sur le territoire suisse et ce, quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, tant au niveau des prix que des services. Un détaillant, quel que soit son poids, n'est donc pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs-distributeurs suisses. Il ne peut en effet pas menacer

ceux-ci d'aller s'approvisionner ailleurs s'ils ne lui font pas une plus grosse remise, ne baissent pas leurs tabelles ou ne lui offrent pas de meilleures prestations de services. Pour ces motifs, il y a lieu de retenir que les détaillants n'ont pas disposé d'une capacité disciplinante suffisante sur les prix *wholesale* suisses du catalogue distribué en Suisse par la recourante durant la période concernée.

14.3 Il s'agit encore d'examiner si, durant la période de l'enquête, la concurrence entre les détaillants suisses et, de manière plus générale, la concurrence sur le marché *retail* de la vente de livres, situé en aval du marché pertinent, a - par réflexion - exercé une pression disciplinante sur le comportement de la recourante.

14.3.1 Selon l'autorité inférieure, la concurrence résiduelle sur le marché *retail* n'a pas pu être un facteur disciplinant de l'offre sur le marché *wholesale*. En particulier, de nombreux paramètres économiques (tabelles, étiquetage, taux de suivi, etc.) auraient eu un effet limitatif sur la concurrence au niveau *retail*. En effet, indiquant que les détaillants peuvent demander que les livres leur soient remis avec une étiquette mentionnant le prix de vente final, l'autorité inférieure relève que, selon les indications des diffuseurs en audition, il s'agirait généralement du prix tabellisé si le détaillant ne donne pas de précision sur les prix. En pratique, ce système, fortement incitatif, se serait traduit par un taux de suivi élevé des prix tabellisés sur le marché *retail* de la part des détaillants. L'étiquetage et le respect des prix tabellisés auraient ainsi facilité une coordination des prix par les acteurs économiques, laquelle aurait réduit la concurrence. Ainsi, une éventuelle pression disciplinante de la part des détaillants aurait été d'autant moindre que ceux-ci auraient été en mesure de transférer sur les consommateurs finaux le niveau des prix jugé optimal par les diffuseurs-distributeurs, représenté par le prix tabellisé.

14.3.2 Il ressort du dossier que chaque diffuseur suisse dispose, sur tous les titres importés de France, de ses propres tabelles de conversion du prix du livre de l'euro vers le franc suisse. Le prix tabellisé correspond au prix public conseillé en Suisse (ou prix de référence), sur lequel les détaillants peuvent accorder des rabais à leurs clients. Le prix d'achat du livre par les détaillants correspond au prix tabellisé, déduction faite d'une remise négociée par chaque détaillant auprès de chaque diffuseur. Si le détaillant bénéficie d'une forte part de marché, il disposera envers le diffuseur d'un pouvoir de négociation plus important pour obtenir une plus grosse remise sur le prix de référence, supérieure à celles de ses concurrents auprès de ce même diffuseur. C'est en cela que la concurrence sur le marché *retail* peut se répercuter sur les prix *wholesale* pratiqués par les diffuseurs suisses. En revanche, comme dit ci-dessus, un détaillant, quel que soit son poids sur le marché *retail*, n'est pas en mesure de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs suisses (cf. *supra* consid. 14.2.2). Compte tenu de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les détaillants doivent en effet travailler avec les principaux diffuseurs quelles que soient les conditions offertes par ceux-ci, lesquels détiennent l'exclusivité de la diffusion et/ou de la distribution de leur catalogue sur le territoire suisse, cloisonné par leur système de distribution (cf. *supra* consid. 9.11). Aussi, peu importe que la

concurrence soit vive ou non sur le marché *retail* du livre écrit en français, elle ne se répercute pas sur la concurrence du côté de l'offre sur le marché pertinent.

14.4 Enfin, il y a lieu d'examiner si la concurrence sur le marché *retail* émanant des acteurs du commerce électronique du livre imprimé en français, ainsi que des librairies françaises limitrophes - lesquels ne constituent pas des partenaires potentiels de l'échange du côté de l'offre sur le marché de référence (cf. *supra* consid. 11.3.1.1, 11.3.1.2) - aurait, par réflexion, eu un effet disciplinant sur le comportement de la recourante.

En effet, selon l'autorité inférieure, le recours au commerce électronique représentait vers la fin de la période de l'enquête environ 10% de la vente de livres aux clients suisses. De même, il ressort du dossier que les détaillants considèrent les entreprises actives sur Internet comme des concurrents (cf. *supra* consid. 11.3.1.1). Il n'est pas non plus contesté que, sur le marché *retail* du livre écrit en français, les détaillants suisses ont, durant la période visée, également subi la concurrence des librairies de France voisine au niveau du prix de référence. Lors de son audition devant l'autorité inférieure, Payot a en effet déclaré que dites librairies étaient généralement bien plus prospères que celles du reste du territoire français dès lors qu'elles profitaient des achats transfrontaliers (acte 913 lignes 936-938). Aussi, pour être concurrentiels et ainsi retenir les consommateurs s'étant, en particulier à la suite de l'appréciation du franc suisse, dirigés vers ces sources d'approvisionnement alternatives, les détaillants suisses auraient dû baisser le prix de vente final de leurs ouvrages. Compte tenu du cloisonnement du territoire national, le seul moyen pour eux d'accorder des rabais sur leurs titres, tout en maintenant des marges leur permettant d'assumer leurs charges, aurait été de négocier auprès des diffuseurs une remise supérieure afin d'obtenir un prix d'achat qui soit raisonnable et concurrentiel par rapport au prix d'achat en euro. Si la remise octroyée sur le prix de référence est trop faible, la politique de prix des détaillants ne peut en effet guère s'écarter de celui-ci. Payot a, à cet égard, déclaré dans son questionnaire du 7 août 2007 (acte 21): « nous pratiquons une politique de rabais pour le public avec deux niveaux: [...]. Nous prenons sur nos marges pour pratiquer ces rabais et ne pouvons donc baisser les prix autant que nous le souhaiterions sans risquer de mettre notre entreprise en péril économique ». Or, comme établi ci-dessus, la pression concurrentielle émanant du marché *retail* ne se répercute pas sur le marché *wholesale* (cf. *supra* consid. 14.3). Comme l'a déclaré Payot dans son questionnaire du 9 décembre 2008 (acte 129), les détaillants ne disposent d'aucun moyen pour faire jouer la concurrence entre les diffuseurs et ainsi faire baisser le prix de vente final des ouvrages de ceux-ci. Les libraires sont « enfermés dans un système qui ne [les] autorise pas à faire jouer la concurrence entre fournisseurs ni à [s']approvisionner en France en direct ». La pression susceptible d'être exercée par les détaillants auprès de chaque diffuseur individuellement pour obtenir un prix d'achat inférieur est indépendante des conditions de concurrence prévalant sur le marché *wholesale*.

Il s'ensuit que la pression concurrentielle des consommateurs n'a pas suffi à discipliner le marché *wholesale*.

14.5 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la pression concurrentielle exercée par les partenaires potentiels de l'échange en amont et en aval a été largement insuffisante pour discipliner le comportement de la recourante sur le marché *wholesale*.

15. Pas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il n'a subsisté aucune concurrence au niveau intramarque sur le marché pertinent durant toute la période de l'enquête. Les éléments constatés ne suffisent en effet pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. De même, il n'a pas subsisté de concurrence sur le plan intermarques en raison des spécificités du marché du livre. Quant à la pression disciplinante des partenaires potentiels de l'échange, elle est quasiment inexistante.

Partant, il y a lieu de confirmer l'analyse de la concurrence effectuée par l'autorité inférieure dans la décision attaquée et de conclure que la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut être renversée.

Il s'ensuit que l'ensemble des accords passés par la recourante avec ses éditeurs, en vertu desquels elle s'est vu confier l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution pour la Suisse des ouvrages de ceux-ci, et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

16. Restriction notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart)

A supposer néanmoins que la présomption légale eût été renversée, il s'agit d'examiner si les accords en cause auraient été saisis par l'art. 5 al. 1 LCart.

16.1 Selon la recourante, les prétendus accords passés avec la plupart de ses clients libraires - exceptés Payot et la Fnac suisse - ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 al. 1 LCart en raison de l'application de la Communication de la Comco du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (ci-après: Communication PME, publiée sur le site Internet de la Comco). En effet, l'accord tacite, par lequel le libraire au bénéfice d'un droit de retour s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès de la recourante pour le titre objet du droit de retour, est assimilable à un accord de non-concurrence. Ce type d'accords ne concerne ni le prix ni les quantités ni une répartition des territoires. Or, selon le ch. 5 de la Communication PME, l'autorité inférieure considère que ce type d'accords entre microentreprises ne supprime ni même n'affecte la concurrence de manière notable. Par ailleurs, même à supposer qu'il s'agisse d'accords portant sur des protections territoriales ou sur des prix, ceux-ci n'affecteraient pas notablement la concurrence comme semblerait l'avoir retenu l'autorité inférieure dans sa décision *Dermalogica*. Quant aux accords passés avec Payot et la Fnac suisse, ils n'affectent pas non plus notablement la concurrence: ils ne sont pas qualitativement graves puisqu'ils ne portent pas sur les prix, les quantités ou encore les territoires ni quantitativement significatifs.

compte tenu des faibles quantités faisant l'objet des contrats en cause et de la courte durée de ceux-ci.

Tout d'abord, les accords auxquels se réfère la recourante ne sont dans le cas d'espèce pas litigieux; ils ne visent en effet pas à exclure les ventes passives sur le territoire suisse par les partenaires de distribution des éditeurs liés à la recourante actifs à l'étranger. Ensuite, même à supposer que ces accords soient pertinents pour l'application de l'art. 5 al. 4 LCart, l'argument développé par la recourante autour de la Communication PME ne lui est d'aucun secours. En effet, dans l'hypothèse où celle-là devait être qualifiée de microentreprise au sens de ladite communication, il y a lieu de relever que celle-ci dispose à son ch. 5 que la Comco considère en principe comme n'affectant pas de manière notable la concurrence, les accords auxquels seules des microentreprises participent, à moins que: un accord vertical entre microentreprises ne prévoie un accord portant sur la fixation de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (let. b) - l'autorité inférieure ne s'est nullement écartée de dite communication dans sa décision *Dermalogica* (cf. décision de la Comco du 21 octobre 2013, DPC 2014/1 *Dermalogica*, p. 184 ch. 245). Or, il a été établi ci-dessus (cf. *supra* consid. 9.12) que la recourante avait justement été partie à des accords d'attribution de territoires de distribution absolue; c'est donc en vain que la recourante se prévaut de la Communication PME.

16.2 Dans son arrêt *Gaba* (ATF 143 II 297), le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait en particulier d'une interprétation historique de l'art. 5 al. 1 LCart que le critère de la notabilité était une clause bagatelle; il doit permettre d'alléger le travail des autorités de la concurrence, en ce sens que les atteintes légères à la concurrence ne tombent pas dans le champ d'application de la loi (cf. consid. 5.1.2). Or, un examen quantitatif de la notabilité, fondé sur une analyse économique des parts de marché ou des chiffres d'affaires, n'est pas apte à atteindre ce but, si bien qu'il est préférable, lorsque cela est possible, de se fonder sur des critères qualitatifs découlant du texte de la loi (cf. consid. 5.2.1 et 5.2.2; ég. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1). A cet égard, les débats parlementaires relatifs à la révision de la LCart de 2002 ont mis en évidence que certains accords, tels que les accords de protection territoriale absolue, constituent en principe déjà, en raison de leur objet, des restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Dans son projet de loi de 1995, le Conseil fédéral avait par ailleurs déjà laissé entendre qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, l'accord affectait en principe la concurrence de manière notable (cf. consid. 5.2.3). De même, il ressortait des interprétations systématique et téléologique que les accords, présumés supprimer la concurrence efficace, contenus aux art. 5 al. 3 et al. 4 LCart ne perdaient pas leur caractère nuisible en cas de renversement de la présomption légale; le renversement de la présomption ne se référait en effet pas à l'accord en tant que tel mais uniquement au point de savoir s'il subsistait une concurrence sur le marché de référence malgré l'accord. Aussi, les accords, particulièrement dommageables, pouvant conduire à une suppression de la con-

currence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart étaient nécessairement aussi ceux pouvant mener à une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart (cf. consid. 5.2.4; ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 10.1).

Il s'ensuit qu'une restriction notable à la concurrence existe, en principe, lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée, des critères quantitatifs n'étant en principe plus nécessaires pour déterminer si les accords au sens de l'art. 5 al. 3 ou al. 4 LCart affectent notablement la concurrence, renforçant, par là même, la sécurité juridique (cf. consid. 5.2.2; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 4.3.1; ch. 12 par. 1 let. a CommVert, ch. 10 note explicative CommVert).

Ceci étant, c'est en vain que la recourante fait valoir que les accords litigieux sont des « accords bagatelles », lesquels ne sauraient être saisis par la loi sur les cartels pour le seul motif qu'ils tomberaient sous le coup de la présomption de suppression de la concurrence efficace. Par ailleurs, dès lors qu'il a été établi ci-dessus que le système de distribution de la recourante dans son ensemble excluait les ventes passives (cf. *supra* consid. 9.12), il ne saurait être qualifié de « cas bagatelle ». Enfin, la faible part de marché de la recourante n'est pas à elle seule déterminante, dès lors que, compte tenu de la particularité du marché du livre, chaque libraire doit être en relation avec chaque distributeur (cf. *supra* consid. 13.2).

16.3 Partant, il y a lieu de retenir que, même à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace eût été renversée, les accords tombant dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart auraient néanmoins affecté notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

17. Existence de motifs justificatifs (art. 5 al. 2 LCart)

Les accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique, tels que décrits à l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.3.1 et 144 II 194 *BMW* consid. 4.4.1 et 4.5).

17.1 En vertu de l'art. 5 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (al. 1). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (al. 2 let. a); et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (al. 2 let. b).

Trois conditions sont ainsi nécessaires selon cette disposition pour admettre l'existence d'un motif d'efficacité économique propre à justifier un accord: l'existence d'au moins un motif d'efficacité économique, la nécessité de l'accord pour atteindre le motif d'efficacité visé et l'im-

possibilité de supprimer une concurrence efficace pour les entreprises concernées. Ces trois conditions sont cumulatives (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 7.1 et 144 II 246 *Altimum* consid. 13).

La liste des motifs justificatifs figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive; il est cependant suffisant que l'un des motifs soit réalisé pour que l'on puisse admettre une justification sous l'angle de l'efficacité économique (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; arrêt du TF 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 13.2). La loi formule ouvertement les motifs d'efficacité économique, ce qui permet en principe aux autorités de tenir compte de tous les gains d'efficacité objectifs, étant précisé que, conformément à la notion d'efficacité économique, seuls les avantages objectifs doivent être pris en compte (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 495 et 499 no 256 et 272 ss). Le champ d'application et la notion des motifs d'efficacité économique doivent être appréciés dans une perspective large et non-restrictive (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 499 no 272). Néanmoins, seuls des motifs économiques peuvent entrer en ligne de compte à l'exclusion de justifications non-économiques, notamment culturelles ou politiques (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.1; BORER, op. cit., art. 5 p. 87 no 45) ou même fondées sur un intérêt public (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart p. 498 no 270). Par ailleurs, les parties à l'accord doivent, conformément au principe de la proportionnalité, choisir la mesure la moins incisive; celle-ci doit de plus être apte à réaliser un motif d'efficacité économique et être nécessaire à la réalisation de celui-ci (cf. ATF 129 II 18 consid. 10.4; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 p. 513 n°322 ss; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 p. 409 n° 355).

Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont, en règle générale, légitimés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (art. 6 al. 1 LCart). Le but de cette disposition est de confier au Conseil fédéral et à la Comco la faculté de préciser l'interprétation qu'ils entendent donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 al. 2 LCart (cf. ATF 144 II 246 *Altimum* consid. 13.3; XOUDIS, op. cit., p. 331 ss). Sont réputés justifiés par des motifs économiques, les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services (art. 6 al. 1 let. c LCart). Selon le ch. 16 par. 4 CommVert, les entreprises peuvent notamment faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique, la protection limitée d'investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou l'introduction d'un nouveau produit sur le marché (let. a), la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels (let. b), la protection d'investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de celle-ci ou seulement moyennant une perte considérable (problème du *hold-up*) (let. c) et le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème de parasitisme) (let. d). Il est en outre

généralement admis que certains accords attribuant une exclusivité puissent avoir des effets positifs sur la concurrence, notamment lorsqu'ils favorisent une diminution des coûts de distribution, la promotion de la vente, le service à la clientèle et le stockage des biens ou s'ils améliorent l'approvisionnement des consommateurs (cf. ATF 129 II 18 *Sammelrevers* consid. 10.3; REYMOND, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 6 p. 616 n°122). Enfin, il ne revient pas au tribunal ou aux autorités de la concurrence de prouver l'inexistence de motifs justificatifs. Aussi, si ceux-ci n'ont pas pu être établis par les autorités ou les parties, une restriction à la concurrence demeure illicite (cf. arrêt du TF 2A.430/2006 précité *Sammelrevers* consid. 10.3).

17.2 Ceci étant, il convient d'examiner si les accords passés entre la recourante et ses partenaires commerciaux en amont sont justifiés par un motif d'efficacité économique.

La recourante fait tout d'abord valoir que ces accords jouent un rôle essentiel pour les libraires indépendants: ils réduisent les coûts de distribution, promeuvent la diffusion des connaissances et permettent d'exploiter plus rationnellement les ressources financières du libraire et de livrer les clients plus rapidement. Elle relève ensuite que l'autorité inférieure - qui considère à tort que, pour garantir le droit de retour, elle a instauré avec ses éditeurs un régime d'exclusivité prohibant les ventes passives - soutient à présent que ces accords ne sont pas indispensables pour le bon fonctionnement du droit de retour. Or, les suggestions faites par l'autorité inférieure pour garantir le droit de retour, telles que l'application d'un taux de retour ou l'utilisation d'un système de marquage ne peuvent absolument pas être suivies. Par tant, les accords passés avec ses libraires, pour certains livres, qui comprennent une garantie de retour et un accord tacite d'approvisionnement auprès d'elle sont licites aux yeux du droit suisse de la concurrence.

L'autorité inférieure réaffirme que, nonobstant les dires de la recourante, plusieurs méthodes alternatives permettent la gestion d'un droit de retour sans porter préjudice à la concurrence. Si le propos de la recourante était suivi, cela reviendrait en effet à admettre que seule la suppression de la concurrence permettrait de mettre en place un droit de retour fonctionnel. La décision contestée a relevé que certains diffuseurs-distributeurs avaient mentionné que des solutions alternatives existaient.

17.2.1 La recourante ne motive pas et le tribunal ne voit pas davantage en quoi un cloisonnement du marché *wholesale* suisse en sa faveur profiterait aux libraires indépendants et leur permettrait en particulier d'exploiter plus rationnellement leurs ressources financières ou de promouvoir la diffusion des connaissances.

17.2.2 Ensuite, il a été admis plus haut que les engagements tacites d'approvisionnement exclusif des détaillants n'étaient pas aptes à garantir le droit de retour (cf. *supra* consid. 9.5.2.2), si bien que celui-ci aurait été assuré par le cloisonnement du marché. Or, le bon fonctionnement du droit de retour ne figure pas au nombre des motifs économiques susceptibles de justifier des accords de protection territoriale absolue. Ceux-ci ne sont en effet pas nécessaires pour assurer au distribu-

teur de ne pas reprendre des livres qu'il n'aurait pas lui-même vendus.

17.2.3 La recourante ne fait valoir pour le reste aucun autre motif d'efficacité économique qui justifierait la mise en place d'un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives. De même, le tribunal ne voit pas quel motif économique nécessiterait en l'espèce de cloisonner le marché suisse.

En effet, le risque de « parasitisme » au sens de l'art. 5 al. 2 let. d LCart n'est en l'occurrence pas pertinent dès lors qu'en raison de la forte différenciation du produit sur le marché du livre, les efforts promotionnels engagés par la recourante pour les ouvrages de ses éditeurs ne peuvent bénéficier qu'à la vente de ceux-là, à l'exclusion de tout autre. De même, en tant que la recourante est active sur le marché suisse depuis de nombreuses années, les éditeurs dont elle assure la diffusion sont connus des détaillants. Aussi, il ne s'agit pas pour ceux-là de pénétrer un nouveau marché. En outre, le lancement de nouveaux livres, lesquels sont destinés à l'ensemble du marché francophone, ne requiert en aucun cas un cloisonnement spécifique du marché suisse. Il n'est pas non plus nécessaire pour réduire les coûts de distribution d'interdire les ventes passives sur le territoire suisse.

17.3 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'activité économique déployée par la recourante en Suisse n'exige pas un système de distribution exclusive prohibant les ventes passives.

Il s'ensuit qu'en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace, le système de distribution de la recourante ne serait pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

18.

Il suit ainsi de tout ce qui précède que c'est à tort que la recourante a fait grief à l'autorité inférieure de ne pas avoir, en application de sa jurisprudence *Dermalogica*, clos l'enquête à son encontre, dès lors que les contrats passés avec ses éditeurs n'auraient pas eu pour effet de supprimer ou d'affecter notablement la concurrence, ce qu'elle aurait d'ailleurs fait à l'égard d'autres diffuseurs suisses (cf. *supra* let. H). Or, il y a lieu de rappeler que ceux-ci n'ont pas été condamnés à l'issue de la décision déférée en tant que l'autorité inférieure n'a pas retenu à leur encontre la participation à des accords verticaux de protection territoriale absolue, contrairement à ce qu'elle a admis pour la recourante.

19. Sanction (art. 49a al. 1 LCart)

Il y a enfin lieu d'examiner si le comportement de la recourante entraîne le prononcé d'une sanction.

19.1 Toujours dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption légale, la recourante a fait valoir que, sauf à violer le principe de la légalité, une sanction ne pouvait être prononcée en application de l'art. 49a LCart lorsque la concurrence n'était pas supprimée mais seulement affectée de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Le cas échéant, il s'agirait dès lors de renoncer à toute sanction.

19.1.1 L'art. 49a LCart, libellé « sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence », prévoit à son al. 1, 1^{ère} phrase que: « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ».

19.1.2 Les sanctions directes prévues par l'art. 49a al. 1 LCart revêtant un caractère pénal (cf. ATF 139 I 72 *Pu-bligroupe* consid. 2.2.2), les art. 1^{er} CP et 7 par. 1 CEDH - consacrant le principe de la légalité des délits et des peines (*nulla poena sine lege*) - trouvent application en l'espèce.

Dans son arrêt *Gaba*, prononcé le 28 juin 2016, le Tribunal fédéral a en particulier tranché la question de savoir si l'art. 49a al. 1 LCart trouvait application lorsque les présomptions prévues par les art. 5 al. 3 et 4 LCart étaient renversées et que les accords considérés s'analyaient comme une restriction notable à la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart, non justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

Se fondant sur les méthodes d'interprétation littérale, systématique, téléologique et historique, le Tribunal fédéral a retenu que, par « accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4 » LCart, il y avait lieu d'entendre les accords énumérés dans les deux alinéas. L'art. 49a al. 1 LCart se réfère ainsi selon la Haute Cour aux types d'accords prévus par les al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, lesquels doivent être sanctionnés en tant qu'ils représentent des restrictions à la liberté d'action sur le marché, considérées comme particulièrement problématiques du point de vue de la loi. Elle a relevé qu'une sanction directe ne peut toutefois être prononcée que si ceux-ci sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, c'est-à-dire s'ils suppriment la concurrence ou s'ils l'affectent de manière notable sans motif justificatif. En d'autres termes, sont exclus du champ d'application des sanctions directes, les comportements illicites qui n'ont pas pour objet des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des territoires; il en va de même des accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés n'affectant pas notablement la concurrence efficace ou qui, sans supprimer celle-ci, sont justifiés par des motifs d'efficacité économique (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9).

19.1.3 Au regard de l'interprétation de l'art. 5 al. 4 LCart opérée, le Tribunal fédéral a admis que dite disposition était suffisamment précise pour définir le comportement indésirable. Partant, il a reconnu que l'art. 49a al. 1 LCart, en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, lui-même en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart, était suffisamment précis pour infliger une sanction directe en cas de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.5).

Ceci étant, compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, dont il n'y a aucune raison de s'écarter, il convient de retenir en l'espèce qu'une sanction directe au sens de l'art. 49a al. 1 LCart, prononcée en raison d'un accord illicite selon l'art. 5 al. 1 et 2 LCart, ne consacrerait pas une violation du principe de la légalité.

19.1.4 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les accords passés par la recourante avec ses éditeurs, en vertu desquels elle s'est vu confier l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution pour la Suisse des ouvrages de ceux-ci et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par d'autres fournisseurs agréés, sont visés par un état de fait couvert par l'art. 5 al. 4 LCart. Par conséquent, ils pourraient être sanctionnés, quand bien même la présomption de suppression de la concurrence était renversée (cf. *supra* consid. 16).

19.2 Imputabilité de la sanction

Il ressort des considérants précédents que la recourante est une entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, qu'elle a participé à des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et que l'art. 49a al. 1 LCart, en relation avec l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, est suffisamment précis pour fonder une sanction. Les éléments objectifs de l'infraction sont de ce fait réalisés. Reste à examiner la faute (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.1; arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 *Publigroupe* consid. 12.2.1 non publié dans l'ATF 139 I 72).

19.2.1 Partant, il y a lieu de déterminer si la violation du droit des cartels est aussi subjectivement imputable à la recourante. L'imputation suppose l'imputabilité (cf. arrêt du TAF B-2977/2007 précité *Publigroupe* consid. 8.2.2), à savoir la violation objective d'un devoir de diligence, laquelle peut découler des circonstances ou d'un défaut d'organisation (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En droit des cartels, le devoir de diligence des entreprises résulte en premier lieu des dispositions de la loi. Celles-là doivent notamment s'abstenir de tout comportement illicite au sens de l'art. 5 LCart et, en particulier, ne pas conclure l'un des accords en matière de concurrence énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2; arrêt du TAF B-807/2012 précité *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* consid. 11.2.4). En règle générale, lorsque l'existence d'un tel accord peut être démontrée, la violation objective d'un devoir de diligence est donnée (cf. PETER REINERT, *Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz*, in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, 2006, p. 151), dans la mesure où il appartient aux entreprises de s'informer sur les règles de la loi sur les cartels, de la jurisprudence et des communications qui s'y rapportent (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En cas de doute, il est également possible de s'informer de la situation actuelle auprès de la Commission de la concurrence (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2).

19.2.2 La révision de l'art. 5 LCart, de même que l'art. 49a LCart sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2004. Pendant les années 2002 et 2003, les modifications de la loi sur les cartels ont été abondamment discutées au Parlement. De plus, les Commissions de l'économie et des redevances du Conseil des Etats et du Conseil national ont diffusé plusieurs communiqués de presse s'agissant des marchés cloisonnés et de la protection territoriale absolue (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.6.2). En l'occurrence, il a été établi que la recourante avait été partie à des accords prévoyant l'exclusivité de la diffusion et/ou distribution sur le territoire suisse et ayant impliqué l'interdiction des ventes passives par

d'autres fournisseurs agréés. Ceci étant, la recourante devait être consciente de ce que son comportement était problématique. En outre, les accords litigieux ont été exécutés dès lors qu'il a été démontré que les importations parallèles sur le marché suisse par d'autres fournisseurs agréés n'avaient pas été possibles durant la période considérée (cf. *supra* consid. 9.10). En tout état de cause, la recourante a manqué à son devoir de diligence en ne s'assurant pas auprès de l'autorité inférieure du point de savoir si son système de distribution était conforme aux règles du droit de la concurrence.

19.2.3 Il s'ensuit que la recourante devait être consciente que les accords auxquels elle était partie durant la période de l'enquête visaient et entraînaient une exclusion des ventes tant actives que passives et, partant, tombaient ou, à tout le moins, étaient susceptibles de tomber sous le coup des art. 5 al. 4 et 49a LCart. En les ayant maintenus non seulement après l'adoption de l'art. 5 al. 4 LCart mais également après l'ouverture de l'enquête par le secrétariat en mars 2011, la recourante n'a pas agi de manière diligente. Partant, la violation de la loi sur les cartels, confirmée à l'issue de la présente procédure, lui est imputable.

19.3 Montant de la sanction

La recourante fait valoir plusieurs griefs en lien avec le montant de la sanction prononcée à son encontre.

19.3.1 Invoquant une violation des art. 49a LCart et 3 de l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence, la recourante fait valoir que le montant de base comprend tous les contrats de distribution, y compris ceux dont la clause d'exclusivité est licite; que le taux applicable au montant de base ne saurait excéder 3% compte tenu de la faible importance de ses accords et donc de leur impact sur la concurrence; que la sanction ne doit pas non plus être majorée en raison de la durée du prétendu accord en tant que les infractions examinées initialement ont été abandonnées par la suite et que l'autorité inférieure aurait classé l'enquête si le référendum contre la loi sur le prix du livre avait été rejeté et celle-ci adoptée. Invoquant ensuite une violation du principe de la proportionnalité, la recourante relève que, contrairement à ce qu'elle considère, l'autorité inférieure n'a pas tenu compte de sa situation financière en fixant la sanction à [...] francs. En effet, outre cette amende, elle doit encore assumer sa part de frais de procédure, à hauteur de 76'000 francs, une responsabilité solidaire pour la totalité de ceux-ci, à concurrence de 760'000 francs, ainsi que des frais de défense pour la procédure devant l'autorité inférieure de près de [...] francs, auxquels vont s'ajouter ceux liés à la présente procédure de recours. A cela s'ajoute la constitution d'une provision à hauteur du montant vraisemblablement nécessaire, estimée en l'espèce à [...] francs, si bien que la moitié de son capital ne serait en fin de compte plus couverte et que des mesures d'assainissement devraient être envisagées, à savoir la cessation de son activité de diffusion. Enfin, il ne s'agit pas d'imposer des sanctions « supportables » pour les fonds propres des entreprises condamnées mais de leur enlever la rente monopolistique perçue indûment grâce à des pratiques anticoncurrentielles. En l'occurrence, les résultats réalisés par la recourante durant les années 2009, 2010

et 2011 sont déficitaires, de sorte qu'elle doit être exemptée de toute sanction. Enfin, la recourante a rappelé, à plusieurs reprises dans ses écritures, que les clauses « renforcées » ne figuraient plus dans les contrats au moment de la décision.

19.3.2 L'autorité inférieure rétorque en substance que c'est le système de distribution de la recourante dans son ensemble qui a exclu les ventes passives et que l'entrée en vigueur de la loi sur le prix du livre n'aurait nullement impliqué le classement de l'enquête.

19.3.3 Le montant de la sanction est fixé en application des art. 49a LCart et 2 à 7 de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart, RS 251.5).

Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplies, l'entreprise peut être pénalisée d'un montant susceptible d'atteindre 10% de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 7 OS LCart; cf. ATF 137 II 199 *Swisscom Terminierung* consid. 6.2). Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Conformément au principe de la proportionnalité consacré par l'art. 5 al. 2 Cst., il y a lieu de tenir compte de ce que l'accord a supprimé la concurrence efficace ou l'a seulement notablement affectée (art. 2 al. 2 OS LCart; cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.1). Ainsi, le montant concret de la sanction est fixé d'après les critères des art. 2 ss OS LCart, dans le cadre de la sanction maximale prévue abstraitement par l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.1 s. non publié dans l'ATF 139 I 72). Le calcul du montant de la sanction comporte dès lors trois étapes principales, à savoir la détermination du montant de base (art. 3 OS LCart), son éventuelle majoration selon la durée de la pratique illicite (art. 4 OS LCart), puis la prise en compte des circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) ou atténuantes (art. 6 OS LCart; cf. notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart [ci-après: notes explicatives OS LCart], publiées sur le site Internet de la Comco; ATF 144 II 194 *BMW* consid. 6.2).

Ainsi, en vertu de l'art. 3 OS LCart, le montant de base pour le calcul dépend du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise contrevenante sur les marchés pertinents en Suisse au cours des trois derniers exercices - puisqu'il peut représenter jusqu'à 10% de celui-ci - ainsi que de la gravité et du type d'infraction réalisée; la sanction se rattache par là même exclusivement à la pratique anticoncurrentielle concernée (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2; arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 622). S'agissant de la détermination du chiffre d'affaires, les art. 9 al. 3 LCart ainsi que 4 et 5 OCCE sont applicables par analogie (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 précité *Publigroupe* consid. 12.3.2, non publié dans l'ATF 139 I 72; DPC 2007/2 p. 235 ch. 321 et p. 299 ch. 402). Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné par la restriction à la concurrence - et déterminant pour le calcul de la sanction concrète - est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise, décisif pour la sanction maximale de l'art.

49a al. 1 LCart, dès lors qu'il n'en représente en principe qu'une fraction (cf. notes explicatives OS LCart). En outre, compte tenu de sa formulation, l'art. 3 OS LCart ne prévoit aucune différenciation en ce qui concerne le chiffre d'affaires obtenu sur le marché pertinent, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer quelle part de ce chiffre a été réalisée par le biais du comportement anticoncurrentiel et, partant, si ledit chiffre serait éventuellement étranger à celui-ci (cf. arrêts du TAF B-831/2011 précité *Six Group* consid. 1576 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Une telle différenciation ne se justifie pas non plus au regard du sens et du but de cette disposition (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Indépendamment du fait que la sanction prononcée en vertu de l'art. 49a LCart doit appréhender un comportement anticoncurrentiel, le chiffre d'affaires d'une entreprise peut être pris en considération comme base de mesure, alors même qu'il ne se rapporte pas exclusivement audit comportement (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De façon similaire, il est également tenu compte, lors de la fixation de la peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, de l'ensemble du revenu et de la fortune de l'auteur et, par conséquent, pas uniquement de l'avantage tiré de la réalisation de l'infraction. Une prise en compte globale n'aboutit ainsi pas à un résultat inadmissible en droit des cartels (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). De même, une interprétation systématique ou historique de l'art. 3 OS LCart n'offre aucune indication qu'une telle différenciation doit être opérée (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 722). Enfin, cette approche correspond à la pratique de l'Union européenne sur cette question (cf. arrêt de la CJUE du 7 septembre 2016 C-101/15 P *Pilkington Group et al. contre Commission*, point 19).

Par ailleurs, l'art. 49a LCart ne prévoit pas non plus de règle particulière pour la détermination du marché pertinent en vue de la fixation de la sanction. Pour ce faire, sont plutôt décisifs les marchés sur lesquels l'entreprise a agi par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour la sanction est le marché de référence décisif sur le plan matériel et géographique (cf. *supra* consid. 11.3.3, 11.4). Ainsi, il n'y a généralement pas lieu d'opérer de nouvelle délimitation du marché pour la détermination de la sanction (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 723).

Enfin, s'agissant du moment déterminant pour arrêter les trois derniers exercices au cours desquels le chiffre d'affaires a été réalisé en Suisse au sens des art. 49a LCart et 3 OS LCart, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit de la date de la décision de l'autorité inférieure prévoyant la sanction, lesdits exercices étant ceux qui la précèdent immédiatement (cf. not. REINERT, in: Stämpfli Handkommentar, op. cit., art. 49a p. 359 no 10; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: BSK-KG, op. cit., art. 49a p. 1771 no 48). Cela étant, dans sa jurisprudence récente, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une telle approche s'accordait difficilement avec le sens et le but de la loi sur les cartels (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). Rappelant que le choix légal d'adopter le chiffre d'affaires comme valeur

de référence visait notamment à éliminer tout rendement tiré de pratiques anticoncurrentielles, il a précisé - au regard du message LCart 2001 (cf. FF 2002 1911, p. 1925 ss ch. 2.1.4) - qu'en vue de définir ledit chiffre, il convenait de retenir la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé, ce qui permettait par là même d'écartier la possibilité d'influencer l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss). A ce propos, il a retenu que, sous réserve d'une dérogation pour justes motifs, la cessation du comportement à sanctionner constituait le moment décisif pour la détermination du chiffre d'affaires. Il a souligné que ce moment correspondait à celui retenu dans la pratique de la Commission européenne en la matière (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss).

Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est ensuite éventuellement majoré selon la durée de la pratique illicite, soit dans une proportion pouvant atteindre 50% si celle-là a duré de un à cinq ans, puis 10% par année supplémentaire au-delà des cinq ans (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2).

Enfin, les art. 5 et 6 OS LCart prévoient respectivement la majoration du montant de base en présence de circonstances aggravantes et une réduction de celui-ci en présence de circonstances atténuantes. Ces dispositions contiennent, à leur premier alinéa, une liste non exhaustive de circonstances générales (cf. notes explicatives OS LCart). L'art. 6 al. 1 OS LCart conçoit ainsi notamment, à ce titre, le fait que l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du secrétariat mais, au plus tard, avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart. L'art. 6 al. 2 OS LCart règle, pour sa part, les deux circonstances atténuantes spécifiques aux infractions à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que sont le rôle exclusivement passif de l'entreprise à sanctionner et l'inexécution des mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord illicite.

Le prononcé de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité. En ce sens, celle-ci est acceptable lorsqu'elle préserve la compétitivité des entreprises dès lors que leur existence en dépend. L'aspect punitif de la sanction ne saurait par conséquent conduire à la faillite de l'entreprise, ce qui ne servirait en définitive pas la concurrence. Aussi, la sanction doit rester dans un rapport acceptable avec le rendement de l'entreprise. Néanmoins, le désavantage financier qu'elle occasionne doit être suffisant afin que la commission de l'infraction n'en vaille pas la peine (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 9.7.2 et réf. cit.).

19.3.4 L'autorité inférieure a condamné la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

19.3.4.1 Elle a dans un premier temps établi, en application de l'art. 49a al. 1 LCart, le montant maximal de la sanction à [...] francs, ce qui correspond aux 10% de la somme des chiffres d'affaires - à savoir [...] francs - réalisés par la recourante en Suisse en 2009, 2010 et 2011, soit au cours des trois derniers exercices disponibles au moment du prononcé de sa décision.

19.3.4.2 Dans un deuxième temps, elle a examiné la mesure concrète de la sanction. Elle a fait droit aux arguments de la recourante en reconnaissant que le montant de base proposé par le secrétariat devait être diminué du chiffre d'affaires réalisé avec des éditeurs suisses et a ainsi ramené le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base à [...] francs.

Pour le reste, il est rappelé que c'est l'ensemble du système de distribution de la recourante qui a reposé sur un régime d'exclusivité entravant les ventes passives et pas uniquement les 15 contrats contenant une clause d'exclusivité « renforcée » (cf. *supra* consid. 9.11), si bien que c'est à juste titre que l'autorité inférieure a tenu compte des chiffres d'affaires réalisés par l'ensemble des contrats de diffusion et/ou de distribution exclusive(s) de la recourante pour déterminer le montant de base de la sanction.

C'est en revanche à tort que l'autorité inférieure a défalqué du chiffre d'affaires global les revenus réalisés par la vente de livres d'éditeurs suisses, ces éditeurs faisant en effet également partie du marché de référence déterminant sur le plan matériel et géographique. Compte tenu du montant de la sanction prononcée (cf. *infra* consid. 19.3.4.5 ss), ladite réduction du chiffre d'affaires est toutefois inopérante.

Il s'ensuit que le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base s'élève à [...] francs, tel que retenu par l'autorité inférieure.

19.3.4.3 L'autorité inférieure a ensuite pris en compte la gravité et le type d'infraction, indiquant que la possibilité de pouvoir effectuer des importations parallèles est particulièrement digne de protection et essentielle à la concurrence. Elle considère que les comportements illicites ayant pour objet de cloisonner le marché constituent dès lors des infractions graves à la loi sur les cartels, *a fortiori*, lorsque plus de 95% du marché sont concernés. Elle précise encore qu'en présence d'un cloisonnement du marché, la rente cartellaire ne peut être que difficilement estimée ou mesurée, la protection territoriale ainsi conférée n'étant pas forcément corrélée avec les profits de l'entreprise. Elle considère qu'un pourcentage dans le milieu de l'échelle prévue à l'art. 49a al. 1 LCart et 3 OS LCart doit être retenu pour ce type d'infraction. En l'occurrence, elle estime que celui-ci doit être, selon la pratique, fixé à 4%; le montant de base ainsi calculé se monte à [...] francs. Elle expose que celui-ci doit encore être majoré au vu de la durée de l'infraction. Elle constate en l'espèce que le comportement illicite de la recourante a duré, sans interruption, pendant toute la période de l'enquête - à savoir de 2005 à 2011 - de sorte qu'une majoration de 50% s'impose; toutefois, dès lors que l'enquête a été suspendue une année, elle renonce à prononcer une majoration supplémentaire. Le montant de base majoré s'élève ainsi à [...] francs.

S'agissant de la gravité de l'infraction, il a été établi en l'espèce que la recourante avait, entre 2005 et 2011, été partie à des accords au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart avec ses partenaires commerciaux en amont (cf. *supra* consid. 9.11). Il a également été établi que le marché suisse avait été cloisonné en ce sens que les importations de livres francophones diffusés et/ou distribués en Suisse par la recourante n'avaient pas été possibles

entre les années 2005 et 2011. Aussi, les conséquences particulièrement néfastes de ces accords sur la concurrence justifient de fixer, à l'instar de l'autorité inférieure, le montant de base de la sanction à hauteur de 4% du chiffre d'affaires déterminant. Dès lors, il convient de confirmer le montant de base arrêté par celle-là à [...] francs.

Quant à la durée de l'infraction, force est de constater que les clauses litigieuses étaient en vigueur durant la période de l'enquête - lesquelles sont sans lien avec les infractions pour lesquelles la recourante n'a pas été condamnée. De même, l'entrée en vigueur de la loi sur le prix du livre n'aurait nullement conduit au classement de l'enquête concernant les accords de protection territoriale absolue dès lors qu'elle ne traitait pas de l'exclusion des ventes passives prévue à l'art. 5 al. 4 LCart. En outre, l'autorité inférieure a renoncé à une majoration supplémentaire en raison de la suspension de l'enquête décidée à la suite de l'adoption de la loi par l'Assemblée fédérale. Enfin, des possibilités d'arbitrage ont existé pour les librairies la Fnac suisse et Payot entre 2005 et 2011 sans que celles-ci ne puissent toutefois procéder à des importations parallèles en raison des accords d'attribution de territoires. La majoration de 50% du montant de base par l'autorité inférieure est de ce fait conforme au droit. Celui-ci ascende ainsi, après majoration, à [...] francs.

19.3.4.4 Dans un dernier temps, l'autorité inférieure a examiné les circonstances aggravantes et atténuantes et constaté qu'en l'espèce, il n'y en avait aucune.

A ce titre, il y a lieu de relever que la recourante ne saurait se prévaloir de l'art. 6 al. 1 OS LCart précité (cf. *supra* consid. 19.3.3) dès lors qu'elle a attendu son audition devant l'autorité inférieure en décembre 2012, soit plus de quatre mois après la notification de la proposition du secrétariat, pour annoncer qu'elle « prévoyait » de supprimer les clauses « renforcées » lors des renégociations des contrats la contenant. De surcroît, il a été retenu que le comportement illicite de la recourante ne se limitait pas auxdites clauses (cf. *supra* consid. 9.11).

19.3.4.5 Enfin, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a examiné la capacité contributive de la recourante.

Dans sa pratique, l'autorité inférieure considère la capacité contributive des entreprises au niveau de la proportionnalité de la sanction (cf. Comco, DPC 2016 p. 384, *Altimum*, ch. 341 ss).

En droit européen, dans des circonstances exceptionnelles, la commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende n'est accordée sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne peut être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur (cf. point 35 lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règle-

ment (CE) no 1/2003, JO C 210/02 du 1^{er} septembre 2006).

En l'espèce, l'autorité inférieure a considéré que la capacité contributive de la recourante, qui n'appartient pas à un groupe de sociétés, était bien inférieure à celle de la majorité des diffuseurs-distributeurs condamnés à l'issue de la décision incriminée. Les profits réalisés par la recourante durant la période sous investigation ne permettaient dès lors pas d'exclure le risque que la sanction prononcée la conduise à la faillite. Aussi, retenant, sur la base des documents fournis par la recourante, que ses fonds propres se montaient, sans les réserves, à [...] francs à la fin de l'exercice 2011, l'autorité inférieure a estimé qu'une réduction de la sanction de l'ordre de [...] francs paraissait en l'espèce appropriée; une sanction fixée à [...] francs ne mettait ainsi pas en danger la poursuite des activités de la recourante, laquelle disposait en outre de la possibilité d'établir un plan de paiement échelonné.

19.3.4.6 Les frais de procédure devant l'autorité inférieure à charge de la recourante à concurrence de 76'000 francs, de même que les frais de défense y relatifs pour près de [...] francs ainsi que la constitution d'une provision à hauteur du montant de la sanction attaquée, soit [...] francs, ont été portés au bilan 2012 (versé à la cause) et ne concernent donc pas l'exercice 2011 qui a servi de base à la prise en considération de la capacité contributive de la recourante.

Il y a donc lieu d'examiner si l'autorité inférieure a valablement tenu compte de la capacité contributive de la recourante pour fixer la sanction contestée.

A cet égard, il y a lieu de se référer par analogie à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en lien avec le moment déterminant pour arrêter les chiffres d'affaires des trois derniers exercices. En effet, tout comme le choix de retenir les exercices de la période se rapprochant le plus possible de celle du comportement incriminé pour fixer le montant de la sanction - permettant ainsi d'écarter la possibilité pour la société poursuivie d'influencer par la suite l'ampleur de la sanction en minimisant le chiffre d'affaires ultérieur (cf. arrêts du TAF B-581/2012 précité *Nikon* consid. 9.2.3 et B-7633/2009 précité *Swisscom ADSL* consid. 726 ss) -, il y a également lieu de tenir compte de la capacité contributive de la société au moment le plus proche de celui du comportement incriminé.

En l'occurrence, la période de l'enquête portant sur les années 2005 à 2011, l'autorité inférieure a, à juste titre, tenu compte des fonds propres de la recourante à la fin 2011.

Quant aux résultats déficitaires réalisés par la recourante durant les années 2009, 2010 et 2011, il y a lieu de relever que la perte y relative a été (re)portée en diminution des fonds propres du bilan 2011, si bien que l'autorité inférieure en a tenu compte dans le calcul de la capacité contributive de la recourante.

Partant, il convient, eu égard à la capacité contributive de Albert le Grand, de rejeter le grief de violation du principe de la proportionnalité, de confirmer la réduction de la sanction retenue par l'autorité inférieure et de fixer celle-là à [...] francs.

19.3.5 Sur le vu de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée, en ce qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs.

20. Mesures destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence

En outre, même si la recourante ne conteste pas directement l'interdiction qui lui a été imposée « 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 », il convient de confirmer cette mesure.

En effet, lorsque l'autorité inférieure parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence existe dans le cas d'espèce, elle peut ordonner des mesures destinées à la supprimer (art. 30 al. 1 LCart; cf. KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: DIKE Kommentar, op. cit., art. 30 p. 1283 no 24 ss; PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 30 LCart p. 1241 no 19). L'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant des mesures concrètes qu'elle peut prendre. Dites mesures doivent être appropriées et nécessaires pour supprimer la restriction illicite à la concurrence (cf. IZUMI/KRIMMER, op. cit., art. 30 p. 1283 no 25; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005 p. 509 no 12.85). De plus, selon l'art. 50 1^{re} phrase LCart, l'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

Dans ces circonstances, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que les contrats de distribution et/ou de diffusion litigieux aient été modifiés ou amendés à la suite de la clôture de l'enquête, l'interdiction imposée à la recourante 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.

21. Emoluments relatifs à la procédure devant l'autorité inférieure

La recourante reproche enfin à l'autorité inférieure d'avoir violé son droit d'être entendue en tant qu'elle n'a nullement motivé, respectivement détaillé, le montant des frais de procédure fixés pour l'ensemble des diffuseurs à 988'195 francs. De même, elle n'a pas retranché du montant prononcé les frais occasionnés par les investigations menées en lien avec son éventuelle participation à un accord vertical sur les prix de revente et à un accord horizontal d'attribution de territoire, pour lesquels elle n'a pas été sanctionnée. Invoquant encore une violation du principe de la proportionnalité, elle conteste la répartition, à parts égales, des frais de procédure entre les diffuseurs condamnés. Cette manière de procéder serait totalement arbitraire dès lors qu'elle ne tient pas compte du fait que la sanction qui lui a été infligée est modeste par rapport à celles des autres; seul un mon-

tant symbolique pourrait ainsi lui être imposé. Elle se plaint également de ce que l'autorité inférieure l'a condamnée au paiement solidaire de l'émolument alors qu'elle a clairement nié dans sa décision l'existence d'un accord horizontal entre les diffuseurs. Le régime de la solidarité ne serait dans tous les cas pas soutenable pour une entité économique de sa taille, dès lors que, si elle devait être recherchée pour la totalité de l'émolument, elle serait contrainte de déposer le bilan. Les griefs précités sont finalement appuyés par des dispositions du code de procédure civile fédérale. Elle reproche enfin à l'autorité inférieure de ne pas avoir examiné sa capacité contributive également dans le cadre de la fixation des frais de procédure dès lors que le montant de ceux-ci s'avère très élevé en comparaison de la sanction.

21.1

21.1.1 Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. comporte notamment l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision de sorte que le destinataire puisse la comprendre et la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. ATF 135 V 65 consid. 2.6, 134 I 83 consid. 4.1).

21.1.2 La perception d'émoluments par la Comco et son secrétariat pour les décisions concernant les enquêtes sur des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 30 LCart est réglée par l'ordonnance du Conseil fédéral du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (OEmol-LCart, RS 251.2; art. 1 al. 1 let. a), à l'exclusion notamment des dispositions du code de procédure civile fédérale invoquées par la recourante (cf. art. 1 CPC *a contrario*).

En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 OEmol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et varie entre 100 et 400 francs de l'heure, compte tenu notamment de la classe de salaire de l'employé effectuant la prestation. Est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui notamment occasionne une procédure administrative (art. 2 al. 1 OEmol-LCart). N'ont en revanche pas à verser d'émoluments, en particulier les parties concernées qui ont occasionné une enquête si les indices existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (cf. art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart).

21.2 En l'occurrence, l'autorité inférieure a indiqué dans la décision contestée que les frais de procédure étaient calculés en fonction du temps consacré à l'affaire et que les frais liés aux investigations fondées sur l'art. 7 LCart avaient été laissés à la charge de la Confédération en tant que celles-ci étaient clairement identifiées temporellement. Elle a ainsi pris en considération la totalité des frais de procédure relatifs à la période de l'enquête portant sur l'art. 5 LCart et mis ceux-ci, à raison de un treizième, solidairement à la charge de chacun des dix diffuseurs sanctionnés à l'issue de la décision attaquée. Les trois diffuseurs contre lesquels les charges ont été abandonnées ont quant à eux été exemptés et leur part de frais de procédure laissée à la charge de la Confédération. Dans le cadre de l'échange d'écritures devant le tribunal de céans, l'autorité inférieure a précisé le calcul des frais de procédure fixés, à savoir 1'660 heures à 120 francs/heure pour les stagiaires, 3'460 heures à 200

francs/heure pour les collaborateurs et 388 heures à 250 francs/heure pour les cadres supérieurs.

21.3 Dans la décision dont est recours, l'autorité inférieure a, en substance, indiqué le montant total des frais imputés aux parties et la répartition de ceux-ci (ch. 775 décision attaquée). La question de savoir si cette motivation est suffisante peut demeurer indécidée dès lors que l'autorité inférieure a, au cours de la présente procédure, complété sa motivation, sur laquelle la recourante s'est déterminée. Aussi, sur la base du temps consacré à l'affaire et du tarif horaire appliqué par l'autorité inférieure, la recourante est en mesure de comprendre comment celle-ci a fixé les frais de procédure et de les contester utilement. De même, le tribunal peut exercer son contrôle, en particulier s'agissant du respect des dispositions légales applicables. Il y a encore lieu de préciser que le devoir de motivation de l'autorité inférieure n'exige pas que celle-ci explicite avec autant de densité la question des frais que celle relevant du fond (cf. arrêt du TF 4P.184/2003 du 2 février 2006 consid. 4.3.2). Il s'ensuit qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu quant à la motivation des frais de procédure contenue dans la décision entreprise aurait dans tous les cas été réparée dans la procédure sur recours; le grief de la recourante doit de ce fait être rejeté sur ce point. Il en va de même de celui lié à la non-prise en compte de sa capacité contributive, le calcul de l'émolument prévu par l'OEmol-LCart n'impliquant pas la prise en considération d'un tel paramètre.

21.4 Ensuite, le secrétariat d'abord, puis l'autorité inférieure dans un second temps ont procédé à des mesures d'investigation afin de déterminer si les diffuseurs suisses de livres écrits en français avaient entre 2005 et 2011 passé des accords au sens de l'art. 5 LCart. Ils ont à cet effet en particulier envoyé des questionnaires aux revendeurs actifs en Suisse romande, lesquels entretiennent des relations commerciales avec quasiment tous les diffuseurs-distributeurs suisses de livres francophones (cf. *supra* consid. 13.2); ils ont procédé à l'audition de certains de ceux-là ainsi qu'à l'examen des procès-verbaux tenus lors des réunions de l'ASDEL. Dites mesures d'investigation ont concerné indistinctement l'ensemble des diffuseurs ayant fait l'objet de l'enquête.

Aussi, le temps y relatif consacré par le secrétariat et l'autorité inférieure doit être considéré de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par ceux-là. Partant, il est juste d'avoir imputé les frais de procédure, de manière égale, à raison de un treizième, aux diffuseurs condamnés; le poids respectif de ceux-ci sur le marché a été pris en compte au stade du calcul du montant de la sanction (cf. *supra* consid. 19.3.3). Il en va de même du temps consacré aux investigations portant sur l'existence d'accords au sens de l'art. 5 LCart, en tant qu'il n'est guère possible de délimiter le temps voué à prouver l'existence de deux accords - à savoir horizontal et vertical - dès lors que les indices réunis leur étaient communs. L'autorité inférieure relève à cet égard avoir d'abord retenu le passage du procès-verbal de l'ASDEL cité plus haut (cf. *supra* consid. 9.5.3) comme indice d'un accord horizontal d'attribution de territoire avant de l'examiner dans le cadre d'un accord vertical d'attribution de territoire. Il en va de même s'agissant de l'existence d'un éventuel accord vertical sur les prix. En effet, les

investigations et démarches procédurales liées à l'existence d'un tel accord ne sont pas distinctes de celles relatives aux accords d'attribution de territoires; en particulier, le questionnaire du 9 décembre 2008 ainsi que les auditions menées auprès des diffuseurs portaient également sur la question d'un éventuel accord vertical sur les prix. En outre, il ressort du dossier que les indices obtenus à charge et à décharge durant l'enquête relative à l'art. 5 LCart ont dans leur ensemble contribué à démontrer l'existence d'accords d'attribution de territoires au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Il s'ensuit que le temps dédié par le secrétariat et l'autorité inférieure en lien avec l'art. 5 LCart doit être pris en compte de manière globale dans le calcul des frais de procédure supportés par les diffuseurs condamnés. La recourante succombe également sur ce grief.

21.5 De plus, l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OEmol, RS 172.041.1), à laquelle renvoie l'art. 1 a OEmol-LCart, prescrit à son art. 2 al. 2 que « si plusieurs personnes provoquent ensemble une décision ou sollicitent une prestation, elles répondent solidairement du paiement de l'émolument ». En l'espèce, il convient de retenir, à l'instar de l'autorité inférieure, que les diffuseurs-distributeurs condamnés ont provoqué ensemble la décision déférée. Il a en effet été établi ci-dessus que le territoire national avait été cloisonné par l'ensemble des diffuseurs-distributeurs condamnés (cf. *supra* consid. 13.3.1). En outre, les discussions intervenues au sein de l'ASDEL ont mis en lumière que ceux-ci avaient abordé ensemble la « problématique » des importations parallèles et connaissaient la position des uns et des autres sur ce point (cf. *supra* consid. 9.5.3.3).

21.6 Enfin, l'art. 13 OEmol prévoit que l'autorité peut, si la personne assujettie est dans le besoin ou pour d'autres motifs importants, accorder un sursis de paiement, réduire ou remettre les émoluments. Ce faisant, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il ne ressort pas du dossier que la recourante - à l'instar de l'ensemble des autres diffuseurs-distributeurs condamnés - ne disposerait pas des fonds nécessaires pour s'acquitter du montant des émoluments qui lui ont été imputés, soit 76'015 francs, la recourante disposant pour l'excédent d'un droit de recours interne contre les autres diffuseurs-distributeurs condamnés (cf. art. 148 al. 2 CO).

22. Conséquences

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la décision de l'autorité inférieure est confirmée, en tant qu'elle condamne la recourante au paiement d'une sanction de [...] francs, qu'elle interdit à la recourante 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 et qu'elle condamne la recourante solidairement au paiement des frais de procédure devant l'autorité inférieure, s'élevant à un montant de 760'150 francs.

Partant, le recours doit être rejeté dans son entier.

23. Frais et dépens

23.1 Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la par-

tie qui succombe (art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 6'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par celle-là le 14 août 2013.

23.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 6'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 31-0277; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

[Indication des voies de droit]

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

B 3

4. Urteil vom 25. Juni 2019 betr. Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2019 Xz_____AG, Beschwerdeführerin 1, Xy_____AG, Beschwerdeführerin 2, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen (X_____ -Gesellschaften), gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung 22-0438 vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

Entscheid bestätigt durch BGer mit Urteil vom 11.02.2020 (2C_690/2019)

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 betreffend die Untersuchung "22-0438: Bauleistungen See-Gaster" (nachfolgend: Sanktionsverfügung) sanktionierte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) acht Strassen- und Tiefbauunternehmen, darunter die Xz_____AG und die Xy_____AG, wegen eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG], SR 251).

A.b Mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 eröffnete die WEKO den Verfahrensparteien die Sanktionsverfügung. Zu diesem Zweck übersandte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) unter anderem dem Rechtsvertreter der X_____ -Gesellschaften ein Exemplar der Sanktionsverfügung (WEKO-Verfahrensakten [nachfolgend Vi-act.] 1).

A.c Gegen die Sanktionsverfügung erhoben insbesondere die Xz_____AG und die Xy_____AG am 11. November 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6998/2016). Sie verlangten namentlich die Aufhebung der Sanktionsverfügung, soweit ihnen eine Sanktion und Verhaltenspflichten auferlegt worden waren. Begründet wurde die Beschwerde unter anderem damit, dass zwei Parteien nur ein Exemplar der Verfügung zugestellt worden sei, womit diese nicht als rechtsgenügend eröffnet gelten könne. Das Verfahren ist derzeit hängig.

B.

B.a Mit Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 3. Oktober 2016 (Vi-act. 1) wies die WEKO die am Verfahren beteiligten Unternehmen darauf hin, dass sie beabsichtige, diese in der Reihe "Recht und Politik des Wettbewerbs" (nachfolgend: "RPW/DPC") zu publizieren. Beigelegt war dem Schreiben eine Version der Sanktionsverfügung, in der zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse aller Parteien Abdeckungen vorgenommen waren. Wie die anderen Parteien des vorinstanzlichen

Verfahrens wurden auch die Xz_____AG und die Xy_____AG in diesem Zusammenhang gebeten, dem Sekretariat bis zum 4. November 2016 mitzuteilen, ob die Sanktionsverfügung weitere Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung umschrieben oder entfernt werden müssten. Das Sekretariat merkte an, dass es ohne Meldung der Xz_____AG und der Xy_____AG bis zum besagten Datum davon ausgehe, dass diese mit der Veröffentlichung der Verfügung in der aktuellen Version einverstanden seien. Sofern sich jedoch Differenzen bezüglich der Abdeckungen gewisser Textstellen als Geschäftsgeheimnisse ergeben sollten, werde eine vorläufige Fassung, in welcher die noch strittigen Textstellen vorläufig abgedeckt blieben, auf der Homepage der WEKO veröffentlicht. Sobald die fraglichen Punkte - allenfalls im Rahmen einer Publikationsverfügung - geklärt seien, werde der definitiv bereinigte Text in der Reihe "RPW/DPC" publiziert (Vi-act. 1).

B.b Nachdem in einem mehrfachen Schriftenwechsel zwischen dem Sekretariat und der Xz_____AG wie auch der Xy_____AG die rechtsgenügende Eröffnung der Sanktionsverfügung diskutiert worden war (Vi-act. 4-7, Schreiben im Zeitraum zwischen dem 20. Oktober und 2. November 2016), reichten die Xz_____AG und die Xy_____AG innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 bei der Vorinstanz eine Publikationsfassung der Verfügung ein, in welcher bestimmte Passagen abgedeckt waren (Vi-act. 12), und stellten folgende Anträge:

- 1) Es sei von einer Publikation der Verfügung vom 8. Juli 2016 gänzlich abzusehen, soweit die Verfügung die Xz_____AG und/oder die Xy_____AG direkt oder indirekt betrifft. Die entsprechenden Passagen entnehmen Sie in der Beilage als geschwärzte Stellen. Die zur Publikation freigegebene Verfügung ist dem Rechtsvertreter für eine Schlusskontrolle vorab zuzustellen.
- 2) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss [der von den Beschwerdeführerinnen bearbeiteten Publikationsversion] als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.
- 3) Eine Ablehnung der Anträge 1 und 2 sei mit anfechtbarer Verfügung zu erlassen.
- 4) Bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung gemäss Antrag 3 gilt die Verfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis.

Zur Begründung führten die Xz_____AG und die Xy_____AG insbesondere aus, ihrem gemeinsamen Rechtsvertreter sei nur ein Exemplar der Sanktionsverfügung zugestellt worden, obwohl es sich bei ihnen um zwei Parteien handle. Mithin sei keine rechtskonforme Zustellung der Sanktionsverfügung erfolgt. Damit sei die vermeintliche Verfügung bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage, ob eine korrekte Zu-

stellung erfolgt sei, als blosser Meinungsäusserung der WEKO anzusehen, womit Art. 48 KG nicht zum Tragen komme und auf eine Publikation entsprechend zu verzichten sei. Ausserdem führe die falsche und auch unnötige Sachverhaltsdarstellung insbesondere betreffend Aktivitäten der Xy_____AG für den Zeitraum von 1977 bis 2002 - vor Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellgesetzes - zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung. Es sei kein überwiegendes öffentliches Interesse ersichtlich, welches eine derartige Verletzung zu rechtfertigen vermöge.

B.c Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 stellte sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf den Standpunkt, die Sanktionsverfügung sei mit der Zustellung an den gemeinsamen Rechtsvertreter der Parteien gemäss Art. 34 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) rechtsgültig eröffnet worden. In Bezug auf die Publikation der Sanktionsverfügung teilte es mit, in Abweichung von der seitens der Xz_____AG und der Xy_____AG eingereichten Publikationsfassung seien bei der endgültigen Veröffentlichung der Sanktionsverfügung weitere Passagen offenzulegen. Diesbezüglich werde eine kostenpflichtige Publikationsverfügung erlassen, die dem Rechtsvertreter vermutlich im Februar 2017 zugestellt werde. Auf der Homepage der WEKO werde - wie bereits mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 (Vi-act. 1) angekündigt - voraussichtlich am 22. Dezember 2016 eine vorläufige Internetfassung aufgeschaltet, in welcher die strittigen Textstellen vorläufig abgedeckt blieben. Die vorgesehene vorläufige Internetversion vom 16. Dezember 2016 wurde dem Rechtsvertreter per WebFTP zur Kenntnis zugestellt (Vi-act. 13).

B.d Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 (Vi-act. 14) hielten die Xz_____AG und die Xy_____AG an ihren Anträgen vom 12. Dezember 2016 (Vi-act. 12) vollumfänglich fest und machten einerseits erneut eine nicht rechtsgenügende Eröffnung der Sanktionsverfügung und andererseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Ansetzung zu kurzer Fristen im Publikationsverfahren geltend. Eventualiter wurde die Schwärzung zusätzlicher Passagen der Sanktionsverfügung beantragt (Vi-act. 14).

B.e Mit E-Mail vom 22. Dezember 2016 teilte die Vorinstanz allen Parteien des Sanktionsverfahrens mit, dass sie zurzeit von einer Internetpublikation der Sanktionsverfügung auf ihrer Homepage absehe, da ein Antrag vorliege, nach welchem die Sanktionsverfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu betrachten sei. Daher werde zunächst über diesen Antrag entschieden, bevor die Sanktionsverfügung online aufgeschaltet werde (Vi-act. 15).

C.

C.a Am 30. Oktober 2017 erliess die Vorinstanz die Publikationsverfügung gegenüber der Xz_____AG und der Xy_____AG (Vi-act. 16; nachfolgend: angefochtene Verfügung bzw. angefochtene Publikationsverfügung). Diesem Entscheid liegen zwei teilweise geschwärzte Fassungen der Sanktionsverfügung zugrunde. Dabei handelt es sich zum einen um die Publikationsversion (Vi-act. 16, angefochtene Publikationsverfügung

Beilage 1; nachfolgend: "Publikationsversion WEKO"), die nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung in der Reihe "RPW/DPC" publiziert werden soll. Zum anderen handelt es sich um die Internetversion (Vi-act. 16, angefochtene Publikationsverfügung, Beilage 2; nachfolgend: "Internetversion WEKO"), die noch vor Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung auf der Internetseite der Wettbewerbsbehörde publiziert werden sollte.

C.b Das Dispositiv der Publikationsverfügung lautet wie folgt:

- 1) Die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 i.S. Bauleistungen See-Gaster wird nach Eintritt der Rechtskraft dieser Publikationsverfügung gegen die Xy_____AG und die Xz_____AG vom 30. Oktober 2017 in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW/DPC) in derjenigen Fassung veröffentlicht, wie sie sich aus der dieser Verfügung beiliegenden "Publikationsversion" ergibt.
- 2) Die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 i.S. Bauleistungen See-Gaster wird vor Eintritt der Rechtskraft dieser Publikationsverfügung gegen die Xy_____AG und die Xz_____AG vom 30. Oktober 2017 auf der Internetseite der Wettbewerbsbehörden (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home.html>) in derjenigen Fassung veröffentlicht, wie sie sich aus der dieser Verfügung beiliegenden "Internetversion" ergibt.
- 3) Einer allfälligen Beschwerde wird in Bezug auf Ziffer 2 dieses Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen.
- 4) Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 3190.- tragen die Xy_____AG und die Xz_____AG unter solidarischer Haftung.
- 5) Die Verfügung ist zu eröffnen an:
Xy_____AG,
Xz_____AG,
beide vertreten durch [...].

C.c In ihrer Begründung führte die WEKO aus, die Tatbestandsvoraussetzungen zur Publikation gemäss Art. 48 Abs. 1 KG seien erfüllt, da mit der Sanktionsverfügung ein Entscheid im Sinne dieser Bestimmung vorliege. Die seitens der X_____Gesellschaften geltend gemachten Abdeckungen seien geprüft und in der Publikationsversion berücksichtigt worden, soweit die markierten Passagen Geschäftsgeheimnisse enthielten. Mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht seien weitere Abdeckungen vorgenommen worden, insbesondere zum Schutz der als "Vertreter der X_____Gesellschaften" beschriebenen natürlichen Personen. Mit BGE 142 II 268 *Nikon* sei die Dogmatik der Publikation von WEKO-Entscheiden weitgehend ausser Streit gestellt worden. Vor diesem Hintergrund rechtfertige sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Internetversion. An der möglichst zeitnahen Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bestehe seitens der Öffentlichkeit, der Presse und der Behörden - vor allem der Vergabestellen - ein öffentliches Interesse, welches das Interesse der Xz_____AG und der Xy_____AG an der Herauszögerung der Publikation überwiege.

D.

Am 3. November 2017 teilte das Sekretariat dem Rechtsvertreter der Xz_____AG und der

Xy _____ AG Bezug nehmend auf ein vorheriges Telefonat per Mail mit, dass geplant sei, die "Internetversion WEKO" am 6. November 2017 auf der Homepage der WEKO zu veröffentlichen (Vi-act. 17). Gleichentags informierte der Rechtsvertreter die WEKO darüber, dass er in Kalenderwoche 45 eine Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 beim Bundesverwaltungsgericht einreichen und sich mit vorsorglichen Massnahmen gegen die Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung wehren werde (Vi-act. 18).

E.

E.a Mit Eingabe vom 7. November 2017 (Posteingang: 9. November 2017) erhob die Xz _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin 1) gegen die Publikationsverfügung Beschwerde (nachfolgend: Beschwerde B-6291/2017) beim Bundesverwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

Superprovisorische Massnahmen

- 1) Angesichts der Ankündigung der Vorinstanz vom 3. November 2017, die Verfügung vom 8. Juli 2016 bereits in KW 45 zu publizieren, seien Ziff. 2 und Ziff. 3 des Dispositivs aufgrund superprovisorischer Massnahmen aufzuheben.

Vorsorgliche Massnahmen

- 2) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, Ziffer 2 des Dispositivs aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung vom 30. Oktober 2017 und der Verfügung vom 8. Juli 2016 auf der Internetseite der Vorinstanz zu unterlassen bzw. eine bereits publizierte Verfügung unverzüglich von der Internetseite zu entfernen.
- 3) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, Ziffer 3 des Dispositivs aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung vom 30. Oktober 2017 und der Verfügung vom 8. Juli 2016 bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu unterlassen.

Hauptanträge

- 4) Ziffer 1 des Dispositivs sei vollumfänglich aufzuheben.
- 5) Es sei der Vorinstanz die Publikation der Verfügung vom 8. Juli 2016 sowohl als "Publikationsversion" als auch "Internetversion" vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung zu untersagen.
- 6) Es sei der Beschwerdeführerin zu gestatten, den Hauptantrag und die Begründung innert Rechtsmittelfrist zu ergänzen.

Bereinigung Geschäftsgeheimnisse (Eventualiter zu 4. - 6.)

- 7) Eventualiter sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 8. Juli 2016 einzuräumen.

Kostenentscheid

- 8) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin 1 insbesondere geltend, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 sei ihr nie eröffnet worden. Überdies habe die Vorinstanz einerseits das Verfahren verzögert und andererseits "nach zehn Monaten Tatenlosigkeit" durch ihr Handeln "out of the blue" durch den plötzlichen Erlass der angefochtenen Verfügung ohne Vorankündigung den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Schliess-

lich habe die WEKO mit dem Entscheid, die Sanktionsverfügung zu publizieren, die Gebote der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit, die Unschuldsvermutung und das Legalitätsprinzip verletzt.

E.b Mit Zwischenverfügung vom 8. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 untersagte das Bundesverwaltungsgericht der WEKO einstweilen im Sinne einer superprovisorischen Anordnung, die Sanktionsverfügung zu publizieren. Sodann wurde die Vorinstanz ersucht, sich bis zum 24. November 2017 zu den Anträgen der Beschwerdeführerin 1 betreffend die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bzw. vorsorgliche Massnahmen zu äussern. Zugleich gab der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin 1 Gelegenheit, substantiierte Anträge zur genauen Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu stellen. Ausserdem wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- einverlangt, welcher am 13. November 2017 geleistet wurde.

E.c Die Vorinstanz stellte mit ihrer Eingabe vom 17. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 folgenden Antrag:

Die Anträge 2 und 3 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 7. November 2017 seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

- unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin -

Zur Begründung hielt sie im Wesentlichen fest, eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei aus den in der angefochtenen Verfügung genannten Gründen, insbesondere mit Blick auf die vorgenommene Interessenabwägung, abzuweisen.

E.d Mit Verfügung vom 24. November 2017 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-6291/2017 das superprovisorische Verbot der Internetpublikation gemäss der Verfügung vom 8. November 2017. Gleichentags reichte die Vorinstanz auf Aufforderung des Instruktionsrichters vom 21. November 2017 hin die vollständigen Akten ein, die der Publikationsverfügung zugrunde liegen.

E.e Am 1. Dezember 2017 ergänzte die Beschwerdeführerin 1 im Verfahren B-6291/2017 ihre Beschwerdeschrift (nachfolgend: Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017) mit folgendem zusätzlichen Rechtsbegehren:

- 1 Es sei das Verfahren zu Antrag 4 und 5 zu sistieren bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Frage, ob das Dokument "Verfügung vom 8. Juli 2016" der Beschwerdeführerin rechtskonform eröffnet wurde.

Zur Begründung der Anträge 4 und 7 wurde ergänzend ausgeführt, die Vorinstanz habe mit der Anordnung der Publikation den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, insbesondere da die Beschwerdeführerin 1 mit Kartellrechtsvorwürfen in Verbindung gebracht werde, die sie, da sie zur Zeit des vermeintlichen Kartellrechtsverstosses weder rechtlich noch wirtschaftlich existiert habe, nicht betreffen würden. Sodann beziehe sich die Sanktionsverfügung über weite Strecken auf Vorkommnisse, die vor der letzten Kartellrechtsrevision stattgefunden hätten. Im Übrigen sei die beantragte Sistierung namentlich mangels ordnungsgemässer Zustellung der Sanktionsverfügung und mit Blick auf den Umstand,

dass sie mangels Existenz zum Zeitpunkt der behaupteten Verstösse gar keine Untersuchungsadressatin haben können, angezeigt.

F.

F.a Mit Eingabe vom 24. November 2017 reichte auch die Xy_____AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin 2) Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 ein (nachfolgend: Beschwerde B-6714/2017) und stellte folgende Anträge:

Vorsorgliche Massnahmen

- 1) Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei im Rahmen einer vorsorglichen Anordnung aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Hauptanträge

- 2) Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei aufzuheben und der Vorinstanz die Publikation des Dokuments "Verfügung vom 8. Juli 2016" als "Internetversion" vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung zu untersagen.
- 3) Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei aufzuheben und die "Publikationsversion" - sofern erforderlich - zur Neubeurteilung der Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Verfahrensantrag (zu 2. und 3.)

- 4) Es sei das Verfahren zu Antrag 2 und 3 zu sistieren bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Frage, ob das Dokument "Verfügung vom 8. Juli 2016" der Beschwerdeführerin rechtskonform eröffnet wurde.

Bereinigung Geschäftsgeheimnisse (Eventualiter zu 2. und 3.)

- 5) Eventualiter sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 8. Juli 2016 einzuräumen.

Kostenentscheid

- 6) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wurde wie im Parallelverfahren B-6291/2017 vorgebracht, die Vorinstanz habe "nach zehn Monaten Tatenlosigkeit" durch ihr Handeln "out of the blue" den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Zudem sei die aufschiebende Wirkung in einem Rechtsstaat die Regel. Des Weiteren habe die Vorinstanz die Nachteile einer Vorabpublikation nicht beachtet; was der Öffentlichkeit einmal bekannt gemacht werde, könne nicht wieder zurückgenommen werden. Überdies machte die Beschwerdeführerin 2 eine Verletzung von Bundesrecht aufgrund der geplanten Publikation von Geschäftsgeheimnissen geltend.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2017 im Verfahren B-6714/2017 untersagte das Bundesverwaltungsgericht der WEKO im Sinne einer superprovisorischen Anordnung, die Sanktionsverfügung zu publizieren. Zudem ersuchte es die Vorinstanz, sich zu den Anträgen Beschwerdeführerin 2 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und vorsorgliche Massnahmen sowie betreffend das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin 2 und eine allfällige Vereinigung des Beschwerdeverfahrens mit dem Verfahren B-6291/2017 zu äussern. Die Beschwerdeführerin 2 erhielt

Gelegenheit, substantiierte Anträge zur genauen Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu stellen. Ausserdem wurde - wie im Parallelverfahren - ein Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.- einverlangt, der am 13. Dezember 2017 geleistet wurde.

F.c Mit Eingabe vom 1. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 stellte die Vorinstanz folgende Anträge:

- 1) Antrag 1 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
- 2) Antrag 4 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
- 3) Das vorliegende Verfahren (Geschäftsnummer B-6714/2017) sei mit dem bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren mit der Geschäftsnummer B-6291/2017 zu vereinigen.

- unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin -

Betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung verwies die Vorinstanz insbesondere auf die angefochtene Publikationsverfügung (vgl. dort Rz. 56-62). Des Weiteren machte sie geltend, die Voraussetzungen für eine Sistierung des Verfahrens seien nicht erfüllt. Hingegen dränge sich eine Vereinigung der Beschwerdeverfahren B-6714/2017 und B-6291/2017 auf, da sich die gleichen Rechtsfragen stellen würden und eine gemeinsame Behandlung der beiden Beschwerden prozessökonomisch sei.

F.d Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 nahm die Beschwerdeführerin 2 zu den Geschäftsgeheimnissen in den Internet- und Publikationsversionen der WEKO Stellung und reichte eine bereinigte Internetversion der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 ein. Sie beantragte was folgt:

- 1) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss Beilage als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.

G.

G.a

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6291/2017 (nachfolgend: Eingabe vom 15. Dezember 2017 B-6291/2017) nahm die Beschwerdeführerin 1 zu einer allfälligen Vereinigung des Beschwerdeverfahrens mit dem Verfahren B-6714/2017 und den Geschäftsgeheimnissen in den Internet- und Publikationsversionen der WEKO Stellung und reichte eine bereinigte Internetversion der Sanktionsverfügung ein. Sie beantragte was folgt:

- 1) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss Beilage als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.
- 2) Es sei eine Verfahrensvereinigung des vorliegenden Verfahrens mit dem Verfahren B-6714/2017 abzulehnen.

G.b Mit Eingabe ebenfalls vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 stellte die Beschwerdeführerin 2 innert erstreckter Frist folgenden Antrag:

1) Das vorliegende Verfahren sei getrennt vom Verfahren B-6291/2017 zu führen und von einer Verfahrensvereinigung (sei) abzusehen.

G.c Mit Verfügung vom 18. Dezember 2017 teilte der Instruktionsrichter mit, dass ohne umgehend zu stellen- de anders lautende Anträge kein weiterer Schriften- wechsel in Bezug auf die aufschiebende Wirkung bzw. vorsorglichen Anordnungen in den Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 vorgesehen sei.

H.

H.a Mit gleichlautenden Verfügungen betreffend die Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 vom 20. De- zember 2017 hielt der Instruktionsrichter fest, die WEKO habe beim Gericht eine Rechtskraftanfrage in Bezug auf die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 gegen [eine weitere Verfügungsadressatin] gestellt. Er forderte die Vorinstanz auf, dem Gericht mitzuteilen, ob die mit der angefochtenen Publikationsverfügung eingereichte "Internetversion WEKO" (Vi-act. 16, Beilage 2) nach wie vor aktuell bzw. durch den Konsens der anderen sankti- onierten Unternehmen gedeckt sei.

H.b Am 21. Dezember 2017 teilte die Vorinstanz mit gleichlautenden Eingaben in den Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 mit, dass aufgrund der Tatsache, dass [diese weitere Verfügungsadressatin] gegen die Publika- tionsverfügung vom 30. Oktober 2017 keine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben habe, die Publi- kationsverfügung auch gegenüber [dieser weiteren Ver- fügungsadressatin] in Rechtskraft erwachsen sei. Ausser den Beschwerdeführerinnen seien damit alle Verfahren- sparteien der Untersuchung "22-0438: Bauleistungen See-Gaster" mit der Veröffentlichung der "Publikations- version WEKO" (Vi-act. 16, Beilage 1) einverstanden. Dasselbe gelte für die "Internetversion WEKO" (Vi-act. 16, Beilage 2), welche nur insoweit von der "Publikati- onsversion WEKO" abweiche, als sie im Hinblick auf die ursprünglichen Einwände [dieser Verfügungsadressatin] zusätzliche vorläufige Schwärzungen enthalte (vgl. angefochtene Publikationsverfügung Rz. 62). Diese Abde- ckungen seien mit der Rechtskraft der Publikationsver- fügung gegen [die weitere Verfügungsadressatin] hinfäl- lig geworden.

I.

I.a Mit Verfügungen vom 30. Januar 2018 wurde den Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz in den bei- den Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 der Ent- wurf der vom Bundesverwaltungsgericht überarbeiteten Internetversion (nachfolgend: "Entwurf Internetversion BVGer") zugestellt und die Möglichkeit zur freigestellten Stellungnahme gegeben.

I.b In beiden Verfahren reichten die Beschwerdeführe- rinnen innert erstreckter Frist am 15. und 16. Februar 2018 je eine Stellungnahme ein. Diesen Stellungnahmen lag jeweils dieselbe von den Beschwerdeführerinnen mit Geschäftsgeheimnissen markierte Fassung der Sankti- onsverfügung bei.

J.

J.a Mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 ent- schied das Bundesverwaltungsgericht was folgt:

1.

Die Beschwerdeverfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 werden vereinigt und unter der Nummer B-6291/2017 weiter- geführt.

2.

Der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens wird abgewiesen.

3.

3.1. Soweit die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass vor- sorglich Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung aufge- hoben werden oder mit der Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bis zum Endentscheid im vorliegenden Ver- fahren zugewartet wird, werden ihre Begehren abgewiesen.

3.2. Soweit die Vorinstanz beantragt, es sei ihr zu erlauben, die der angefochtenen Verfügung beiliegende "Internetversion" zu veröffentlichen, wird ihr Begehren abgewiesen.

3.3. In teilweiser Gutheissung der Anträge beider Verfahrens- beteiligten wird der Vorinstanz erlaubt, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 gemäss der beiliegenden "Internetversion BVGer" auf ihrer Internetseite zu publizieren.

In Bezug auf die "Internetversion" (nachfolgend: "Inter- netversion BVGer I") führte das Bundesverwaltungsge- richt insbesondere aus, die Publikation vor Rechtskraft könne zu nicht wiedergutzumachenden Nachteilen füh- ren, welche nach der bundesgerichtlichen Rechtspre- chung zur aufschiebenden Wirkung nach Möglichkeit zu vermeiden seien. Dieser Umstand dürfe aber angesichts des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Publika- tion und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (BGE 142 II 268 *Nikon*) im vorliegenden Fall nicht dazu führen, dass die Veröffentlichung der Sanktionsverfö- gung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens vollstän- dig verhindert werde. Vielmehr sei dem berechtigten Anliegen der Beschwerdeführerinnen, namentlich soweit sich durch BGE 142 II 268 *Nikon* nicht geklärte Fragen stellten, durch geeignete Abdeckungen bzw. Schwär- zungen Rechnung zu tragen. Damit solle auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung Nachachtung ver- schafft werden, nach welcher bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten Zurückhaltung zu wahren sei. So sei etwa in Bezug auf die Beschwerdeführerin 1, welcher selbst keine Verstösse gegen das Kartellgesetz vorgeworfen würden, zumindest einstweilen die Anony- mität zu wahren. Dasselbe gelte für die Vorkommnisse vor Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellrechts. Grundsätzlich bestehe ein Interesse an der Publikation, da die sanktionierten Unternehmen nach der Darstellung der Vorinstanz - etwas vereinfacht formuliert - die im Rahmen früherer Kooperation definierten Ziele nach 2002 mit anderer Methode erreicht hätten. Indessen gebe die Nichtsanktionierbarkeit von Verhalten bis zum Inkrafttreten des neuen Kartellrechts Anlass, vorsorgli- che Abdeckungen vorzunehmen, welche besonders "süffige" Unternehmerrausagen oder Teilbeweiswürdi- gungen betreffen, die nicht erforderlich seien, um das von der Vorinstanz behauptete Konzept zu verstehen. Damit aber das Konzept, auf welchem die Sanktionsver- fügung beruhe, ersichtlich bleibe, werde die Vorgehens- weise der in Frage stehenden Unternehmen nicht in erheblichem Umfang verschleiert.

J.b Die Beschwerdeführerinnen ersuchten mit Eingaben vom 11. April 2018 (Beschwerdeführerin 2) und 12. April 2018 (Beschwerdeführerin 1) um Widerruf der Zwi-

schenverfügung vom 12. März 2018, Vornahme zusätzlicher Abdeckungen in der "Internetversion BVGer I" und Erlass einer neuen Zwischenverfügung.

J.c Mit Beschwerde vom 16. April 2018 focht die Beschwerdeführerin 1 die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 beim Bundesgericht an und beantragte die Aufhebung der Dispositivziffern 1, 2, 3.1 und 3.3 resp. eventualiter die Rückweisung der Sache an das Bundesverwaltungsgericht mit der Anweisung, die beantragten zusätzlichen Abdeckungen in der "Internetversion BVGer I" vorzunehmen. Zudem ersuchte sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und vorsorgliche Aussetzung der Publikation der "Internetversion BVGer I". Der Fortgang dieses bundesgerichtlichen Verfahrens wird im Folgenden - insoweit unter Verzicht auf streng chronologische Darstellung des Sachverhalts - bis zum Urteil beschrieben.

J.d Mit Verfügung vom 18. April 2018 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Abdeckungsanträge der Beschwerdeführerinnen vom 11. und 12. April 2018 teilweise gut und änderte Ziff. 3.3 des Dispositivs der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 insoweit ab, als der Vorinstanz erlaubt wurde, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 gemäss der - der Verfügung vom 18. April 2018 beiliegenden - "Internetversion BVGer II" auf ihrer Internetseite zu publizieren. Soweit weitergehend wurden die Anträge der Beschwerdeführerinnen vom 11. und 12. April 2018 abgewiesen.

J.e Mit Verfügung vom 8. Mai 2018 hiess das Bundesgericht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Blick auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 trotz der in der "Internetversion BVGer II" vorgenommenen Anonymisierung leicht identifiziert werden kann, insoweit teilweise gut, als es anordnete, die "Internetversion BVGer II" dürfe während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens nur ohne die Rz. 11-13, 111-113, Rz. 1132 letzter Aufzählungspunkt, Rz. 1173-1177, Rz. 1344 2. Satz und ohne die Fussnoten 229, 249, 254, 265, 293 und 316 (nachfolgend: "Internetversion BGer") auf der Internetseite der WEKO publiziert werden.

J.f Am 17. Mai 2018 publizierte die WEKO die Sanktionsverfügung in der Fassung "Internetversion BGer" auf ihrer Homepage (vgl. <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home.html> Aktuell Letzte Entscheide Bauleistungen See-Gaster: Verfügung vom 8. Juli 2016).

J.g Mit Urteil 2C_321/2018 vom 7. August 2018 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde vom 16. April 2018 nicht ein. In Bezug auf die angefochtene vorsorgliche Anordnung betreffend die teilweise Publikationserlaubnis wurde dies damit begründet, dass die Anforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) i.V.m. Art. 98 BGG (qualifizierte Begründungspflicht in Bezug auf Rügen betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte) nicht erfüllt seien.

K.

K.a Mit Eingabe vom 12. April 2018 beantragte die Beschwerdeführerin 1 vor Bundesverwaltungsgericht die

Anordnung weiterer vorsorglicher Massnahmen wie folgt:

- 1) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen und unter Strafanandrohung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall, der Vorinstanz, namentlich deren Vizedirektor Frank Stüssi, zu verbieten, falsche, vorverurteilende und schädigende Aussagen über das vorliegende Verfahren (B-6291/2017) und das Verfahren betreffend Sanktionsverfügung (B-6998/2016) in der Öffentlichkeit zu tätigen. Das Verbot umfasst namentlich folgende Aussagen:
 - Die Beschwerdeführerin wolle verhindern, dass die Öffentlichkeit erfahre, dass die Vorinstanz eine Sanktionsverfügung erlassen habe.
 - Die Beschwerdeführerin wolle die Publikation des Entscheides vereiteln.
 - Es sei erwiesen, dass die Beschwerdeführerin sich mit Konkurrenten zwischen 2002 und 2009 über die Vergabe öffentlicher Bauprojekte von Kantonen und Gemeinden ausgetauscht habe.
 - Die Beschwerdeführerin verfolge eine Verzögerungsstrategie.
 - Die Beschwerdeführerin verunmögliche es, dass die Geschädigten für die Geltendmachung (von) Schadenersatzansprüchen Zugang zu den Akten erhalten.
- 2) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, die Vorinstanz anzuweisen, jegliche Aussagen zum vorliegenden Verfahren (B-6291/2017) sowie zum Verfahren betreffend Sanktionsverfügung (B-6998/2016) vor der Veröffentlichung durch die Beschwerdeinstanz genehmigen zu lassen.
- 3) Mit dem vorliegenden Gesuch wird vollumfänglich an den Anträgen in der Beschwerde vom 7. November 2017 zum Schutze der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin festgehalten.

K.b Nachdem die Vorinstanz am 19. April 2018 zu den Anträgen der Beschwerdeführerin 1 Stellung genommen und diese wiederum mit Eingabe vom 23. April 2018 repliziert hatte, wies das Bundesverwaltungsgericht die Anträge der Beschwerdeführerin 1 auf Erlass vorsorglicher Anordnungen mit Zwischenverfügung vom 24. April 2018 vollumfänglich ab, soweit es darauf eintrat. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, es fehle an Indizien für in Bezug auf die Sanktion vorverurteilende Äusserungen der Vorinstanz. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

L.

L.a Mit Vernehmlassung vom 9. April 2018 äusserte sich die Vorinstanz zu den materiellen Anträgen gemäss den Beschwerdeschriften vom 7. und 24. November 2018 (Bst. E.a und F.a hiervor) und stellte folgende Anträge:

- 1) Antrag 4 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 vom 7. November 2017 sei abzuweisen.
 - 2) Antrag 5 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 vom 7. November 2017 sei abzuweisen.
 - 3) Antrag 2 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
 - 4) Antrag 3 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
- unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin -

In ihrer Begründung stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die in der BVGer-Internetversion zugunsten der Beschwerdeführerinnen und in Abweichung zur WEKO-Publikationsversion enthaltenen Abdeckungen seien für die bundesverwaltungsgerichtliche Endentscheidung betreffend die Publikationsversion nicht zu übernehmen; mithin sei die angefochtene Publikationsverfügung zu bestätigen.

L.b Mit Eingabe vom 29. Mai 2018 informierte die Vorinstanz das Gericht unter Einreichung eines Screenshots und einer Medienmitteilung der Beschwerdeführerin 1 vom 23. Mai 2018 darüber, dass Letztere der Öffentlichkeit auf ihrer Homepage mitgeteilt habe, dass sie Adressatin der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 sei und dagegen ein Rechtsmittel eingelegt habe. Soweit die Beschwerdeführerin 1 ihre Beschwerde damit begründe, die Öffentlichkeit dürfe nicht erfahren, dass sie Adressatin der Sanktionsverfügung sei, sei dieser Einwand nach dem Gesagten hinfällig geworden.

L.c Mit Verfügung vom 30. Mai 2018 nahm das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen eine zuvor angesetzte Replikfrist ab und setzte der Vorinstanz Frist an, um sich zur Frage vernehmen zu lassen, ob und mit welcher Begründung an den ursprünglichen Anträgen festgehalten werde.

Die Vorinstanz verwies mit Eingabe vom 29. Juni 2018 (nachfolgend: Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018) auf ihre Anträge gemäss Vernehmlassung vom 9. April 2018. In ihrer Begründung konkretisierte die Vorinstanz einige Aspekte ihrer Vernehmlassung und machte geltend, die Abdeckungsanträge der Beschwerdeführerinnen liessen sich auf keine rechtliche Grundlage stützen.

L.d Die Beschwerdeführerinnen reichten zur Vernehmlassung der Vorinstanz am 14. August 2018 (Beschwerdeführerin 2) und 16. August 2018 (Beschwerdeführerin 1) je eine Stellungnahme ein, in denen sie vollumfänglich an ihren früheren Ausführungen festhielten. Die Beschwerdeführerin 1 beantragt zudem, eine Publikation in der "RPW/DPC" sei höchstens im Umfang der am 17. Mai 2018 publizierten Online-Publikationsversion ("Internetversion BGer") als zulässig einzustufen.

L.e Mit Verfügung vom 20. August 2018 brachte das Bundesverwaltungsgericht die Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz zur Kenntnis. Zudem nahm es einen am 26. Juni 2018 erstellten Screenshot der Homepage der Xz_____AG betreffend die dort veröffentlichte Medienmitteilung vom 30. Mai 2018 (ursprünglich abrufbar unter <http://www.X_____ag.ch/index.php?p=medien>) sowie die Medienmitteilung selbst zu den Akten. In diesem Zusammenhang gewährte es der Beschwerdeführerin 1 auf Antrag hin Frist zur Stellungnahme zur Medienkommunikation vom 30. Mai 2018.

L.f Mit Eingaben vom 29. August 2018 (Beschwerdeführerin 1) und vom 31. August 2018 (Beschwerdeführerin 2) stellten sich die Beschwerdeführerinnen im Nachgang an das am 22. August 2018 zugestellte Urteil des Bundesgerichts 2C_321/2018 (vgl. Bst. J.g hiervor) auf den Standpunkt, eine Publikation in der "RPW/DPC" sei

höchstens im Umfang der "Internetversion BVGer II" als zulässig zu erachten.

L.g Am 17. September 2018 erstattete die Beschwerdeführerin 1 eine Stellungnahme zu ihrer Medienkommunikation vom 23. und 30. Mai 2018 und reichte nebst einer Medienmitteilung der WEKO vom 4. Oktober 2016 fünf zwischen dem 13. September 2017 und dem 24. Mai 2018 erschienene Zeitungsartikel ein. Sie führte sinngemäss aus, aufgrund der Medienkommunikation der Vorinstanz habe sie keine andere Wahl gehabt, als unter Aufhebung der Anonymität der Beschwerdeführerin 1 den Sachverhalt zu erklären.

L.h Mit Verfügung vom 18. September 2018 wurde diese Eingabe der Beschwerdeführerin 2 und der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht und festgehalten, dass der Schriftenwechsel ohne umgehend zu stellende anders lautende Anträge der Vorinstanz als geschlossen gelte.

M.

Auf die rechtserheblichen Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerinnen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Als Verfügungen gelten autoritative, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergehen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 135 II 38 E. 4.3 mit Hinweisen). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

Die WEKO ist Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG (vgl. Art. 18 Abs. 3 KG und 39 KG; Urteil des BVGer B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 1.2). Die Publikation kartellrechtlicher Sanktionsverfügungen ist ein Realakt (vgl. das Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 *Nikon* E. 1.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Bleibt die Publikation einer Sanktionsverfügung strittig, erlässt die Vorinstanz eine Publikationsverfügung, in welcher auch die Modalitäten der Publikation bzw. allfällige Abdeckungen geregelt werden (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 *Luftfracht I* E. 1.3.2 f.). Der angefochtene Entscheid ist eine derartige Verfügung und stellt ein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig; eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen der Publikationsverfügung i.S.v. Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Die Erfordernisse an Form und Frist der Beschwerden (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 11 VwVG) wurden eingehalten und die Kostenvorschüsse wurden innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerden ist somit vollumfänglich einzutreten.

1.2 Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens; Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) und die Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

2.

2.1 Die Anträge betreffend insbesondere das vorsorgliche Unterlassen der Publikation der "Internetversion WEKO" und die Vereinigung der Verfahren B-6291/2017 betreffend die Beschwerdeführerin 1 und B-6714/2017 betreffend die Beschwerdeführerin 2 hat das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 unter anderem dahingehend beurteilt, dass die beiden Verfahren vereinigt und unter der Nummer B-6291/2017 weitergeführt wurden. Vor allem ist der Vorinstanz in teilweiser Gutheissung der Anträge der Verfahrensbeteiligten mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 erlaubt worden, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 gemäss der "Internetversion BVGer I" auf ihrer Internetseite zu publizieren (Ziffer 3.3 des Dispositives). Am 18. April 2018 ist der Vorinstanz in teilweiser Gutheissung der ergänzenden Abdeckungsanträge der beiden Beschwerdeführerinnen in Abänderung von Ziffer 3.3 des Dispositivs der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 erlaubt worden, die Sanktionsverfügung gemäss einer neuen, der Verfügung vom 18. April 2018 beiliegenden "Internetversion BVGer II" zu publizieren.

2.2 Gegen die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 erhob die Beschwerdeführerin 1 am 16. April 2018 Beschwerde ans Bundesgericht. Mit Verfügung vom 8. Mai 2018 hat das Bundesgericht (Verfahren 2C_321/2018) die Publikation der "Internetversion BVGer II" vorsorglich bewilligt. Jedoch hat das Bundesgericht mit Blick auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 aufgrund der in der "Internetversion BVGer II" vorgenommenen Anonymisierung leicht identifiziert werden kann, verlangt, dass die entsprechenden Stellen (Rz. 11-13, 111-113, Rz. 1132 letzter Aufzählungspunkt, Rz. 1173-1177, Rz. 1344 2. Satz und die Fussnoten 229, 249, 254, 265, 293 und 316) während der Dauer des Verfahrens vor Bundesgericht nicht auf der Internetseite der WEKO publiziert werden dürfen. Sodann publizierte die WEKO am 17. Mai 2018 auf ihrer Homepage die "Internetversion BGer" entsprechend den bundesgerichtlichen vorsorglichen Anordnungen vom 8. Mai 2018. Nachdem das Bundesgericht mit Urteil 2C_321/2018 vom 7. August 2018 auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 vom 16. April 2018 nicht eingetreten ist, ist diese Anordnung zur aufschiebenden Wirkung vom 8. Mai 2018 dahingefallen und die Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Publikation der "Internetversion BVGer II" vollstreckbar.

2.3 Vorliegend zu beurteilen bleibt die Rechtmässigkeit der Publikation der sog. "Publikationsversion WEKO", die gemäss Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 in der Zeitschrift "RPW/DPC" publiziert werden soll. Da den bisher getroffenen Anordnungen

betreffend die "Internetversion" nur vorsorglicher Charakter zukommt, ist auch in Bezug auf die bereits offengelegten Stellen nunmehr endgültig zu beurteilen, ob deren Offenlegung rechtmässig war.

In diesem Zusammenhang beantragt die Beschwerdeführerin 1, Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung (Publikation der Sanktionsverfügung als "Publikationsversion WEKO" in der "RPW/DPC" nach Eintritt der Rechtskraft) sei vollumfänglich aufzuheben (Beschwerde B-6291/2017 Antrag 4), eventualiter seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit die geschwärzten Stellen gemäss Beilage zur Eingabe vom 15. Dezember 2017 als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren (Eingabe vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6291/2017 Antrag 1).

Die Beschwerdeführerin 2 beantragt, Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die "Publikationsversion WEKO" sei - sofern erforderlich - zur Neubeurteilung der Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde B-6714/2017 Antrag 3), eventualiter seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit die geschwärzten Stellen gemäss Beilage zur Eingabe vom 8. Dezember 2017 als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren (Eingabe vom 8. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 Antrag 1).

Mit Eingabe vom 29. August 2018 bzw. vom 31. August 2018 beantragen die Beschwerdeführerinnen sodann unter Festhaltung an den bisherigen Anträgen übereinstimmend, eine Publikation in der "RPW/DPC" sei höchstens im Umfang der "Internetversion BVGer II" zulässig.

In Bezug auf die Internetversion ergibt sich demnach Folgendes: Soweit sich aus der Beurteilung der Publikationsversion ergibt, dass die Vorinstanz mehr publizieren darf als bereits vorsorglich gemäss "Internetversion BVGer II" erlaubt wurde, darf die Vorinstanz entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerinnen auch die im Internet publizierte Version der Sanktionsverfügung entsprechend anpassen. Andererseits könnte das Gericht mit dem vorliegenden Urteil zur Publikationsversion auch zum Schluss gelangen, dass die vorsorgliche Publikationserlaubnis in Bezug auf die Internetversion zu weit gegangen ist. Diesfalls wäre nicht nur die Publikationsversion, sondern auch die bereits aufs Internet gestellte Version entsprechend zu korrigieren. Obwohl die Beschwerdeführerinnen nur im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen Antrag stellen, Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung betreffend die Internetversion aufzuheben, dürfen ihre Begehren in systematischem Verständnis nicht dahingehend gedeutet werden, dass in der Internetversion mehr publiziert werden darf als in der Publikationsversion, nachdem die Vorinstanz im Kontext mit der vorinstanzlichen Verfügung ausdrücklich davon ausgegangen ist, dass im Rahmen der vorsorglich zu publizierenden Internetversion gewisse strittige Passagen noch nicht publiziert werden, welche dann gemäss der Publikationsversion publiziert werden sollen.

Die Vorinstanz hält an der "Publikationsversion WEKO" fest und beantragt die Abweisung der Beschwerden (vgl.

Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 16-45; Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 S. 2).

3.

In den Beschwerden werden formelle Rügen erhoben, die vorab zu beurteilen sind, da sie allenfalls geeignet wären, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken (vgl. BGE 141 V 495 E. 2.2 und 138 I 232 E. 5.1; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 29 Rz. 106 f.). Die Beschwerdeführerinnen rügen eine fehlerhafte Eröffnung sowohl der Sanktions- als auch der Publikationsverfügung (vgl. sogleich E. 3.1) und eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung (vgl. nachfolgend E. 3.2).

3.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Sanktionsverfügung der WEKO vom 8. Juli 2016 und die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 seien ihnen bzw. jedenfalls der Beschwerdeführerin 1 nicht rechtsgültig eröffnet worden.

3.1.1 Die Beschwerdeführerin 1 macht geltend, die Sanktionsverfügung sei ihr nie formell ordnungsgemäss im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VwVG zugestellt resp. eröffnet worden, womit auch keine Publikation erfolgen dürfe. Die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, wonach eine Publikation unabhängig von der Frage zulässig sei, ob die Sanktionsverfügung formell (oder materiell) rechtswidrig sei, würden Bundesrecht verletzen. Solange ein "Dokument" der Vorinstanz einer Partei nicht korrekt eröffnet worden sei, könne diesem auch kein Verfügungscharakter zukommen. Zudem versuche die Vorinstanz, sie durch eine verfahrensrechtliche Politik von vermeintlichen "faits accomplis" in das Verfahren hineinzuziehen. Die Beschwerdeführerin 1 sei am 28. März 2013 gegründet worden und habe im Jahr 2014 ihre geschäftliche Tätigkeit aufgenommen. Sie falle weder in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 KG noch könne sie Adressatin von Art. 49a Abs. 1 KG sein, da sie im relevanten Untersuchungszeitraum im Sanktionsverfahren vor der WEKO weder rechtlich noch wirtschaftlich existiert habe. Eine Publikation der Sanktionsverfügung, die sie so darstelle, als hätte sie existiert, und ihr Sanktionen auferlege, werfe in der Öffentlichkeit ein falsches Bild auf sie (vgl. Beschwerde B-6291/2017 Rz. 45 b). Die Ermessensausübung der Vorinstanz im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG verletze zudem den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Die Vorinstanz begründe die angefochtene Verfügung im Wesentlichen unter Verweis auf BGE 142 II 268 *Nikon*. Dabei verkenne sie, dass im zitierten Entscheid nicht habe beurteilt werden müssen, ob die *Nikon AG* überhaupt Verfügungsadressatin sein konnte, während ebendies betreffend die Beschwerdeführerin 1 vorliegend streitig sei (vgl. Beschwerde B-6291/2017 Rz. 43 f.).

3.1.2 Die Beschwerdeführerin 2 bringt insbesondere vor, die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zur Publikation der Entscheide der WEKO kämen nicht zum Tragen, solange über die Frage der rechtsgültigen Eröffnung der Sanktionsverfügung kein Entscheid vorliege. Damit könne vorderhand auch keine Publikation

derselben erfolgen (vgl. Beschwerde B-6714/2017 Rz. 27).

3.1.3 Die Vorinstanz äussert sich im angefochtenen Entscheid zur Thematik der Eröffnung der Sanktionsverfügung dahingehend, dass diese beiden Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend eröffnet worden sei. Art. 34 Abs. 1 VwVG verlange die schriftliche Bekanntmachung der Verfügung an die Adressatinnen und Adressaten, damit diese die Möglichkeit erhalten, vom Inhalt der Verfügung Kenntnis zu nehmen. Soweit eine Partei eine Vertretung bestelle, könne die rechtswirksame Eröffnung der Verfügung bis zum Widerruf der Vollmacht grundsätzlich nur dieser gegenüber erfolgen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG; Urteile des BVGer A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.1.1 und A-6799/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3). Mache die Behörde Mitteilung an den Vertreter, müsse sich der Vertretene diese entgegenhalten lassen. Die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 sei der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerinnen schriftlich bekannt gemacht worden. Aus der übersendeten Verfügung selbst und dem Begleitschreiben vom 3. Oktober 2016 (Vi-act. 1) ergebe sich, dass sich die Verfügung gegen beide Beschwerdeführerinnen richte. Der Rechtsvertreter habe damit die Bedeutung und Tragweite der Sanktionsverfügung für seine Mandantinnen beurteilen und entsprechende Rechtsmittel ergreifen können. Weder aus Art. 34 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 11 Abs. 3 VwVG noch aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ergebe sich das Erfordernis, der Rechtsvertretung zweier Gesellschaften zwei Exemplare der inhaltsgleichen Verfügungsversion zu übersenden, zumal Sinn und Zweck einer Vertretung es gerade sei, zu ermöglichen, dass die Mitteilung an den Vertreter und nicht an den bzw. die Vertretenen erfolge (angefochtene Verfügung Rz. 22-26).

3.1.4 Die von den Beschwerdeführerinnen auf die Argumentation zur fehlerhaften Eröffnung der Sanktionsverfügung gestützten Anträge um Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid über die rechtskonforme Eröffnung der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 (vgl. Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 B-6714/2017 Rz. 34-36 und Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017Rz. 3-8) sind bereits mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 (vgl. dort E. 3) rechtskräftig abgewiesen worden. Zur Begründung ist mit Verweis auf die Zwischenverfügung vom 20. Juni 2017 im Verfahren betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 im Beschwerdeverfahren B-6998/2016 (vgl. dort E. 3.10 ff.) ausgeführt worden, mit der Zustellung nur eines Exemplars der Sanktionsverfügung an den Rechtsvertreter beider Beschwerdeführerinnen sei prima vista nicht von einem besonders schweren Eröffnungsfehler und einer daraus resultierenden Nichtigkeit der Verfügung auszugehen. Beide Beschwerdeführerinnen hätten gegen die ihrem Vertreter zugestellte Verfügung Beschwerde erhoben. Demzufolge sei ihnen durch die einfache Zustellung der Sanktionsverfügung offensichtlich kein Rechtsnachteil erwachsen. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Frage nach einem allfälligen die Sanktionsverfügung betreffenden Eröffnungsfehler nicht im Rahmen der Beurteilung des

gegen die Publikationsverfügung gerichteten Rechtsmittels zu prüfen ist, nicht zu beanstanden (vgl. *mutatis mutandis* das Urteil des BGer 2C_1065/2014 *Nikon* E. 5.3.3, nicht publiziert in BGE 142 II 68, betreffend die Frage, ob das der Beschwerdeführerin von der Wettbewerbskommission vorgeworfene Verhalten kartellrechtswidrig ist).

3.1.5 Die Frage, ob die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 den Beschwerdeführerinnen korrekt eröffnet wurde, wäre nach dem Gesagten nicht im vorliegenden Entscheid, sondern im gegen die Sanktionsverfügung anhängig gemachten Beschwerdeverfahren B-6998/2016 zu klären. Indessen wurde auch die angefochtene Publikationsverfügung dem Rechtsvertreter ebenfalls nur einfach und nicht doppelt zugestellt (vgl. Schreiben des gemeinsamen Rechtsvertreters vom 3. November 2017, Vi-act. 18, S. 1). Daher ist vorliegend generell zu prüfen, ob die Zustellung nur eines Exemplars einer Verfügung an eine von mehreren Verfügungsadressaten mandatierte Rechtsvertretung rechtmässig ist.

3.1.5.1 Gemäss Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet die Behörde Verfügungen den Parteien (in der Regel) schriftlich. Massgebend ist, dass der Betroffene in die Lage versetzt wird, vom Inhalt der Mitteilung Kenntnis zu erhalten (vgl. FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar VwVG*, a.a.O., Art. 34 Rz. 2). Bei einer schriftlich per Post zugestellten Verfügung genügt hierfür, dass diese ordnungsgemäss zugestellt wird und damit in den Zugriffsbereich des Betroffenen oder seines Vertreters gelangt (vgl. URS PETER CAVELTI, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, 2. Aufl. 2019, Art. 20 Rz. 7 mit Hinweisen). Ist eine Partei juristisch vertreten, macht die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter (Art. 11 Abs. 3 VwVG; vgl. dazu BGE 113 I b 296 E. 2, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 1067 *in fine*). Der Begriff der "Mitteilung" umfasst sowohl die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden als auch die Einladungen zur Mitwirkung und zur Abgabe einer Stellungnahme (vgl. RES NYFFENEGGER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 11 Rz. 27).

3.1.5.2 Die Eröffnung einer Verfügung erfolgt individuell an die Parteien (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 616; BGE 133 I 201 E. 2.1). Partei im Sinne von Art. 34 VwVG ist jeder, der nach Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung befugt ist (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.26 und Fn. 95; LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 34 Rz. 5). Unter bestimmten Umständen kann von einer individuellen Eröffnung einer Verfügung abgesehen werden und die Verfügung kann in einem amtlichen Blatt veröffentlicht werden (Art. 36 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.27). Ist ein Entscheid einer Partei zu Unrecht nicht eröffnet und auch nicht öffentlich bekannt gemacht worden, beginnt die Rechtsmittelfrist erst zu

laufen, wenn die betreffende Person nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.28; BVGE 2008/37 E. 8; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, a.a.O., Art. 38 Rz. 10).

3.1.5.3 Das Verhältnis zwischen dem Rechtsvertreter und dem Vertretenen beruht auf Auftragsrecht. Wer eine Partei vertritt, ist unmittelbarer Vertreter im Sinne von Art. 32 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Seine Prozesshandlungen und Unterlassungen wirken für und gegen die vertretene Partei als deren eigene, das heisst wie wenn die Partei selbst gehandelt hätte (MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 11 Rz. 16). Der Verkehr zwischen der Behörde und der Partei läuft über den Vertreter der Letzteren. Daraus folgt, dass, wenn die Behörde Akten oder Verfügungen an den Vertreter zustellt, sich der Vertretene diese Zustellung entgegenhalten lassen muss (vgl. BVGE 2011/39 E. 4.1; Urteil des BVer A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.1.1).

3.1.5.4 Die Empfängerin oder der Empfänger einer mangelhaften Verfügung ist gehalten, diese innert der gewöhnlichen Rechtsmittelfrist anzufechten, wenn sie oder er den Verfügungscharakter erkennen kann und nicht gegen sich gelten lassen will (vgl. BGE 129 II 125 E. 3.3; BGE 124 I 255 E. 1a/aa). Sind Beschwerdeführenden aus einem Eröffnungsmangel keine Rechtsnachteile erwachsen, da die Verfügung rechtzeitig und sachgerecht angefochten werden konnte, so kann der Mangel als geheilt betrachtet werden (vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.22).

3.1.5.5 Aus der Auslegung von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur ergibt sich, dass eine Verfügung grundsätzlich allen Parteien separat (individuell) zu eröffnen ist. Folgerichtig wäre - unter der Annahme, die beiden Beschwerdeführerinnen wären nicht anwaltlich vertreten - ein Eröffnungsfehler anzunehmen, wenn nicht jeder von ihnen ein Exemplar der angefochtenen Verfügung zugestellt worden wäre. Insofern erschiene es daher sachgerecht, einem Rechtsvertreter, der mehrere Parteien vertritt, eine entsprechende Anzahl von Verfügungen zuzustellen. Indes gilt es, das Ziel der Eröffnung im Auge zu behalten, wonach der Betroffene namentlich in den Stand gesetzt werden soll, die ihm zustehenden Rechtsmittel und Rechtsbehelfe zu nutzen (so grundlegend MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Band I, Basel 1976, Nr. 84 S. 526). Vor diesem Hintergrund liegt kein Eröffnungsfehler vor, wenn der für mehrere Parteien eines Verfahrens tätige Rechtsvertreter nur ein Exemplar der Verfügung erhält, da im Falle einer Rechtsvertretung die rechtsgültige Eröffnung alleine an den Vertreter erfolgt (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG), wozu bereits die Zustellung eines einzelnen Exemplars genügt. Somit hat die Vorinstanz vorliegend sowohl Art. 11 Abs. 3 VwVG respektiert als auch den Anforderungen, die sich aus Art. 34 f. VwVG oder Art. 29 Abs. 2 BV ergeben, entsprochen.

3.1.5.6 Zusammenfassend ergibt sich einerseits, dass die Vorinstanz die Publikation im vorliegenden Fall richtigerweise nicht von Frage abhängig gemacht hat, ob die Sanktionsverfügung mit einem (nicht schwerwiegenden)

Eröffnungsfehler behaftet ist, und andererseits, dass die Publikationsverfügung den Beschwerdeführerinnen rechtsgültig eröffnet worden ist. Deren diesbezügliche Rügen erweisen sich demnach als unbegründet.

3.2 Im Weiteren beanstanden die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs durch die Vorinstanz.

3.2.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die WEKO habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem zwischen dem Schreiben des Sekretariats vom 16. Dezember 2016 (vgl. Sachverhalt Bst. B.c; Vi-act. 13) und dem Erlass der angefochtenen Verfügung am 30. Oktober 2017 kein einziger weiterer Verfahrensschritt erfolgt sei. Insbesondere hätten die Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit gehabt, zu den publizierenden Versionen der Sanktionsverfügung ("Internetversion WEKO" und "Publikationsversion WEKO") vorgängig Stellung zu nehmen. Überdies seien ihre Stellungnahmen (vom Dezember 2016) für den Entscheid nicht berücksichtigt worden. So habe die Vorinstanz eigenmächtig festgelegt, welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien und welche nicht (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 48; Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 41). Die Wettbewerbskommission habe mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 zunächst weitere Verfahrensschritte in Aussicht gestellt und dann nach zehn Monaten Tatenlosigkeit "out of the blue" die angefochtene Verfügung unter Entzug der aufschiebenden Wirkung erlassen. Dies könne aus rechtsstaatlichen Gründen in einem strafrechtsähnlichen Verfahren nicht geduldet werden (Beschwerden B-6291/2017 und B-6714/2017, jeweils S. 3). Die Publikation einer Sanktionsverfügung, die das rechtliche Gehör verletze, diene weder der Rechtssicherheit noch der Transparenz. Durch das Zuwarten von 10 Monaten nach dem Schreiben vom 16. Dezember 2016 habe die Vorinstanz bei der Beschwerdeführerin 2 zudem nach Treu und Glauben die Erwartung geschürt, sie werde den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Hauptsache abwarten oder eine ernsthafte Beurteilung der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen vornehmen, und dieser dann das rechtliche Gehör einräumen (vgl. Beschwerde B-6291/2017 Rz. 48 f.; Beschwerde B-6714/2017 Rz. 28 ff.).

3.2.2 Die Vorinstanz stellt sich im Rahmen der Vernehmung auf den Standpunkt, es treffe nicht zu, dass die Publikationsverfügung ohne vorherige Anhörung erlassen worden sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten hinreichend Gelegenheit zur Bezeichnung der abzudeckenden Verfügungspassagen gehabt. Da die Wettbewerbsbehörde mit Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 3. Oktober 2016 (Vi-act. 1) darüber informiert hätte, dass sie sowohl eine "RPW/DPC"-Publikation als auch eine Internetpublikation plane, sei für die Beschwerdeführerinnen auch ersichtlich gewesen, dass sich die Geschäftsgeheimnisvereinbarung auf beide Versionen beziehe. Die Beschwerdeführerinnen hätten in Wahrung ihrer Rechte sodann (am 12. und 21. Dezember 2016) im Verfahren vor der WEKO die Abdeckung bestimmter Passagen der Sanktionsverfügung verlangt. Für den Fall, dass die Vorinstanz ihren Vorbringen nicht folge, hätten sie ausdrücklich den Erlass einer Publikationsver-

fügung beantragt (vgl. Vi-act. 12 Antrag 3; Vi-act. 14 Rz. 8 [mit Verweis auf die in Vi-act. 12 gestellten Anträge]; Vi-act. 16 Rz. 5). Weshalb es den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen solle, wenn eine Behörde nach Anhörung der Verfahrenspartei die beantragte Verfügung erlasse, sei nicht nachvollziehbar (Vernehmung vom 9. April 2018 Rz. 13, 15).

3.2.3 Der Anspruch auf das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Das Recht auf vorgängige Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG sieht insbesondere vor, dass die Behörde die Parteien anhört, bevor sie verfügt. Darin ist gleichsam das Kernelement des rechtlichen Gehörs zu sehen (BVGE 2013/33 E. 3 mit Hinweisen).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 135 I 187 E. 2.2). Die Heilung von Gehörsverletzungen ist aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene jedoch möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die Beschwerdeführerin dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz für die konkrete Streitfrage die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt, sowie die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entscheidungsreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVGE 2014/22 E. 5.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., RZ. 3.110 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1174 ff.).

3.2.4 Mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 befand das Bundesverwaltungsgericht, eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör sei jedenfalls nicht von einer Schwere, die dazu führen würde, dass die angefochtene Verfügung deswegen aufzuheben wäre, weshalb einstweilen offen gelassen werden könne, inwieweit die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör und insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung verletzt habe. Dasselbe gelte für die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen angesichts des mehrfach erklärten Interesses der Vorinstanz an einer Vorab-Internetpublikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 damit hätten rechnen müssen, dass einer allfälligen Beschwerde gegen die Publikationsverfügung die aufschiebende Wirkung entzogen werden könnte. Jedenfalls hätten die

Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit gehabt, zur Grundsatzfrage, ob die Sanktionsverfügung überhaupt publiziert werden soll, und zur weiteren Frage, ob dies auch für Vorgänge gelte, die sich während der Jahre 1977 und 2002 ereignet hätten, Stellung zu nehmen. Insofern sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs prima facie zu verneinen. In Bezug auf die Frage, ob einzelne Passagen namentlich aufgrund von Geschäftsgeheimnisqualität abzudecken seien, komme dem Bundesverwaltungsgericht sodann trotz eines beschränkten Ermessensspielraums (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.3, 4.2.6) jedenfalls volle Kognition zu (Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.4), womit einer Heilung von allfälligen Gehörsverletzungen nichts entgegenstehe. Soweit eine Gehörsverletzung vorliegen sollte, sei diese jedenfalls durch die seitens des Bundesverwaltungsgerichts angesetzte Frist zur substantiierten Antragstellung betreffend die Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen und die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf für eine bundesverwaltungsgerichtliche Internetversion geheilt worden (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2019 E. 4.4.2 f.). Soweit die Vorinstanz also davon ausgeht, das Gericht habe mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 festgestellt, dass im Ergebnis keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben sei (Vernehmlassung, Rz. 12), wird die soeben dargestellte gerichtliche Begründung in unzulässiger Weise verkürzt.

3.2.5 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingaben vom 12. Dezember 2016 unter Einreichung einer eigenen Fassung der Sanktionsverfügung Abdeckungsanträge stellten (Vi-act. 12). Ferner ersuchten sie darum, ihrem Rechtsvertreter die zur Publikation freigegebene Verfügung für eine Schlusskontrolle vorab zuzustellen (vgl. dort Antrag 1 *in fine*); eine Ablehnung der Anträge sei mit anfechtbarer Verfügung zu erlassen (vgl. dort Antrag 3). Die Vorinstanz wiederum kündigte mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 (Vi-act. 13) erstens vorab den Erlass einer Publikationsverfügung und zweitens die vorab geplante Publikation einer Internetversion an, gemäss welcher einstweilen alle Abdeckungsvorschläge der Beschwerdeführerinnen vom 12. Dezember 2016 (vgl. Vi-act. 12) übernommen werden sollten. Für die Publikationsverfügung wurde der Monat Februar 2017 und für die Internetpublikation der 22. Dezember 2016 in Aussicht genommen (Vi-act. 13). Am 21. Dezember 2016 beantragten die Beschwerdeführerinnen die Schwärzung zusätzlicher Passagen (Vi-act. 14). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 entschied die Vorinstanz über die Abdeckungsanträge und erliess ihre Publikationsverfügung unter Beilage der "Internetversion WEKO" (Beilage 2) und der "Publikationsversion WEKO" (Beilage 1), ohne diese den Beschwerdeführerinnen vorab nochmals zur Kenntnis und Stellungnahme gebracht zu haben. Eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör ergibt sich daraus nicht. Die WEKO hat den Beschwerdeführerinnen mit Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 3. Oktober 2016 (Vi-act. 1) die Gelegenheit zur Stellungnahme zu allfälligen weiteren Geschäftsgeheimnissen und sonstigen Abdeckungswünschen gegeben (vgl. Sachverhalt Bst. B.a), womit dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan wurde (vgl. das Urteil des BVGer B-5114/2016 vom 3. Mai 2018 Autohandel I E. 4.2 f. mit Hinweisen). In Verfahren gemäss Art. 27 ff. KG und Sanktionsverfah-

ren nach Art. 49a ff. KG wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (BGE 129 II 497 E. 2.2; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 SFS Unimarket AG E. 3.1.3; KENJI I-ZUMI/SIMONE KRIMMER, in: Roger Zäch et alii [Hrsg.], KG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 30 N 47). Im Unterschied dazu kennt das Publikationsverfahren keine spezialgesetzliche Erweiterung des Gehörsanspruchs in dem Sinne, dass die Verfahrensbeteiligten zum Verfügungsentwurf vorgängig Stellung nehmen könnten. Auf eine Vorabzustellung von Publikationsverfügungen und deren Beilagen - wie etwa mit Abdeckungen versehene Sanktionsverfügungen - zur (erneuten) Stellungnahme besteht daher im Verfahren betreffend Publikation vor der WEKO kein Anspruch, sofern sich die Parteien vorgängig gegenüber der Vorinstanz mindestens einmal äussern konnten, was die Beschwerdeführerinnen mit ihren Eingaben vom 12. und 21. Dezember 2016 (Vi-act. 12, 14) taten. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, die ihnen gewährte Frist bis zum 12. Dezember 2016 sei zu kurz gewesen, kann ihnen ebenfalls nicht gefolgt werden. Nachdem ihnen am 3. Oktober 2016 eine erste Frist gesetzt worden war (Vi-act. 1), welche ihr mit Schreiben vom 4. November 2016 (Vi-act. 9) bis zum 5. Dezember 2016 erstreckt worden war mit dem Hinweis, dass eine weitere Fristerstreckung nur ausnahmsweise erfolgen könne, wurde einem erneuten Fristerstreckungsgesuch, mit welchem eine Fristerstreckung bis zum 20. Januar 2017 anbegehrt wurde (Vi-act. 10), nur teilweise bis zum 12. Dezember 2016 (Vi-act. 11) entsprochen. Darin kann entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen namentlich aufgrund entsprechender Vorankündigung keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden, zumal die Beschwerdeführerinnen auch keine besonders qualifizierten Gründe für die weitere Fristerstreckung vorbrachten. Im Übrigen wurden auch die Abdeckungsvorschläge der Beschwerdeführerinnen vom 21. Dezember 2016 (Vi-act. 14) nicht als verspätet aus dem Recht gewiesen, sondern vielmehr materiell dahingehend beurteilt, dass deren Berücksichtigung dazu führen würde, dass die Sanktionsverfügung in dieser Form nicht mehr lesbar wäre, weshalb auf die ursprünglich per 22. Dezember 2016 vorgesehene Internetpublikation einstweilen verzichtet wurde (angefochtene Verfügung, Rz. 7; vgl. auch Vi-act. 15 [Mail an alle Verfahrensbeteiligten vom 22. Dezember 2016]). Auch im Umstand, dass die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerinnen, wonach die zur Publikation freigegebene Sanktionsverfügung ihrem Rechtsvertreter für eine Schlusskontrolle vorab zuzustellen sei, nicht explizit, sondern nur implizit im Rahmen der Anordnung der Publikation ablehnend beurteilt hat, kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden (vgl. Urteil des BGE 2C_1065/2014 Nikon E. 3.2 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268). Da die Beschwerdeführerinnen diesen Antrag im Rahmen ihrer Eingabe vom 12. Dezember 2016 nicht begründet haben, kann der Vorinstanz auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie sich auch ihrerseits in der angefochtenen Verfügung nicht spezifisch dahingehend geäußert hat, dass die Beschwerde-

führerinnen - wie soeben festgestellt - keinen Anspruch auf eine weitere Gelegenheit zur Stellungnahme haben.

3.2.6 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, dass die aufschiebende Wirkung ohne vorherige Anhörung gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG entzogen worden ist. Indessen müssen die Parteien bei einem Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die verfügende Behörde - anders als bei einem Entzug durch die Rechtsmittelinstanz - in der Regel nicht spezifisch dazu vorgängig angehört werden, zumal sie mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung rechnen müssen und jederzeit deren Wiederherstellung beantragen können (vgl. REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 Rz. 21 mit Hinweisen; HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 55 Rz. 127 mit Hinweisen auf das auszugsweise als BGE 129 II 232 publizierte Urteil des BGer 2A.619/2002 vom 10. März 2003 E. 3). Die Beschwerdeführerinnen schliessen weiter aus dem Schreiben der Vorinstanz vom 16. Dezember 2016 (Vi-act. 13), dass der Erlass der angefochtenen Publikationsverfügung bzw. der damit gemäss Ziffer 3 dieser Verfügung verbundene teilweise Entzug der aufschiebenden Wirkung ohne vorherige Anhörung aufgrund anders lautender vorheriger Behördenkommunikation gegen Treu und Glauben verstosse. Indessen kann ihnen auch diesbezüglich nicht gefolgt werden. Vielmehr ergibt sich aus dem vorinstanzlichen Schreiben vom 16. Dezember 2016 (Vi-act. 13), auf welches sich die Beschwerdeführerinnen berufen, der explizite Wille, vorsorglich eine Version zur Internetpublikation freizugeben, wobei nach dem Konzept der Vorinstanz gewisse strittige Passagen einstweilen nicht offen gelegt werden, ohne die Rechtskraft der Publikationsverfügung abzuwarten. Daher mussten die Beschwerdeführerinnen mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanz rechnen. Daran ändert auch die Mitteilung der Vorinstanz vom 22. Dezember 2016 (Vi-act. 15), wonach zuerst über den Antrag der Beschwerdeführerinnen (Vi-act. 12, 14), die Verfügung sei insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren, entschieden werden müsse, nichts. Allein aus der Tatsache, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung erst später als ursprünglich angekündigt erlassen hat, können die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.3 Nach dem Gesagten kann keine Verletzung formeller Verfahrensvorschriften festgestellt werden. Demnach sind auch die in diesem Zusammenhang gestellten Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzuweisen.

4.

Die Beschwerdeführerinnen stellen das Begehren, die Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und damit der Vorinstanz die Publikation der "Publikationsversion WEKO" gänzlich zu untersagen (Beschwerde B-6291/2017 Antrag 4, Beschwerde B-6714/2017 Antrag 3; vgl. dazu auch E. 2 hiervor). Die Beschwerdeführerin 2 beantragt überdies, die Sache sei - sofern erforderlich - zur Neu Beurteilung der Geschäftsgeheimnisse und der Persönlichkeitsrechte - an die Vo-

rinstant zurückzuweisen (Beschwerde B-6714/2017 Antrag 3).

4.1 Zur Begründung ihres Antrags auf gänzliche Unterlassung der Publikation bringt die Beschwerdeführerin 1 vor, die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt. Die Ermessensausübung der Vorinstanz sei einerseits fehlerhaft, weil von einer vom bundesgerichtlichen Nikon-Entscheid mitumfassten Konstellation ausgegangen werde, obwohl sich dort nicht die Frage gestellt habe, ob das Unternehmen Nikon - wie im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin 1 mangels Existenz zum Zeitpunkt des Kartellrechtsverstosses - überhaupt ins Recht gefasst werden bzw. "Verfügungadressatin sein" konnte. Dies bedeute eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots. Auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz sei verletzt. Die angefochtene Verfügung enthalte keine neuen kartellrechtlichen Erkenntnisse, die nicht schon sonst bekannt wären (Beschwerde B-6291/2017 Rz. 44). Des Weiteren sei von einem weiten Geschäftsgeheimnisbegriff auszugehen und es seien die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen (Beschwerde B-6714/2017 Rz. 31). Des Weiteren seien auch die kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen nicht bewiesen und es müsse jedenfalls auch mit Blick auf die Unschuldsvermutung der Rechtsmittelentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die Sanktionsverfügung abgewartet werden (Beschwerde B-6291/2017 Rz. 45d i.V.m. Rz. 52). Zudem bestehe aufgrund der diversen Verfahrensfehler der Vorinstanz im Sanktionsverfahren kein öffentliches Interesse an der Publikation der Verfügung, weshalb (mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot gemäss Art. 5 Abs. 2 BV) der Grundsatz der Nichtveröffentlichung zum Tragen kommen müsse, ansonsten Art. 36 VwVG betreffend die amtliche Publikation von Verfügungen verletzt würde (Beschwerde B-6291/2017 S. 4 [zu Antrag 4 Bst. d] und Rz. 51.; vgl. auch die Beschwerde B-6714/2017 S. 3 [zu Antrag 3 Bst. b]). Es sei in diesem Zusammenhang auch zu prüfen, ob - wenn überhaupt notwendig - eine andere Form der Publikation, die die Geschäftsgeheimnisse wahre, dem öffentlichen Interesse nicht dienlicher wäre (Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017 Rz. 1 f.).

4.2

4.2.1 Die Beschwerdeführerinnen wurden mit Verfügung der WEKO vom 8. Juli 2016 - ebenso wie sieben weitere Strassen- und Tiefbauunternehmen - wegen eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktioniert. Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Dass Sanktionsentscheide von dieser Bestimmung erfasst werden, ist unbestritten (vgl. zum Entscheidungsbegriff etwa SIMON ODERMATT/FRANCA HOLZMÜLLER, in: Roger Zäch et alii [Hrsg.], KG-Kommentar a.a.O., Art. 48 N 6 ff.). Die Vorinstanz sieht in ihrem Geschäftsreglement vor, dass Endverfügungen publiziert werden (Art. 35 Abs. 1 Geschäftsreglement WEKO). Entscheide sind zu publizieren, sofern ein genügendes Interesse besteht (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.2 mit Hinweisen). Wie das Wort "können" in Art. 48 Abs. 1 KG ausdrückt, steht den Wettbewerbsbehörden ein Ermessen zu, dessen Handhabung eine Frage der Angemes-

senheit ist. Es gilt mithin, die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum zu finden. Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört u.a. die unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-149/2017 vom 24. Oktober 2017 Bauhandel II E. 5.3). Dabei beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Publikationsverfügungen mit voller Kognition, auferlegt sich jedoch bei der Prüfung der Unangemessenheit je nach der Natur der Streitfrage eine gewisse Zurückhaltung (Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.4).

4.2.2 Die Veröffentlichung von Verfügungen nach Art. 48 KG dient verschiedenen Zwecken:

Erstens haben die Entscheide der Vorinstanz einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer. Durch die Veröffentlichung können diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten. Insbesondere vor dem Hintergrund der geringen Anzahl höchstgerichtlicher Entscheide und der langen Verfahrensdauer sowie der Tatsache, dass nicht jede strittige Frage richterlich beurteilt wird, ist dies besonders angezeigt. Die Publikation dient somit der Prävention und der Rechtssicherheit (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.1 mit Hinweisen).

Zweitens fördert die Veröffentlichung von Verfügungen der Vorinstanz unabhängig von der Frage, ob das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) anwendbar ist, die Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere betreffend die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das Sekretariat und die Vorinstanz gemäss Art. 49abs. 1 KG die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu orientieren haben (Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 Nikon E. 5.1.2 mit Hinweisen). Die Veröffentlichung der Verfügung soll zudem auch Auskunft über die Stichhaltigkeit bzw. Nichtstichhaltigkeit der Eröffnung der Untersuchung geben. Es soll mit anderen Worten der Öffentlichkeit unterbreitete Vorwurf bei Untersuchungseröffnung mit dem begründeten Resultat der Untersuchung von der Öffentlichkeit abgeglichen werden können (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.2 mit Hinweisen).

Drittens sollen durch die Publikation die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten Behörden über die Praxis der Vorinstanz informiert werden. Dies betrifft insbesondere kantonale Behörden für zivilrechtliche Kartellverfahren (Art. 12 ff. KG) und Verwaltungsverfahren in mit dem Kartellrecht verwandten Rechtsgebieten (z.B. in Anwendung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]; BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.3 mit Hinweisen und zum Ganzen auch das Urteil des BVGer B-5114/2016 vom 3. Mai 2018 Autohandel E. 6 mit Hinweisen).

4.2.3 Nicht Ziel der Veröffentlichung ist die Sanktionierung durch Reputationsschaden. Die Veröffentlichung soll, auch wenn sie rufschädigend wirkt, nicht selber als Sanktion dienen (Urteil des BVGer B-3588/2012 vom

15. Oktober 2014 Nikon E. 5.3). Indessen werden mit der Publikation verbundene Reputationseffekte mit dem Erlass von Art. 48 Abs. 1 KG in Kauf genommen (Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.2.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Dem Gesetzgeber war auch bewusst, dass die Reputationseffekte durch die Androhung direkter Sanktionen erhöht werden (vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 II 2022 ff., insb. S. 2034). Das sanktionsbewehrte Kartellrecht wiederum führt zur Erhöhung der Reputationseffekte der Publikation gemäss Art. 48 Abs. 1 KG, was aber ebenfalls vom gesetzgeberischen Willen gedeckt ist.

4.2.4 Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der Vorinstanz stimmen nach dem Gesagten im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide überein. Der Gesetzgeber erachtet eine Parallelität der Veröffentlichung von Entscheiden der Vorinstanz und der Gerichte als notwendig, um schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und dadurch wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können. Er nimmt dabei in Kauf, dass veröffentlichte Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben oder korrigiert werden können (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4; vgl. PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Kettiger/Sägesser [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, 2011, S. 69 ff., S. 70). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht in Bezug auf ein Strafurteil erkannt, dass eine vollständige Geheimhaltung eines Urteilspruches auch bei Vorliegen sehr gewichtiger Interessen nicht mit dem Öffentlichkeitsgebot vereinbar sei (BGE 143 I 194 E. 3.4.3). Diesen Gedanken übernimmt wiederum das Bundesverwaltungsgericht und überträgt ihn auf die Sanktionsverfügungen der WEKO (vgl. das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.3.3 f. mit Hinweisen). Der Gesetzgeber erachtete eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO zur Publikation von Gerichtsentscheiden als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4; vgl. auch das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.3). Der Gegenstand der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG betrifft nur ganze Entscheide und nicht einzelne Passagen. Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben dem Einzelnen die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird; dazu gehört u.a. der Schutz des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.6; vgl. nachfolgend E. 6.3).

4.2.5 Nicht jede Veröffentlichung einer Verfügung der Wettbewerbsbehörden stimmt mit dem Zweck der kartellrechtlichen Gesetzesbestimmung überein. Insoweit sind Veröffentlichungen nicht generell durch die gesetzliche Ordnung gedeckt. Die Behörde hat ihren Entscheid im Einzelfall zu begründen (vgl. das Urteil des BVGer B-7768/2016 vom 24. Oktober 2017 Bauhandel I E. 4.1.2).

4.2.6 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, sie habe in Bezug auf ihre Endverfügungen i.S.v. Art. 30 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 VwVG ihr Ermessen durch die ermessensleitende Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 GR-WEKO konkretisiert. Danach würden Endverfügungen publiziert. Dies zeige, dass die WEKO sowie der Bundesrat, welcher das GR-WEKO genehmigt habe, davon ausgehen würden, dass die Publikation von Endverfügungen die oben genannten Zwecke (vgl. vorne E. 4.2.2 ff.) in der Regel erfülle. Vorliegend sei kein Ausnahmefall ersichtlich; die Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 diene dazu, durch die Information über das Vorgefallene und dessen rechtliche Bewertung Kartellrechtsverstösse anderer Unternehmen zu verhindern. Des Weiteren bezwecke die WEKO mit der Veröffentlichung die Herstellung von Rechtssicherheit, insbesondere in Bezug auf die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 49a KG. Die WEKO möchte ausserdem über ihre Arbeitsweise (z. B. Beweiswürdigung, Ermittlungsmassnahmen, Sorgfalt der Ermittlungstätigkeit, etc.) informieren und zudem zeigen, dass sich der Anfangsverdacht bei Untersuchungseröffnung, u. a. gegenüber den Beschwerdeführerinnen, letztlich bestätigt habe. Zuletzt diene die Publikation der Sanktionsverfügung der Information anderer öffentlicher Stellen (insbesondere der kantonalen und gemeindlichen Vergabestellen), damit diese ihre jeweiligen Aufgaben besser wahrnehmen könnten.

4.2.7 Diese Begründung ist durch die gesetzlichen Zwecke der Publikation (vgl. vorne E. 4.2.2 ff.) gedeckt, weshalb ein genügendes Interesse an der Veröffentlichung der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 besteht. Das Präventionsinteresse ergibt sich in Bezug auf Submissionsabsprachen der öffentlichen Hand nicht nur aus dem Kartellgesetz, sondern auch aus dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt und dem Vergaberecht. Folgerichtig sind im Zweckartikel des neuen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, das am 21. Juni 2019 von beiden Räten angenommen wurde, "Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden" verankert (Art. 2 des Schlussabstimmungstextes des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; vgl. <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170019/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf>>, abgerufen am 25. Juni 2019). Die Tatsache, dass die Sanktionsverfügung vor Bundesverwaltungsgericht angefochten ist, steht der Publikation vor der richterlichen Beurteilung der Sanktionsverfügung als solche nicht entgegen (Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.3.6 mit Hinweisen). Die Publikation einer Sanktionsverfügung vor Eintritt der Rechtskraft verletzt auch die Unschuldsumutung nicht (vgl. das Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 8.3 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.3.6 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-6547/2014 marché du livre en français E. 7). Somit ergibt sich, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen betreffend den Entscheid über die Publikation der Sanktionsverfügung an sich angemessen ausgeübt hat. Dies trifft umso mehr zu vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz vorliegend von einer Gesamtabrede ausgeht, was ihr Gelegenheit gibt, sich namentlich zur Definition und zu den Tatbestandselementen derselben

zu äussern (vgl. dazu die Sanktionsverfügung, insb. Rz. 1194 ff. und Rz. 1200 ff.).

4.2.8 Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass das Handeln einer Behörde mit Blick auf den angestrebten Zweck geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. (BGE 140 I 2 E. 9.2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 514 ff. mit Hinweisen).

Die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung ist zur Erreichung der vorgenannten Zwecke (vgl. vorne E. 4.2.2 ff.) geeignet und erforderlich. Sie ist zur Zweckerreichung geeignet, weil die Veröffentlichung im Sinne einer Warnpraxis das Wettbewerbsverhalten beeinflusst, das Verwaltungshandeln öffentlich macht sowie die Behörden über die Entscheidung informiert. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin 1 würden die Veröffentlichungszwecke durch eine andere Art der Publikation - etwa in der Form einer Zusammenfassung oder Medienmitteilung - nicht erreicht. Das fachkundige Publikum ist darauf angewiesen, die Verfügung als Ganzes zur Kenntnis zu nehmen, um sich damit auseinandersetzen zu können (vgl. die Urteile des BVGer B-7768/2016 Bauhandel I E. 4.2.3 und 4.3, B-5858/2014 Luftfracht I E. 4.3). Soweit die Beschwerdeführerin 1 dazu ausführt, die fragliche Verfügung enthalte keine neuen kartellrechtlichen Erkenntnisse (meint wohl: in Bezug auf das verbreitete Vorkommen von Bauabsprachen), die nicht schon bekannt wären (Beschwerde B-6291/2017 S. 18 Rz. 50), kann ihr insbesondere was die Natur der Gesamtabrede betrifft, nicht gefolgt werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das der Sanktionsverfügung vorangegangene Verfahren nicht publikumsöffentlich war, was dem Öffentlichkeitsgebot im Verkündungsstadium ein erhöhtes Gewicht verleiht (vgl. das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 4.3). Die Veröffentlichung ist schliesslich zumutbar. Das öffentliche Interesse überwiegt das private Interesse der betroffenen Unternehmen, einen allfälligen Reputationsschaden zu vermeiden. Dem Privatinteresse wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass für jedermann ersichtlich ist, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Würde man die Zumutbarkeit wegen der damit verbundenen Publizität verneinen, wäre die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen überhaupt nicht mehr möglich, was mit dem Kartellgesetz unvereinbar wäre (vgl. das Urteil des BVGer B-7768/2016 Bauhandel I E. 4.2.3). Wie bereits ausgeführt wird seitens des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang in Kauf genommen, dass sich publizierete Sanktionsverfügungen im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht als rechtswidrig erweisen und aufgehoben werden (vgl. E. 4.2.4, 4.2.7 hiervor). Damit dringen die Beschwerdeführerinnen nicht durch, wenn sie verlangen, dass die Publikation erst nach einem rechtskräftigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts oder gar des Bundesgerichts über die Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung erfolgen soll.

Die Vorinstanz führt zur Relevanz allfälliger Mängel der Sanktionsverfügung aus, es sei für die Frage, ob die Publikation zulässig ist, nicht erheblich, ob die zu publizierende Sanktionsverfügung formell oder materiell

rechtswidrig ist (angefochtene Verfügung, Rz. 19). Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Berücksichtigung von Geschäftsgeheimnissen ausgeführt, dass die Frage, ob gewisse strittige Aussagen einen materiellen kartellrechtlichen Tatbestand erfüllen und somit zu Recht eine entsprechende Rechtsfolge auslösen, im Rahmen der Beurteilung von Publikationsverfügungen nicht Prüfgegenstand ist. Diese Frage ist vielmehr im Rahmen des gegen die Sanktionsverfügung angestrebten Rechtsmittelverfahrens zu prüfen (Urteil des BGER 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.3 nicht publiziert in 142 II 268; Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 4.2, 5.1). Soweit die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz also etwa vorwerfen, sie habe sich im Rahmen des Sanktionsverfahrens vorbehaltlos auf Aussagen der Selbstanzeigerin gestützt und damit faktisch eine Beweislastumkehr vorgenommen (Beschwerde B-6291/2017 S. 16 Rz. 45 d), kann sie damit weder das öffentliche Interesse an der Publikation noch deren Zumutbarkeit in Frage stellen.

Ebenfalls nicht vorliegend, sondern im Verfahren B-6998/2016 zu beantworten, ist die von der Beschwerdeführerin 1 aufgeworfene Frage, ob die Vorinstanz berechtigt war, gegen sie ein Ermittlungsverfahren bzw. eine Untersuchung einzuleiten und ihr schliesslich die gegen die Beschwerdeführerin 2 ausgesprochene Sanktion unter solidarischer Haftung mitaufzuerlegen. Richtig ist zwar die Darstellung der Beschwerdeführerin 1, wonach sie zum Zeitpunkt der von der Vorinstanz festgestellten Kartellrechtsverstösse noch nicht existiert hat, was logisch zwingend dazu führt, dass ihr kein kartellrechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Jedoch ist der Beschwerdeführerin 1 nicht zu folgen, soweit sie den vollständigen Verzicht auf die Publikation der angefochtenen Verfügung verlangt mit der Begründung, sie werde als Täterin dargestellt und in ihrer Persönlichkeit schwer verletzt (vgl. zum diesbezüglichen Anspruch auf Abdeckungen E. 6.6.1.1 - 6.6.1.9 hier-nach). Die im Verfahren B-6998/2016 zu beantwortende Frage wird vielmehr sein, ob die Xz_____AG trotz fehlender "Tätereigenschaft" im Sinne solidarischer Auflegung der Sanktion ins Recht gefasst werden kann (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 12. März 2018 E. 5.7.5). Die Parteien sind sich insoweit einig, dass die Beschwerdeführerin 1 im Zeitraum 2013/2014 die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin 2 übernommen hat. Nach der Sanktionsverfügung (Rz. 11) bezweckt die Beschwerdeführerin 2 demgegenüber seither gemäss Handelsregister den Erwerb, die Verwaltung und den Verkauf von Beteiligungen. Die Vorinstanz führt dazu aus, die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen seien "bisher kaum geklärt" (Sanktionsverfügung, Rz. 1133). Das spricht einerseits für das Interesse an der Publikation. Andererseits ist der Sachverhalt in diesem Punkt etwas zu vertiefen. Die Beschwerdeführerinnen machen in diesem Zusammenhang geltend, die Beschwerdeführerin 1 sei "zu keinem Zeitpunkt" Rechtsnachfolgerin der Beschwerdeführerin 2 gewesen (Sanktionsverfügung, Rz. 111 ff.). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin als 100-prozentige Tochtergesellschaft von der Beschwerdeführerin 2 Aktiven und Passiven übernommen hat und seitdem für den Betrieb des Strassen- und Tiefbauunternehmens zuständig ist

(Sanktionsverfügung, Rz. 1132 *in fine*). Die Beschwerdeführerinnen machen wiederum geltend, beim Vermögensübertragungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 handle es sich um einen "Asset Deal". Dies sei insofern relevant, als der Käufer beim "Asset Deal" nur jene Vermögenswerte übernehme, welche er explizit nenne. Vor diesem Hintergrund erhellt, dass die Frage der "Zulässigkeit der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin" erst mit dem Endentscheid im Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung beurteilt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Verfahren B-6998/2016 mit Zwischenentscheid vom 20. Juni 2017 (E. 4.3) festgestellt, dass die beiden Beschwerdeführerinnen prima facie immerhin in einem Näheverhältnis stehen, welches dergestalt ist, dass der Beschwerdeführerin 1 zugemutet werden darf, dass ihre Rügen betreffend die "Zulässigkeit als Verfügungsadressatin" (erst) mit dem Endentscheid beurteilt werden. Dasselbe gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Die Beschwerdeführerin 1 hat angesichts des Sachverhalts, wie er sich darstellt, auch wenn von einem "Asset Deal" auszugehen sein sollte, wie ihn die Beschwerdeführerinnen beschreiben, offensichtlich keinen Anspruch darauf, dass der Sachverhalt, welcher beschreibt, wie die Beschwerdeführerin 1 gegründet worden ist und warum ihr gemäss dem Dispositiv der Sanktionsverfügung unter solidarischer Haftung mit der Beschwerdeführerin 2 Sanktionen auferlegt werden sollen, zur Gänze unkenntlich gemacht wird (vgl. mutatis mutandis das Urteil des BGER 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.1 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268). Es stellt sich lediglich die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 Anspruch auf Anonymisierung hat, was Gegenstand der Erwägungen 6.6.1.1 - 6.6.1.9 hiernach bildet. Tatsache ist, dass die WEKO - ob zulässigerweise oder nicht - ein entsprechendes Verfahren an die Hand genommen und der Beschwerdeführerin 1 eine Sanktion auferlegt hat. Damit kommt unabhängig von der Rechtmässigkeit und Rechtskraft der Sanktionsverfügung Art. 48 KG zur Anwendung, wonach Entscheide der Wettbewerbsbehörden (nach dem Ermessen jener Behörden) veröffentlicht werden können (vgl. JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I - Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 48 Rz. 2 f. und Art. 49 Rz. 3; vgl. Urteil des BGER 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.3 nicht publiziert in 142 II 268). Demnach kann die Beschwerdeführerin 1 mit dem Argument, dass das Kartellgesetz betreffend den untersuchten Sachverhalt auf sie nicht anwendbar sei resp. sie unzulässigerweise mit Kartellvorwürfen in Verbindung gebracht werde (vgl. Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017 Rz. 1 f.), weder das öffentliche Interesse an der Publikation noch die Zumutbarkeit der Publikation in Frage stellen (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.3; Urteil des BVGer B-5114/2016 Autohandel I E. 7.2.3). Zu erwähnen ist immerhin, dass bereits aufgezeigt wurde, dass die Zustellung nur eines Exemplars der Publikationsverfügung an den gemeinsamen Rechtsvertreter beider Beschwerdeführerinnen deren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat (vgl. 3.1.5.6, E.3.2 f., 3.2.6, 3.3 hiervor), weshalb die Beschwerdeführerin insoweit aus ihren formellen Vorbringen im vorliegenden Zusammenhang nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Zudem fällt das beschriebene Näheverhältnis zwischen den Beschwerdeführerinnen

bzw. der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 im materiellen Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung keine Privilegierung gegenüber der Beschwerdeführerin 2 im Sinne einer vorgezogenen Feststellung, wonach sie nicht sanktioniert werden darf, hat erwirken können (vgl. Zwischenverfügung vom 16. Juli 2018 im Verfahren B-6998/2016, E. 5.4-5.6), auch im vorliegenden Zusammenhang nicht zugunsten der Beschwerdeführerin 1 ins Gewicht.

4.3 Zusammenfassend erweist sich die Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 im Grundsatz als angemessen und verhältnismässig; der Antrag der Beschwerdeführerin 1 betreffend die gänzliche Untersagung der Publikation in der "Publikationsversion WEKO" ist damit abzuweisen. Auch dass damit die Befugnis der Wettbewerbskommission verbunden ist, gestützt auf Art. 55 Abs. 2 VwVG einer gegen ihre Publikationsverfügung gerichteten Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, beruht auf Art. 48 KG in Verbindung mit der Befugnis zur direkten Sanktionierung, was wiederum Ausfluss des das geltende Recht prägenden Administrativmodells ist.

5.

Die Beschwerdeführerin 2 beantragt, die "Publikationsversion WEKO" zur Neubeurteilung der Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde B-6714/2017, Antrag 3).

Im Regelfall entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst. Nur ausnahmsweise weist es die Angelegenheit (mit verbindlichen Weisungen) an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung an die WEKO zur Vornahme einer erneuten Beurteilung insbesondere der Geschäftsgeheimnisse drängt sich im vorliegenden Fall nicht auf, da sich die Parteien im Beschwerdeverfahren umfassend geäussert haben, der Sachverhalt richtig und vollständig erhoben wurde und das Bundesverwaltungsgericht insoweit mit voller Kognition entscheidet (vgl. das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.4 sowie die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 im vorliegenden Verfahren E. 4.4.2). Nachfolgend ist die "Publikationsversion WEKO" daher durch das Gericht einer Überprüfung im Hinblick auf die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen und Personendaten zu unterziehen.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerinnen beantragen, Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung betreffend die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung "Publikationsversion WEKO" sei aufzuheben. Eventualiter sei die Sanktionsverfügung unter Vornahme weiterer Abdeckungen in der "RPW/DPC" zu veröffentlichen (Beschwerde B-6291/2017 Anträge 4, 7; Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017 Anträge 4, 7; Beschwerde B-6714/2017 Anträge 3, 5). Eine Publikation in der "RPW/DPC" sei ausserdem höchstens im gleichen Umfang wie die "Internetversion BVGer II" zulässig (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 29. August 2018; Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 31. August 2018, jeweils Antrag 1).

6.2 Am 17. Mai 2018 publizierte die WEKO die Publikationsverfügung in der Fassung "Internetversion BGer"

gemäss bundesgerichtlicher Anordnung vom 8. Mai 2018 (Verfahren 2C_321/2018) auf ihrer Homepage (vgl. Sachverhalt Bst. J.e und J.f). Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 7. August 2018 auf eine Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. März 2018 betreffend vorsorgliche Publikation nicht eingetreten ist (vgl. Sachverhalt Bst. J.g), bleibt vorliegend insbesondere zu prüfen, ob und inwieweit in der Publikationsversion für die "RPW/DPC" weitere Details offengelegt werden können resp. welche Passagen Geschäftsgeheimnisqualität aufweisen oder aufgrund des Persönlichkeitsschutzes abgedeckt zu bleiben haben.

6.3 Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung - wie vorliegend - insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben den betroffenen Unternehmen die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird. Dazu gehören namentlich der Schutz der Geschäftsgeheimnisse nach Art. 25 Abs. 4 KG sowie - subsidiär - der Schutz von nicht als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierenden Personendaten nach dem Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1; vgl. zur Gültigkeit des DSG für Verfügungen der WEKO Art. 7a Abs. 1 lit. a und Art. 8a Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1] i.V.m. Art. 18 f. KG; vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.6 und 6.1 ff.; Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.2). Die Geschäftsgeheimnisse sind absolut zu schützen (vgl. sogleich E. 6.3.1), die schutzwürdigen persönlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen nach dem Datenschutzgesetz in einem Umfang, welcher aufgrund einer Verhältnismässigkeitsprüfung festzulegen ist (vgl. nachfolgend E. 6.3.2).

6.3.1 Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bilden (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. "un intérêt légitime" bzw. "un interesse legittimo" (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Das Interesse an der Geheimhaltung stellt ein objektives Kriterium dar; massgebend ist insofern, ob die Informationen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.2.1 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 marché du livre en français E. 4.2; Urteil des BGer 1C_665/2017 vom 16. Januar 2019 E. 3.3). Die Unterschützstellung eines Geheimnisses, das einen kartellrechtswidrigen Inhalt hat, ist nicht möglich. Nicht geheimhaltungswürdig sind deshalb Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen; dabei ist einzelfallweise dem Ziel der Publikation Rechnung zu tragen, da es der Öffentlichkeit erlaubt sein soll, die Motive der WEKO zu verstehen (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.2.3 mit Hinweisen). Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss sich auf geschäftlich relevante Informationen beziehen, d.h. Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen; entscheidend ist, ob die

geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.3 mit Hinweisen). Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und Beziehungen (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_499/2017 *marché du livre en français* E. 4.2).

Keine Geschäftsgeheimnisse sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung, die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung amtlich zu publizieren sind. Dabei muss das nach der Darstellung der Vorinstanz kartellrechtswidrige Verhalten so umschrieben sein, dass Dritte sich von der geplanten Untersuchung ein Bild machen können, um entscheiden zu können, ob sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 43 KG). Wenn schon im Rahmen der Untersuchung die Offenlegung zulässig ist, gilt das erst recht für die Sanktionsverfügung (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.1; Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BVGer B-6547/2014 *marché du livre en français* E. 4.1). Auch liegt in der Nennung des Namens einer Partei bei einem öffentlichen Interesse kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vor (Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 8.4.1 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268). Ebenso wenig steht ein drohender Reputationsschaden der Offenlegung der Identität entgegen; vor allem kann dieser nicht dazu führen, dass im Rahmen der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Publikation eine materielle Überprüfung der Rechtmässigkeit der Sanktion erfolgt (Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 6.5.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteile des BVGer B-5858/2014 *Luftfracht I* E. 5.1, B-5114/2016 *Autohandel I* E. 3.2). Nicht anders verhält es sich, wenn die Rechtsbeständigkeit der Sanktionsverfügung in Frage gestellt wird (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4, Urteil des BVGer B-5114/2016 *Autohandel I* E. 3.2).

Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere das objektive Geheimhaltungsinteresse, gegeben sind, kommt der beurteilenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu berücksichtigen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt; es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden. Allerdings wird die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht verletzt, wenn dieses verschleiert oder ungenau formuliert wird. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen; dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag gemäss Art. 48 KG, verständliche

und nachvollziehbare Verfügungen zu veröffentlichen, Rechnung getragen werden (Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268; Urteil des BGer 2C_499/2017 E. 4.2). Strukturelle Bestandteile einer Verfügung der WEKO sind nicht abzudecken (vgl. Urteil des BGer 2C_499/2017 *marché du livre en français* E. 5.4 *in fine*).

6.3.2 Das Datenschutzgesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSGVO); mithin gelten die Vorschriften des Gesetzes für persönliche Daten, deren Bearbeitung den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen könnte. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person beziehen. Art. 48 Abs. 1 KG bildet die nach Art. 19 Abs. 1 DSGVO erforderliche formell gesetzliche Grundlage, um Personendaten zu veröffentlichen. Soweit die in Frage stehenden (Personen-)Daten keine Geschäftsgeheimnisse darstellen, ist aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob wesentliche öffentliche Interessen für oder offensichtlich schutzwürdige Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 DSGVO gegen eine Veröffentlichung sprechen (BGE 142 II 268 Nikon E. 6.1, 6.4.2 und 6.4.3; Urteile des BVGer B-5858/2014 *Luftfracht I* E. 3.7 mit Hinweisen, B-6547/2014 *marché du livre en français* E. 5.1 f.).

6.3.3 Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im öffentlichen Recht nicht anwendbar (vgl. das Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 7.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268).

6.4 Die Vorinstanz bringt zur geplanten Publikation in der "RPW/DPC" im Wesentlichen vor, sie habe die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Abdeckungen geprüft und in ihrer "Publikationsversion WEKO" berücksichtigt. Darin seien diejenigen Textpassagen abgedeckt, welche als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien. Abgedeckt oder soweit möglich mit Bandbreiten versehen seien gemäss den rechtlichen Anforderungen insbesondere Informationen zu individuellen Marktanteilen und Umsätzen einzelner Unternehmen. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen seien Informationen zur Identität der Adressatinnen der Sanktionsverfügung sowie sämtliche Beschreibungen des kartellrechtswidrigen Verhaltens und die entsprechende rechtliche Würdigung nicht abgedeckt, da diese Informationen keine Geschäftsgeheimnisse darstellten. Ob die Sachverhaltsfeststellungen und deren rechtliche Bewertung korrekt seien, sei für die Beurteilung als Geschäftsgeheimnis irrelevant und nicht Gegenstand des Streits über die Publikation (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 42 f.).

Inwieweit sich juristische Personen auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts berufen könnten, sei nicht abschliessend geklärt. Da die X-_____-Gesellschaften ihr pauschales Vorbringen in Bezug auf den Schutz der Persönlichkeit nicht hinsichtlich einzelner Abdeckungen in der "Publikationsversion X_____" begründet hätten, habe die WEKO die Sanktionsverfügung im Hinblick auf mögliche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten ge-

prüft. Zum Schutz der Persönlichkeit abgedeckt worden seien die Namen von natürlichen Personen; die Abdeckungen seien allenfalls mit einer allgemeinen Umschreibung «[Vertreter der Beschwerdeführerinnen]» bzw. z.B. «[Vertreter einer Verfügungsadressatin]» (Sanktionsverfügung Rz. 6) versehen worden. Weitere Abdeckungen zum Schutz der Persönlichkeit der Beschwerdeführerinnen und ihrer Vertreter seien nicht vorzunehmen, da der Schutz der Geheimnissphäre bereits im Rahmen der Geschäftsgeheimnisbereinigung vorgenommen worden sei. Widerrechtliche Reputationsschäden seien nicht zu erwarten (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 46 f., 49 f.).

6.5 Die Beschwerdeführerinnen machen einerseits geltend, die Vorinstanz begründe den Kartellrechtsverstoss über weite Strecken mit Vorkommnissen, die vor der Revision des Kartellgesetzes, mit welcher die gesetzliche Grundlage für das Sanktionieren von Unternehmen geschaffen worden sei, stattgefunden hätten. Es sei nicht nachvollziehbar, welchem öffentlichen Interesse eine Publikation von Sachverhaltsdarstellungen, welche sich auf die Zeit vor Einführung der Kartellsanktionen beziehen, dienen solle. Zudem habe die Vorinstanz den Markt räumlich falsch abgegrenzt und unbeachtet gelassen, dass die Beschwerdeführerin 1 am Kartellrechtsverstoss gar nicht teilnehmen können. Die WEKO habe sich auf den örtlich relevanten Markt See-Gaster, March und Höfe beschränkt. Die von der Vorinstanz vorgeschlagene Publikationsversion lasse vermuten, dass auch sie sich im Gebiet See-Gaster betätigt habe, was nachweislich nie der Fall gewesen sei (vgl. Beschwerdeergänzung vom 1. Dezember 2017 B-6291/2017 Rz. 1 f.). Es sei von einem weiten Begriff des Geschäftsgeheimnisses auszugehen: Wolle ein Unternehmen Tatsachen berechtigterweise geheim halten, sei anzunehmen, dass diese Informationen für das Unternehmen von zentraler Bedeutung seien, mithin die Bekanntmachung der Tatsache zu einer Wettbewerbsverzerrung führen bzw. den Marktvorteil des Geheimnissinhabers einschränken würde. Unternehmen müssten den Wettbewerbsbehörden Daten, welche für ihre Wettbewerbsfähigkeit von Bedeutung seien, in der Sicherheit anvertrauen können, dass weitere Verfahrensbeteiligte sowie die Öffentlichkeit nicht von diesen Geheimnissen erfahren. Dies werde auch in der Literatur so ausgeführt (vgl. SIMON BANGERTER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 25 N 45 f.). Eine Veröffentlichung der Sanktionsverfügung in der Version der Vorinstanz würde Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerinnen verletzen (Beschwerde B-6291/2017 Rz. 47 ff.; Beschwerde B-6714/2017 Rz. 31 ff.).

Als private Interessen an der Geheimhaltung der beantragten Passagen benennen die Beschwerdeführerinnen ihre Reputation, die aktuelle Unternehmensnachfolgeplanung sowie drohende Wettbewerbsnachteile und Schadenersatzforderungen (vgl. insb. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 34). Beide zu publizierenden Versionen der Sanktionsverfügung der WEKO ("Internetpublikation WEKO" und "Publikationsversion WEKO") seien nicht anonymisiert, enthielten eine falsche und unnötige Sachverhaltsdarstellung und würden Geschäftsgeheimnisse offenlegen. Die fehlende

Anonymisierung verletze die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerinnen schwer, da ihre Firmen direkt "mit einzelnen Vorwürfen und Geschäftsgeheimnissen in Verbindung gebracht" würden. Zudem würden mit einer Publikation insbesondere für den Zeitraum von 1977 bis 2002 öffentlich unwahre rechtswidrige Aktivitäten unterstellt. Dabei habe die Vorinstanz bei der Publikation von Verfügungen, die noch nicht rechtskräftig seien, Zurückhaltung zu üben (Eingabe vom 8. Dezember 2017 B-6714/2017 Rz. 9 f.; Eingabe vom 15. Dezember 2017 B-6291/2017 Rz. 13). Hierzu berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. das Urteil des BVerG B-5936/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht VIII E. 3.3.6).

6.6 Ausgehend von der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 bzw. der "Internetversion BVerG II" werden nachfolgend insbesondere die bislang abgedeckten Passagen der Sanktionsverfügung gemäss den Anträgen der Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz einer eingehenden Prüfung auf das Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen und schützenswerten Personendaten unterzogen. Die in der "Internetversion WEKO" zugunsten [dieser weiteren Verfügungsadressatin] abgedeckten Stellen sind in der "Internetversion BVerG II" aus prozessualen Gründen ohne materielle Prüfung abgedeckt geblieben, soweit deren Abdeckung auch seitens der Beschwerdeführerinnen verlangt worden ist ("blaue Markierungen" in der "Internetversion BVerG II"; vgl. dazu die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 12. März 2018 E. 5.1, 5.9.3). Nachdem die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft der gegenüber [dieser weiteren Verfügungsadressatin] erlassenen Publikationsverfügung die Offenlegung der "blauen Markierungen" beantragt, ist nun darüber zu entscheiden, ob diese abgedeckt bleiben sollen. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, dass durch eine weitergehende Publikation als jene gemäss der "Internetversion BVerG" - resp. der "Internetversion BVerG II" - der Endentscheid im Sanktionsverfahren (B-6998/2016) präjudiziert würde (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 27 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 33-35), erweist sich in diesem Zusammenhang als unbehelflich. Genauso, wie die fehlende Rechtskraft einer Publikation insgesamt nicht entgegensteht (vgl. E. 4.2.4, 4.2.7 f. hiervor) und im Rahmen einer Überprüfung der Publikationsverfügung nicht die materielle Rechtmässigkeit der Sanktionsverfügung zu prüfen ist (vgl. E. 4.2.8 hiervor), kann die Beschwerdeführerin auch in Bezug auf einzelne Passagen - sie bezeichnet die vorinstanzlichen Vorwürfe in diesem Zusammenhang als "fake news" - keine Ansprüche aus ihren materiellen Rügen ableiten. Die nachfolgende Prüfung der bisher abgedeckten Passagen erfolgt gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen und die Rechtsprechung unabhängig vom hängigen Rechtsmittelverfahren betreffend die Sanktionsverfügung.

Die nachfolgenden Kategorien (E. 6.6.1 - 6.6.5) leiten sich aus den Abdeckungsanträgen der Beschwerdeführerinnen gemäss Beilagen vom 8. Dezember 2017 (Beschwerdeführerin 2) und 15. Dezember 2017 (Beschwerdeführerin 1) und den Abdeckungen gemäss der "Internetversion BVerG II" ab:

6.6.1 Gemäss der angefochtenen Publikationsverfügung wird nicht nur die Identität der Beschwerdeführerin 2, sondern auch diejenige der Beschwerdeführerin 1 offen gelegt. Ausserdem wird die Umstrukturierung des Unternehmens X_____ und damit die Übertragung der operativen Bautätigkeit beschrieben.

6.6.1.1 Dazu führt die Vorinstanz aus, gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfe die Identität der Untersuchungs- und Verfügungsadressatinnen bei der Publikation einer Sanktionsverfügung offengelegt werden (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 5.1, 6.4.3; Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 8.4.1., nicht publiziert in BGE 142 II 268). Daran ändere nichts, dass noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage vorliege, ob eine nach dem Kartellrechtsverstoss gegründete unternehmenstragende Gesellschaft für die Zahlung einer Sanktion herangezogen werden könne. Das Bundesgericht habe klargestellt, dass die Frage, ob eine publizierte Sanktionsverfügung rechtlich korrekt sei, einzig in einem allfälligen Hauptsacheverfahren betreffend die Sanktionsverfügung zu klären sei (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4; Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.4, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Mit anderen Worten könne die Frage der Zulässigkeit der Heranziehung der Beschwerdeführerin 1 zur Zahlung der Sanktion für das vorliegende Rechtsmittelverfahren, welche die Rechtmässigkeit der Publikation zum Gegenstand habe, keine Rolle spielen (Vernehmlassung vom 9. April 2018, Rz. 26; vgl. auch angefochtene Verfügung Rz. 50). Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin 1 am 23. Mai 2018 selbst die Öffentlichkeit darüber informiert habe, dass sie Adressatin der zu publizierenden Sanktionsverfügung sei und eine Sanktion zu zahlen habe. Vor diesem Hintergrund sei es rechtsmissbräuchlich, sich auf ein Recht auf Anonymisierung zu berufen (vgl. Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 Rz. 19). Zur in der Sanktionsverfügung thematisierten Umstrukturierung des Unternehmens X_____ bringt die WEKO vor, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.2.1) seien alle Informationen offenzulegen, welche sich aus allgemein zugänglichen Quellen (z.B. Internet, Presse, Handelsregister etc.) ergeben würden, wie etwa vorliegend die aus dem Handelsregister ersichtlichen Geldsummen, welche im Rahmen der Umstrukturierung des Unternehmens X_____ geflossen seien (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. 190 vom 2. Oktober 2014; Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 40). Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht begründet, weshalb die Offenlegung der in der Sanktionsverfügung enthaltenen Informationen betreffend die Umstrukturierung Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens X_____ haben könnte, zumal diese und damit die Übertragung des operativen Geschäfts nunmehr rund fünf Jahre zurückliege (Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 41).

6.6.1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 ausgeführt, die Beschwerdeführerin 1 habe keinen Anspruch darauf, dass der Text so anonymisiert werde, dass Rückschlüsse auf die Identität der Beschwerdeführerin 1 ausgeschlossen werden können (Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.5 *in fine*; vgl. *mutatis mutandis* das

Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Indessen erweise sich die Rüge, die erst im Jahre 2014 gegründete Beschwerdeführerin 1 habe Anspruch auf Anonymisierung, *prima facie* als nicht offensichtlich unbegründet. Ihrem Begehren sei betreffend die Internetversion einstweilen insoweit teilweise zu entsprechen, als sie mit "X_____AG" zu anonymisieren sei, was sich etwa auf die Publikation der Sanktionsverfügung in Bezug auf Rz. 10 ff. auswirke. Damit werde auch dem Umstand, dass die zu beurteilende Konstellation ausserhalb des durch BGE 142 II 268 Nikon Gesicherten liege, Rechnung getragen. Ebenso seien das genaue Datum der Gründung der Xz_____AG, dasjenige des Übertragungsvertrags wie auch der Kaufpreis nicht offenzulegen (vgl. die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.5). Soweit die Beschwerdeführerinnen behaupteten, die Umstrukturierung im Rahmen der Gründung der Beschwerdeführerin 1 stelle mehr oder weniger integral ein Geschäftsgeheimnis dar, könne ihr demgegenüber nicht gefolgt werden. Die im Handelsregister beschriebenen Vorgänge seien hingegen einstweilen insofern nicht vollständig wiederzugeben, als die Geldsummen benannt würden, welche in diesem Zusammenhang geflossen seien. Ebenfalls nicht genau zu benennen seien die Daten betreffend die Gründung der Beschwerdeführerin 1, den Übertragungsvertrag und die präzise Aufnahme der Geschäftstätigkeit (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 11 ff.). Offenzulegen seien demgegenüber unter Abdeckung der Namen von natürlichen Personen und der Höhe des Kaufpreises die Beteiligungsverhältnisse und die Darstellung der Vorinstanz betreffend die personellen Überschneidungen in Bezug auf die Organe (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 1132, 1174 und 1176; vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.5 und E. 5.8.7).

6.6.1.3 Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, darf gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Identität der Untersuchungs- und Verfügungsadressatinnen bei der Publikation einer Sanktionsverfügung offengelegt werden; es handelt sich mithin nicht um ein Geschäftsgeheimnis. Die WEKO gab mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 23. April 2013 (SHAB Nr. 77 vom 23. April 2013) und im Bundesblatt vom 30. April 2013 (BBI 2013 2999) bekannt, ihr Sekretariat habe am 15. April 2013 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die [betroffenen Bauunternehmen] eröffnet. Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung auf die Beschwerdeführerin 2 (Xy_____AG) und [ein weiteres Bauunternehmen] aus, was es im Bundesblatt vom 5. November 2013 bekanntgab (BBI 2013 8427). Die 2013 neu gegründete und im Handelsregister eingetragene Beschwerdeführerin 1 (Xz_____AG) wurde in diesen Bekanntmachungen nicht namentlich genannt, was im Übrigen darauf hinweist, dass die Vorinstanz entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen sehr wohl unterscheidet zwischen der Beschwerdeführerin 2, welcher Verstösse gegen das Kartellgesetz vorgeworfen werden, und der Beschwerdeführerin 1, die - obwohl als kartellrechtswidrig handelndes Unternehmen schon zeitlich nicht in Betracht kommend - als solidarisch mithaftend ins Recht gefasst wird. Mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 (E. 5.7.5) ist dazu festgehalten worden, die im Sankti-

onsverfahren zu beurteilende Frage werde sein, ob die Beschwerdeführerin 1 trotz fehlender "Tätereigenschaft" im Sinne solidarischer Auferlegung der Sanktion ins Recht gefasst werden könne (vgl. zum Ganzen auch die Zwischenverfügung B-6998/2016 vom 16. Juli 2018 E. 4.6 sowie E. 4.2.8 hiervor). Aus der Nikon-Rechtsprechung ergibt sich nun einerseits, dass die Beschwerdeführerin 2 keinen Anspruch darauf hat, dass ihr Name nicht genannt wird (Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 8.4.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Andererseits muss die WEKO gegenüber Unternehmen, denen nicht "Tätereigenschaft" vorgeworfen wird, auch keine Voruntersuchung eröffnen. Das bedeutet aber nicht, dass Unternehmen, welche nicht Gegenstand einer Voruntersuchung waren, in der Sanktionsverfügung allein schon deshalb nicht namentlich genannt werden dürfen (vgl. mutatis mutandis Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268, sowie das Urteil des BVGer B-6547/2014 marché du livre en français E. 5.5.1).

6.6.1.4 Jedenfalls stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 nicht einen Anspruch auf Anonymisierung hat, weil ihr selbst keine Verstösse gegen das Kartellgesetz vorgeworfen werden können. Die Vorinstanz macht dazu - etwas vereinfachend zusammengefasst - geltend, dass die Beschwerdeführerseite im Rechtsmittelverfahren gegen die Publikationsverfügungen ebenso wenig rechtlich prüfen lassen könne, ob der Beschwerdeführerin 1 die Sanktion zu Recht unter solidarischer Haftung mitaufgelegt worden ist, wie sie unmittelbare Aussagen zur Frage erzwingen kann, ob die Sanktionierung der Beschwerdeführerin 2 zu Recht erfolgt ist. Die Beschwerdeführerin 1 stellt sich auf den gegenteiligen Standpunkt, indem sie geltend macht, sie hätte mangels "Zulässigkeit als Verfügungsadressatin" gar nie in das Sanktionsverfahren einbezogen werden dürfen.

6.6.1.5 Zur Restrukturierung 2013/2014 wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, am 20. März 2013 habe die Beschwerdeführerin 2 die Beschwerdeführerin 1 als Tochtergesellschaft gegründet; diese sei gemäss Handelsregister in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau tätig. Demgegenüber sei der Zweck der Beschwerdeführerin 2 im Jahre 2014 dahingehend geändert worden, dass diese seitdem laut Handelsregister den Erwerb, die Verwaltung und den Verkauf von Beteiligungen an Unternehmen bezwecke (Sanktionsverfügung, Rz. 11). Damit ist klar, dass die Beschwerdeführerin 1 schon aus zeitlichen Gründen gar nicht als "Täterin" dargestellt werden kann. Aber die Frage, ob es zulässig ist, ihr in solidarischer Haftung eine Sanktion aufzuerlegen, ist, wie die Vorinstanz ausführt, "bisher kaum geklärt" (Sanktionsverfügung, Rz. 1133), was zwar das Publikationsinteresse begründet, aber noch nichts über die Anonymisierung sagt (vgl. zum Ganzen E. 4.2.8 hiervor sowie die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 12. März 2018 E. 5.7.5). Das Gericht ist mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2018 im Verfahren B-6998/2016 davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin 1 aufgrund ihres Näheverhältnisses zur Beschwerdeführerin 2 eine gewisse Reputationseinbusse hinzunehmen habe (vgl. dort E. 5.4). Eher gegen die Anonymisierung spricht der Umstand, dass der Be-

schwerdeführerin 1 neben der Sanktion auch Verhaltenspflichten auferlegt worden sind, weil sie von der Beschwerdeführerin 2 das operative Baugeschäft übernommen hat. Für die Beschwerdeführerinnen ungünstig erweist sich in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass es nicht unwesentliche personelle Verflechtungen gibt in Bezug auf die Organschaft der beiden Beschwerde führenden Gesellschaften. [Der Vertreter der X_____ -Gesellschaften] bezeichnet sich in der Medienmitteilung der Beschwerdeführerinnen vom 30. Mai 2018 in diesem Sinne selbst als Inhaber sowohl der Beschwerdeführerin 1 als auch der Beschwerdeführerin 2. Es gibt zudem ein nicht zu vernachlässigendes öffentliches Interesse an der Nachvollziehbarkeit der Verflechtungen der Unternehmen der beiden Beschwerdeführerinnen mutatis mutandis entsprechend der Digitec-Konstellation im Urteil "Nikon" des Bundesgerichts in Bezug auf die Nachvollziehbarkeit des Untersuchungsablaufs (vgl. Urteil des BGer 2C_1065/2014 Nikon E. 5.3.5.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Ob angesichts dieser Umstände ein Anspruch auf Anonymisierung besteht, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben.

6.6.1.6 Der vorliegende Fall ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen der Medienmitteilung vom 30. Mai 2018 selbst bekannt gegeben hat, neben der Beschwerdeführerin 2 ebenfalls Adressatin der Sanktionsverfügung zu sein, womit sie ihre Anonymität selbst aufgehoben hat. Weniger deutlich wird das entgegen den Ausführungen der Vorinstanz demgegenüber aus der Medienmitteilung der Beschwerdeführerin aufgrund der dortigen Ausführungen betreffend die "X_____ AG" [Es wird also nicht klar, ob die Xy_____ AG oder die Xz_____ AG oder beide gemeint sind]. "Die X_____ AG" unterstreiche, "dass sie im Bezirk See-Gaster nicht tätig" gewesen sei. In den Bezirken Höfe und March sei sie ausserdem "nie an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt" gewesen. In aller Klarheit wird demgegenüber gemäss Medienmitteilung vom 30. Mai 2018 festgehalten, die Beschwerdeführerinnen "kämpfen dagegen an", dass "unsere Tochtergesellschaft, die Xz_____ AG mit Gründungsjahr 2013, für allfällige Vergehen aus den Jahren 2006 bis 2009 und damit für einen Zeitraum vor der Firmengründung, verantwortlich gemacht werden kann". Aus diesem Grunde habe man auch die vorliegend zu beurteilende Publikationsverfügung angefochten.

6.6.1.7 In ihren Eingaben vom 16. August 2018 (Rz. 2) und vom 17. September 2018 (Rz. 29-32) führt die Beschwerdeführerin 1 aus, sie habe die Medienmitteilungen vom 23. und 30. Mai 2018 aufgrund der Äusserungen der Vorinstanz in der Lokalpresse respektive aufgrund der einseitigen Presseberichterstattung "in Notwehr" veröffentlicht (vgl. auch Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 2). Bereits am 13. September 2017 seien im "Höfner Volksblatt" Details zur auferlegten Sanktionssumme und den Verfahrenskosten veröffentlicht worden. Ebenfalls sei am 15. Februar 2018 ein weiterer Artikel im "Höfner Volksblatt" erschienen, der sich zu der Höhe von Auftragsvolumen geäussert habe, welche sich die acht Betriebe [erschlichen] hätten (Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018 Rz. 14 ff., Beilagen 2-3). Nach der

Publikation der "Internetversion BGer" (am 17. Mai 2018) haben die Beschwerdeführerinnen einen "Shitstorm" über sich ergehen lassen müssen. Die Publikation der Sanktionsverfügung hätte für den Journalisten des Höfner Volksblattes kein Hindernis dargestellt, um über Nacht eine einseitige, reisserische und rufschädigende Story über die Beschwerdeführerinnen zu verfassen. So sei auch nicht zwischen den Unternehmen der beiden Beschwerdeführerinnen differenziert worden (Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 20 ff.; Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 14 ff.). Mit Eingabe vom 17. September 2018 präzisiert dann die Beschwerdeführerin 1, dass die ersten Medienberichtserstattungen innert 24 Stunden nach erfolgter Publikation der "Internetversion BGer" am 17. Mai 2018 in den regionalen an die Bezirke March und Höfe angrenzenden Zeitungen erschienen seien. Während sich diese Berichterstattung neutral und informativ gestaltet hätte, sei dies bei den Artikeln im Höfner Volksblatt - die Beschwerdeführerin 1 bezieht sich hierbei auf Artikel des "Höfner Volksblatts" vom 22. bis 24. Mai 2018 - nicht der Fall gewesen. So sei es den Journalisten innert kürzester Frist - trotz der 400-seitigen Sanktionsverfügung - gelungen, eine einseitige und für die Beschwerdeführerin 1 und deren Familie rufschädigende Story zu veröffentlichen, welche in den Folgetagen durch weitere Berichte, welche die Beschwerdeführerin 1 an den Pranger stellten, angeheizt wurde. Die Beschwerdeführerin 1 gehe davon aus, dass Journalisten entsprechende Informationen von Personen mit Insider-Kenntnissen erhalten haben (Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018 Rz. 14-18, 23, Beilagen 4-6). Mit ihrer eigenen Medienmitteilung vom 23. Mai 2018 hätten die Beschwerdeführerinnen versucht, den entstandenen Schaden zu mindern (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August Rz. 19, 23 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018 Rz. 18 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 17 f.). Aufgrund der weiterhin anhaltenden einseitigen und undifferenzierten Berichterstattung hätte die Beschwerdeführerin 2 am 30. Mai 2018 eine erneute Medienmitteilung publizieren müssen, welche u.a. die Inexistenz der Beschwerdeführerin 1 zur Zeit des Kartellverstosses aufgegriffen hatte (Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018 Rz. 20 f.). Die Beschwerdeführerinnen hätten jedoch gegenüber der Öffentlichkeit - entgegen der Behauptungen der Vorinstanz - nie kommuniziert, dass sie eine Sanktion zu zahlen hätten, und die Medienmitteilungen seien lediglich von einem lokal begrenzten Adressatenkreis wahrgenommen worden. Nach wie vor habe die Beschwerdeführerin 1 ein Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität und weiterer Geschäftsgeheimnisse (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August Rz. 39 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018 Rz. 18, 21-28; vgl. auch Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 32 f.).

6.6.1.8 Zusammenfassend begründen die Beschwerdeführerinnen ihre Kommunikation mit der reisserischen lokalen Presseberichterstattung, wobei sie der Vorinstanz vorwerfen, die Presse in unstatthafter Weise mit Informationen bedient zu haben. Soweit die Beschwerdeführerin 2 in Frage steht, ist ein Bedürfnis nach eige-

ner Medienkommunikation nachvollziehbar. Das ist indessen hier nicht der entscheidende Punkt. Nur wenn spezifisch in Bezug auf die Beschwerdeführerin 1 ein Kommunikationsbedarf bestanden hat, kann dieser im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerinnen als "Notwehr" dahingehend verstanden werden, dass sich durch die selbst gewählte Aufhebung der Anonymität nichts am schützenswerten Interesse der Beschwerdeführerin 1 an der Anonymisierung ändert. Diesbezüglich machen die Beschwerdeführerinnen zunächst geltend, es sei in der Berichterstattung nicht sauber zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 unterschieden worden. Diesbezüglich verhalten sie sich indessen offensichtlich widersprüchlich, da ihre Medienmitteilung vom 23. Mai 2018 ebenfalls unpräzise von der "X_____AG" spricht, obwohl die Beschwerdeführerin 2 gemeint sein muss. Ausserdem wird für weitere Auskünfte ausdrücklich auf [den Vertreter der X_____Gesellschaften] bzw. die Beschwerdeführerin 1 (und nicht etwa auf die Beschwerdeführerin 2) verwiesen. Das zweite möglicherweise relevante Thema in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 zum Zeitpunkt der Kartellrechtsverstösse unbestrittenermassen noch gar nicht existiert hat, weshalb ihr kein Kartellrechtsverstoss vorgeworfen werden kann (vgl. dazu bereits die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 12. März 2018 E. 5.7.5 sowie E. 6.6.1.3 ff. hiervor). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass in der Presseberichterstattung durchwegs von der "X_____AG" die Rede ist, nicht aber spezifisch von der Beschwerdeführerin 1. Zweitens wird in der Presse nicht spezifisch auf die Situation der Beschwerdeführerin 1 eingegangen. Eine "Notwehrsituation", wie sie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, könnte also nur soweit entstehen, als die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 Kartellrechtsverstösse vorwirft, was aber nicht der Fall ist. Vielmehr geht die Vorinstanz davon aus, dass sie die Beschwerdeführerin 1 sanktionieren muss oder zumindest darf, weil Letztere nach der Darstellung der WEKO von der Beschwerdeführerin 2 Aktiven und Passiven übernommen und seitdem für den Betrieb des Strassen- und Tiefbauunternehmens zuständig ist (angefochtene Verfügung Rz. 1132; vgl. auch Rz. 1146, 1175 und 1344). Nur durch den Umstand, dass ihr die Sanktion unter solidarischer Haftung mitauf-erlegt wird, wird die Beschwerdeführerin 1 zur Verfügungsadressatin. Die Beschwerdeführerinnen sind demgegenüber der Meinung, dass die Beschwerdeführerin 1 nie ins Verfahren hätte einbezogen werden dürfen, was im Verfahren B-6998/2016 zu prüfen sein wird (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer vom 16. Juli 2018 im Verfahren B-6998/2016 E. 4.7 f.). Da die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1 nicht als kartellrechtswidrig handelndes Unternehmen gebrandmarkt hat, gab es auch keinen Anlass, spezifisch darauf hinzuweisen, dass diese "für allfällige Vergehen aus den Jahren 2006 bis im Jahr 2009" nicht "verantwortlich gemacht werden kann". Sie wird gerade nicht verantwortlich gemacht, sondern es wird ihr die Sanktion mitauf-erlegt. Damit handelt es sich in der gemeinsamen Kommunikation der Beschwerdeführerinnen nicht um das Ergebnis einer "Zwangslage", welche als "Notwehr" zur Folge hätte, dass dadurch das schützenswerte Interesse an der Anonymisierung aufrechterhalten wird. Demnach hilft es

der Beschwerdeführerin auch nicht, dass die Kenntnisnahme ihrer Medienmitteilungen auf den lokalen Kontext beschränkt geblieben ist. Damit kann offen bleiben, welche Bedeutung diesbezüglich namentlich den Zeitungsartikeln zukommt, auf welche die Beschwerdeführerinnen mit ihren Medienmitteilungen reagiert haben (vgl. die Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 17. September 2018, Beilagen 2-6 und zusätzlich etwa "Bote der Urschweiz" vom 31. August 2018, "Die Veröffentlichung des Weko-Berichts war rechtens"; "Einsiedler Anzeiger" vom 31. August 2018, "Publikation ist rechtens"). Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach für die Publikation in der "RPW/DPC" kein anderer Massstab angesetzt werden dürfe als für die Online-Publikation der "Internetversion BVGer II" (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 29. August 2018; Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 31. August 2018, jeweils Antrag 1), sind ebenfalls unbegründet. Die Abdeckungen gemäss der Zwischenverfügungen vom 12. März und der Verfügung vom 18. April 2018 (Internetversionen BVGer I und II) basieren auf einer vorsorglichen Prüfung, während im vorliegenden Zusammenhang nunmehr eine vollständige Beurteilung vorzunehmen ist (vgl. E. 2.3 hiervor).

6.6.1.9 Da nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beschwerdeführerin 1 mehr an einer Geheimhaltung ihrer Identität besteht, ist diese offenzulegen (vgl. das Urteil des BVGer B-6547/2014 *marché du livre en français* E. 4.2.1 und 5.5.1). Ebenso sind die in diesem Zusammenhang in der Sanktionsverfügung genannten öffentlich zugänglichen Quellen (Handelsregistereintrag und Homepage der Beschwerdeführerin 1, vgl. Sanktionsverfügung Fn. 12, Fn. 14-17) offenzulegen.

6.6.1.10 Dasselbe gilt als logische Folge der Nichtanonymisierung der Beschwerdeführerin 1 selbst auch für die aus dem Handelsregister ersichtlichen Daten der Gründung sowie des Übertragungsvertrags, welche auch insofern zum rechtserheblichen Sachverhalt gehören, als nur dadurch die rechtlich zu würdigende Umstrukturierung nachvollziehbar gemacht werden kann. Ausserdem ist nicht nur der Handelsregistereintrag, sondern auch der Internetauftritt der Beschwerdeführerinnen allgemein zugänglich (BGE 142 II 268 *Nikon* E. 5.2.2.1). Demgegenüber können die in Frage stehenden Geldbeträge, worunter der Kaufpreis, und der Ort der Zweigniederlassung verschleiert werden (Sanktionsverfügung Rz. 11 und 12), da diese Daten nicht den rechtlich relevanten Sachverhalt betreffen. In diesem Sinne kann die in Rz. 12 der Sanktionsverfügung umschriebene Gegenleistung, welche die Beschwerdeführerin 1 (Xz_____AG) an die Beschwerdeführerin 2 (Xy_____AG) bei dieser Umstrukturierung auszurichten hatte, mit "[Differenz zwischen Aktiven und Passiven]" umschrieben werden, da auf diese Weise die Umstrukturierung nachvollziehbar bleibt. Die offenzulegenden Angaben haben auch keinen Einfluss auf das Geschäftsergebnis resp. die Konkurrenzfähigkeit, weshalb die Beschwerdeführerin 1 kein objektives Geheimhaltungsinteresse im Sinne eines Geschäftsgeheimnisses daran hat (vgl. die Urteile des BGer 2C_499/2017 *marché du livre en français* E. 5.4 und des BVGer B-6547/2014 *marché du livre en français* E. 4.3.3). Sodann begründet die Beschwerdeführerin 1 nicht hinreichend,

weshalb ihr Interesse an einer Geheimhaltung das öffentliche Interesse an der Publikation resp. die dadurch zu erreichenden Zwecke (vgl. vorne E. 4.2.2) überwiegen sollte und deshalb aufgrund des Datenschutzgesetzes Abdeckungen vorzunehmen wären. Dasselbe gilt auch für die Angaben der Vorinstanz zur Frage, wo die Beschwerdeführerin 1 tätig ist. Die Rz. 11-13 der Sanktionsverfügung mit dazugehörigen Fussnoten sind daher grundsätzlich offenzulegen.

Zwar ist das genaue Datum der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 (Sanktionsverfügung Rz. 12) keine öffentlich zugängliche Tatsache; jedoch ist nicht erkennbar, dass die Offenlegung dieses weit zurückliegenden Zeitpunkts Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben könnte, weshalb es am objektiven Geheimhaltungsinteresse mangelt. Das Datum der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin 1 gehört zur Beschreibung der Umstrukturierung und damit zum wesentlichen Sachverhalt (vgl. Urteil des BGer 2C_499/2017 *marché du livre en français* E. 5.4 *in fine*). Zudem ergibt auch die Abwägung nach Datenschutzgesetz, dass das Datum der Erreichung des Publikationszwecks dient, wobei keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Da die Auszüge aus der Selbstdarstellung der Beschwerdeführerinnen gemäss ihrem Internetauftritt (Sanktionsverfügung Rz. 12 mit Fn. 16 f.) Aufschlüsse über die Frage geben, wie die Aktivitäten der Beschwerdeführerinnen nach deren eigenen Darstellung abzugrenzen sind, was in Bezug auf die Trägerschaft für das "Hoch-, Tief- und Strassenbaugeschäft" keine Geschäftsgeheimnisqualität aufweist, überwiegt die Nachvollziehbarkeit der Darstellung in einer datenschutzrechtlichen Abwägung die Interessen der Beschwerdeführerin 1. Daraus ergibt sich zudem, dass nebst der Identität der Beschwerdeführerin 1 auch die Bezeichnungen für beide Beschwerdeführerinnen zusammen ("z.B. X_____ -Gesellschaften") gemäss dem Originaltext der Sanktionsverfügung offenzulegen sind.

6.6.2 In der Sanktionsverfügung finden sich Angaben, die Rückschlüsse auf einzelne Bauprojekte zulassen, konkrete Datumsangaben (z.B. betreffend einzelne Sitzungen der Unternehmen und das Ende der als kartellrechtswidrig beurteilten Zusammenarbeit) sowie genaue Bezeichnungen von Listen (Submissionsprogramme und -listen, Marktabklärungslisten [MA-Listen], Eigenoffertlisten [EO-Listen], Hagedorn-Listen [HA-Listen]) und Datensätzen (z. B. Datensatz Offertöffnungsprotokolle [DOP]).

6.6.2.1 In der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 erkannte das Bundesverwaltungsgericht, dass mit Blick auf die von den Beschwerdeführerinnen befürchteten Schadenersatzbegehren hinsichtlich der von der Vorinstanz behaupteten Gesamtabrede sicherzustellen sei, dass einstweilen keine einzelnen Projekte bestimmter Gemeinden identifizierbar seien, namentlich wenn sie möglicherweise von Submissionsabsprachen betroffen gewesen seien (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung Rz. 227 Abbildung 10, Rz. 230 f. Abbildungen 11 f., Rz. 491 f., 548, 556 f., Rz. 561 mit Fn. 682, Rz. 875, Rz. 877 mit Fn. 1038, Rz. 1121, 1124). Unkenntlich gemacht wurden ausserdem die Marktabklärungslisten, welche im Originaltext der Sanktionsverfügung mit Jahr-

zahlen und Nummern versehen sind (fiktives Beispiel: MA 2013_17, in der Internetversion: "[MA-Liste...]"; vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 343). Dasselbe sei in Bezug auf die Umschreibung der nummerierten Eigenoffertlisten (EO-Liste) wie auch die Umschreibung der nummerierten HA-Listen (HAL: [...]) und DOP (Datensatz Offertöffnungsprotokolle) zu sagen (vgl. etwa Sanktionsverfügung Tabellen 1, 4-9, 26 [mit dazugehörigen Fn. 1058-1066]; siehe Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.3 S. 31 f.). Des Weiteren wurden gemäss der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 (E. 5.7.5 und 5.7.6) genaue Datumsangaben und Uhrzeiten zur Zeit der vorgeworfenen Kartellrechtsverstösse teilweise abgedeckt bzw. verschleiert (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung Rz. 382, 405). Nicht abgedeckt wurden demgegenüber Daten, welche sich auf Ereignisse im Zusammenhang mit dem Untersuchungsverfahren beziehen (vgl. beispielsweise Sanktionsverfügung Rz. 67 f., 75; vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.6 S. 35 f.).

6.6.2.2 Die Vorinstanz macht geltend, die in der "Publikationsversion WEKO" offen gelegten Datumsangaben und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen würden weder Geschäftsgeheimnisse darstellen noch schützenswerte Persönlichkeitsrechte betreffen. Derartiges werde von den Beschwerdeführerinnen auch nicht spezifisch begründet (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 20). Es sei nicht ersichtlich, auf welcher Rechtsgrundlage die in der WEKO-Publikationsverfügung enthaltenen Datumsangaben, Kennziffern und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen abzudecken sein sollten. Die Wettbewerbsbehörden dürften gemäss der Rechtsprechung zur Publikation kartellrechtlicher Verfügungen auch über die Beweisgrundlagen und die Qualität der Beweiswürdigung informieren, um der Öffentlichkeit aufzeigen zu können, weshalb die WEKO zur konkreten Entscheidung gekommen sei. Die Vorinstanz beruft sich diesbezüglich auf BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.2 und E. 5.2.2.3. Die Veröffentlichung der Daten, Kennziffern und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen diene genau diesem Zweck; sie mache die WEKO-Publikationsversion der Sanktionsverfügung nachvollziehbarer und erlaube es der Öffentlichkeit, die Motive der WEKO noch besser zu verstehen (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 23; Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 Rz. 21-24). Nicht streitig sei, dass entsprechend der vorinstanzlichen Publikationspraxis bei Submissionsabredefällen diejenigen Textpassagen für die Publikation abgedeckt würden, welche eine Identifikation von konkret betroffenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten aus dem Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe ermöglichen würden. Es sei indes zu beachten, dass sich diese Abdeckungspraxis einzig mit dem öffentlichen Interesse am Schutz des Instituts der Selbstanzeige rechtfertige. Sie erfolge nur, um Selbstanzeiger gegenüber nicht kooperierenden Verfahrensparteien zu privilegieren. Denn Selbstanzeiger würden im Rahmen ihrer Kooperationspflicht primär Projekte melden, an deren Zuteilung sie selbst beteiligt gewesen seien. Würden einzig diese betroffenen Projekte offengelegt, so wären primär Selbstanzeiger der kartellzivilrechtlichen Haftung ausgesetzt, obwohl es auch Projekte gegeben haben müsse, welche von nicht kooperierenden Verfahrensparteien

zugeteilt worden seien. Die in der BVGer-Internetversion enthaltenen Abdeckungen und Verschleierungen von Datumsangaben und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen würden nicht zur vorgenannten Zwecksetzung beitragen (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 21). So hätten beide Selbstanzeigerinnen der Untersuchung "22-0438: Bauleistungen See-Gaster" (Implenia Schweiz AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen), um deren Schutz es bei der Abdeckung von Informationen zu betroffenen Einzelprojekten einzig gehe, die Offenlegung der in der BVGer-Internetversion zusätzlich abgedeckten Datumsangaben und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen akzeptiert. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerinnen kein Beispiel aufzeigten, wie aus der Kombination der in der WEKO-Publikationsversion enthaltenen Datumsangaben und Bezeichnungen von Listen und Datensätzen ein konkretes, von kartellrechtswidrigem Verhalten betroffenes Projekt identifiziert werden könnte. Eine derartige direkte Identifikationsmöglichkeit sei auch für die Vorinstanz nicht ersichtlich, weshalb sie Nummern der MA- und der EO-Listen, Kennziffern der acht Unternehmen in den Listen und "Marktabklärungsprogrammen", Termine der MA-Sitzungen sowie Zuständigkeiten der acht Unternehmen betreffend die Abklärungsorte und weitere Ortsangaben in der WEKO-Publikationsversion nicht abgedeckt bzw. verschleiert habe (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 22). Darüber hinaus bestehe ein öffentliches, schutzwürdiges Interesse daran, andere staatliche Stellen möglichst genau über die Funktionsweise von Kartellen zu informieren. Durch die Offenlegung gemäss WEKO-Publikationsversion werde dieses Interesse besser gefördert (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 23).

6.6.2.3 Die Beschwerdeführerinnen wenden diesbezüglich ein, mit der Offenlegung von Datumsangaben, Kennziffern und Bezeichnung von Listen und Datensätzen seien Rückschlüsse auf sie möglich, weshalb an diesen Daten sehr wohl ein Geheimhaltungsinteresse bestehe. Des Weiteren seien solche Informationen nicht notwendig, um der Öffentlichkeit aufzuzeigen, weshalb die Vorinstanz zur konkreten Entscheidung gelangt sei (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 34 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August Rz. 41 f.).

6.6.2.4 Soweit - allenfalls unter Zuhilfenahme weiterer Quellen - aus der Sanktionsverfügung konkrete Strassen- und/oder Tiefbauprojekte identifiziert werden können, sind diese im Vergleich zur "Publikationsversion WEKO" weitergehend abzudecken bzw. zu verschleiern oder in anonymisierender Weise zu umschreiben (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 86, 97 Ziffer 5 und 355, 407, 426, 441, 448, 451, 458, 485, 491, 492, 517, Rz. 962 und 1236). Die Abbildungen 17-22 sind soweit abzudecken, als dass die einzelnen Projekte sowie die mit diesen Projekten verbundenen Summen nicht erkenntlich bleiben. Jedoch sollen die Abdeckungen nicht so weit gehen, dass die Gesamtstruktur dieser Abbildungen nicht mehr erkennbar bleibt. Denn die Abbildungen helfen, dass das auf seine Kartellrechtswidrigkeit zu prüfende Handeln nachvollziehbarer wird. Die Vorgehensweise im Rahmen eines Kartells ist als solche nicht geheimhaltungswürdig (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4 mit

Hinweisen; vgl., Rz. 262 Abbildungen 17 und 18, Rz. 267 f. Abbildungen 19-21 und Rz. 275 Abbildung 22 [Abdeckungen je betr. konkrete Bausummen von einzelnen Projekten], Rz. 682 Abbildung 39 und 40 [Abdeckungen betr. konkrete Projekte], Rz. 872 Abbildung 52 [betr. Offertnummern]). Im selben Sinne sind bei Rz. 287 Abbildung 24 die Zahlen bzw. Summen abzudecken.

Betreffend die in der Sanktionsverfügung genannten Gemeinden, soweit sie (potenziell) von Absprachen betroffen waren oder sein könnten, gestaltet sich die Lage jedoch komplexer. Dies gilt auch für die Gemeinden, in welchen die acht Unternehmen Abklärungen betreffend allfälliger Ausschreibungen durchgeführt haben (vgl. Rz. 557 Lemma 1-6). Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Offenlegung eines Gemeindepensens unter Umständen Rückschlüsse auf ein Projekt zulassen könnte. Es ist nach der vorinstanzlichen Auffassung (Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 21) nicht bestritten, dass diejenigen Textpassagen für die Publikation abgedeckt werden sollen, welche eine Identifikation von betroffenen Strassen- und Tiefbauprojekten aus dem Gebiet der Bezirke See-Gaster, March und Höfe zulassen, wobei die Vorinstanz darlegt, dass ihre Abdeckungspraxis einzig zum Schutze der Selbstanzeiger erfolge (Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 21). Andererseits soll die Verfügung verständlich und nachvollziehbar bleiben. So wurde in der Sanktionsverfügung eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG festgestellt (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 1451 f.), weshalb eine vollständige Abdeckung der Gemeindepensens dazu führen würde, dass man die örtlichen Gegebenheiten betreffend die Märkte und Geschäftspartner nicht mehr erkennen würde. Demnach würden im Falle einer vollständigen Abdeckung der Gemeindepensens Strukturelemente der Sanktionsverfügung unkenntlich gemacht. Dies ist nicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da diese fordert, dass Strukturelemente der Verfügung offenzulegen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_499/2017 *marché du livre en français* E. 5.4 *in fine*).

Die von der Vorinstanz beschriebene Abdeckungspraxis entspricht der Praxis, welche Letztere in Bezug auf die Aargauer Fälle betreffend Submissionsabsprachen angewendet hat. Indessen ist der vorliegende Fall durch den Umstand geprägt, dass die örtlichen Gegebenheiten nicht nur in Bezug auf die Marktabgrenzung, sondern auch mit Blick auf das Gesamtverständnis der Sanktionsverfügung unabdingbar sind, da es sich nach der Darstellung der Vorinstanz um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 1451 f.) handelt. Demnach muss jedenfalls der Bezirk, in welchem die in Frage stehenden Gemeinden liegen - dies sind vorwiegend die Bezirke See-Gaster, March und Höfe - offengelegt werden. So weiss die Leserin oder der Leser, wenn jeweils beispielsweise von der "Gemeinde C im Bezirk See-Gaster" die Rede ist, und die "Gemeinde C im Bezirk See-Gaster" einige Seiten später wieder genannt wird, dass es sich um dieselbe Gemeinde handelt. Für jeden Bezirk werden die Gemeinden mit A beginnend alphabetisch anonymisiert. Die auf die eben beschriebene Art

der Verschleierungen der Gemeindepensens sind insbesondere in den Randziffern 548, 552, 556, 557, Rz. 561 f. mit Fn. 682, Rz. 875, Rz. 877 mit Fn. 1038, Rz. 1056, Rz. 1121, 1124 zu finden. Im Gegensatz dazu sind Zuständigkeiten der Unternehmen für ganze Regionen (vgl. etwa "Glarnerland" in Sanktionsverfügung Rz. 556), Bezirke oder Kantone offenzulegen. Ebenfalls sind Sitzungsorte offenzulegen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 310 Tabelle 1 [Spalte "Ort"]), da der Sitzungsort selbst keinen Bezug zu einem konkreten Projekt aufweist.

Allerdings sind Gemeindepensens, welche in den in der Sanktionsverfügung abgebildeten Auszügen der Submissionsprogramme oder MA-Listen erscheinen, vollständig (ohne Buchstaben und ohne Bezirkszuordnung) abzudecken (vgl. insbesondere Rz. 231 Abbildung 13, Rz. 556 Abbildung 34, Rz. 886 Abbildung 54, Rz. 911 Abbildungen 55 und 56 [betr. Gemeindepensens und Offertnummern]). Denn die oder der mit dem Gesamtkontext vertraute Leserin bzw. Leser vermag aus einer - wenn auch nur teilweise - abgebildeten Submissions- oder MA-Liste eher Rückschlüsse auf ein allfälliges Projekt abzuleiten, als dies bei einer Umschreibung eines Gemeindepensens im Verfügungstext (z.B. "Gemeinde A im Bezirk See-Gaster") der Fall ist. Zudem wird die "[...]" mit "[ein Energieversorgungsunternehmen]" ohne Verwendung des Gemeindepensens "[...]" umschrieben (Rz. 557 Lemma 8). Beim Baubüro "Z_____" (Rz. 557 Lemma 5) wird der Name "[...]" abgedeckt.

6.6.2.5 Jahreszahlen, Zeiträume, genaue Datumsangaben und Uhrzeiten, etwa von gemeinsamen Sitzungen der sanktionierten Unternehmen, stellen mangels eines objektiven Geheimhaltungsinteresses weder Geschäftsgeheimnisse dar noch bestehen aus Gründen des Daten- oder Persönlichkeitsschutzes Vorbehalte gegen deren Offenlegung. Diese Angaben enthalten keine geschäftlich relevanten Informationen und dienen der Beweisführung betreffend das vorgeworfene kartellrechtswidrige Verhalten (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4 mit Hinweisen). Die Offenlegung dieser Angaben dient - im Gegensatz zu den geschäftsgeheimen Umsatzzahlen einzelner Unternehmen - der Beschreibung des zu beurteilenden Vorgehens der Unternehmen nach der Beurteilung der Vorinstanz. Ohne Zuordnungsmöglichkeit zu Gemeinden oder Projekten ergibt sich auch kein schützenswertes Interesse der Beschwerdeführerinnen an deren Abdeckung. Diese Angaben sind daher in der "Publikationsversion BVGer" - im Unterschied zur "Internetversion BVGer" gemäss Verfügung vom 12. März 2018 (dort. E. 5.7.6) - offenzulegen (vgl. auch E. 6.6.2.1 ff. hiavor).

6.6.2.6 Die Vorinstanz wirft den von der Untersuchung betroffenen Unternehmen vor, sich an einem "Marktabklärungssystem" und einem "Eigenoffertsystem" beteiligt zu haben. In diesem Zusammenhang seien Submissionsprogramme, Marktabklärungslisten (MA-Listen) und Eigenoffertlisten (EO-Listen) ausgetauscht worden (vgl. Sanktionsverfügung Kap. A. 5.4 [Rz. 280 f.], insb. A.5.4.1 [Rz. 282 ff.] und A.5.4.2 [Rz. 864 ff.]). Auf den Submissionsprogrammen und den tabellarisch aufgebauten und ständig aktualisierten MA-Listen seien hauptsächlich ausgeschriebene und zur Ausschreibung vorgesehene Strassen- und Tiefbauprojekte aus den

Gebieten See-Gaster, March und Höfe aufgeführt gewesen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 856). In den EO-Listen seien aktuelle Eigenofferten der Unternehmen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe vermerkt worden (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 354, 880 ff.). Bei der ebenfalls von der Untersuchung der WEKO betroffenen Hagedorn AG wurden Listen beschlagnahmt, auf denen das Unternehmen monatlich Projekte aufführte, für welche es eine Offerte erstellt und eingereicht hat (HA-Listen; vgl. Sanktionsverfügung Rz. 229). Das Sekretariat der WEKO erstellte schliesslich aus den strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet für die Jahre 2004 bis 2013 einen Datensatz in einer Excel-Tabelle (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 754 ff.). Die Gesamtheit der darin berücksichtigten Projekte wird als "Datensatz Offertöffnungsprotokolle" (DOP) bezeichnet. Dieser gibt einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet und dient u.a. dazu, eine Verknüpfung zwischen den Projekten auf den MA-Listen und den Projekten auf dem DOP herzustellen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 759 i.V.m. Rz. 763 ff., 775 ff.). Alleine aus der Bezeichnung der MA- und EO-Listen und der auf dem DOP gelisteten, mit Jahreszahlen und Nummern oder dem Urheber versehenen Projekten (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 310 Tabelle 1, Rz. 498, 502, Rz. 702 Tabellen 4-9 [in den Tabellen 4-9 bleiben konkrete Projektnamen und -Summen auch in der RPW/DPC-Version abgedeckt], Rz. 873 ff., Rz. 897 Tabelle 27 mit Fn. 1074-1079, Rz. 900) und der Angabe von Projekt- oder Fallnummern (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 343 Fn. 418, Rz. 350 ff., 394, Rz. 629 Fn. 800, Rz. 631, 660 f., Rz. 836 Fn. 1006, Rz. 874, Rz. 889 Tabelle 26 mit Fn. 1058-1066, Rz. 890) können keine konkreten Projekte (vgl. auch E. 6.6.2.4 hiervor) oder für das Geschäftsergebnis der Beschwerdeführerinnen relevante Informationen abgeleitet werden (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-6547/2014 *marketé du livre en français* E. 4.3.4.2); es fehlt mithin am objektiven Geheimhaltungsinteresse. Ebenso wenig sind offensichtlich schutzwürdige Interessen für eine Geheimhaltung nach Datenschutzrecht vorhanden. Diese Angaben sind daher im Rahmen der Publikationsversion offenzulegen.

6.6.2.7 Ebenfalls nicht geheimhaltungswürdig sind der Umstand des Verwendens von Kennziffern und Kürzeln durch die Unternehmen und deren konkrete Zuordnung (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 178 Abbildung 6, Rz. 285, Rz. 286, Rz. 287 Abbildung 24, 288, 379, 406, 423, 450, 457, 479, 515, 879, 886). Die diesbezüglichen Ausführungen der WEKO in der Sanktionsverfügung dienen der Begründung und dem Verständnis der Zusammenarbeit der Unternehmen resp. des aus Sicht der Vorinstanz kartellrechtswidrigen Verhaltens der Untersuchungsadressatinnen (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4 mit Hinweisen). Zudem lassen Kennziffern und Kürzel keine Rückschlüsse auf konkrete Projekte zu.

6.6.3 Die Sanktionsverfügung enthält Beweiswürdigungen, Abbildungen von Beweismitteln und Beweisergebnisse, die teilweise Geschehnisse aus der Zeit vor der Einführung von direkten Sanktionen betreffen. Per 1. April 2004 wurde das Kartellgesetz unter anderem

dahingehend geändert, dass die WEKO direkt Sanktionen gegen Unternehmen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden sowie alle Formen des Marktmissbrauchs aussprechen darf. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Wettbewerbsbehörden Unternehmen nur verpflichten, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zu unterlassen; erst im Wiederholungsfall bzw. bei Verletzung einer Verfügung der WEKO waren gestützt auf Art. 50 KG (indirekte) Sanktionen zulässig (BGE 135 II 60 *Maestro Interchange Fee* E. 2.1; vgl. Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, insb. S. 2033 ff.).

6.6.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seiner Zwischenverfügung vom 12. März 2018 fest, den Beschwerdeführerinnen sei betreffend ihren Einwand gegen die Darstellung von vor dem 1. April 2004 liegenden Geschehnissen jedenfalls dahingehend Recht zu geben, dass eine derartige Konstellation bundesgerichtlich noch nicht beurteilt worden sei, was eine gewisse Vorsicht nahe lege. Nicht zugestimmt werden könne den Beschwerdeführerinnen aber, soweit sie geltend machten, es bestehe kein erkennbares öffentliches Interesse an einer Veröffentlichung. Im Unterschied zu den Luftfrachtfällen (vgl. etwa das Urteil des BVGer B-5858/2014 *Luftfracht I* E. 5.2 f., 5.3.1) bestehe vorliegend nicht das Risiko überschüssiger Sachverhaltsfeststellungen in dem Sinne, dass das Interesse anderer Kartellbehörden geweckt werde (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.6. S. 34 f.). Aufgrund der Nichtsanktionierbarkeit von Verhalten bis zum Inkrafttreten des geltenden Kartellrechts seien zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen in der Internetversion vorsorgliche Abdeckungen vorzunehmen, welche besonders "süffige" Unternehmerrassagen oder Teilbeweiswürdigungen betreffen würden, die nicht erforderlich seien, um das von der Vorinstanz behauptete Konzept zu verstehen, damit eine allenfalls unnötige Prangerwirkung vermieden werde (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 120, 175, 208, 210 ff., 247 f., 250, 252, 262, 272, 380, 461 ff., 633 f., Rz. 645 Lemma 6, 974, 986). Für den Zeitraum vor 2002 werde einstweilen nicht die genaue Jahreszahl angegeben. Die verschiedenen in Bezug auf die gewählten Methoden relevanten Zeiträume (Zeitraum bis 2002, 2002 bis April 2004 und Mai 2004 bis 2009) würden nicht verschleiert, wohl aber einige detaillierte Angaben innerhalb dieser Zeiträume. Ebenfalls nicht verschleiert werde, dass den Unternehmen Kartellrechtsverstösse bis "Mitte" 2009 vorgeworfen würden (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 239, 360, 319, 353 *in fine*, 384, 390 f., 404 f., 412, 421, 430, 995, 1029, 1031; Zwischenverfügung vom 12. März 2018, E. 5.7.6. S. 35 f.). Allerdings wurde mit Verfügung vom 18. April 2018 (Seite 6) den nachträglich gestellten Begehren der Beschwerdeführerin 2 vom 11. April 2018 (S. 5 f. Rz. 9c) und der Beschwerdeführerin 1 vom 12. April 2018 (S. 6 Rz. 9d) insoweit entsprochen, als dass die die Monatsangabe "Juni" im Kontext mit dem Jahr 2009 (vgl. insbesondere Sanktionsverfügung Rz. 326, 401, 410, 419 f., 431, 439, 474, 522, 529, 531, 845, 890, 900, 962) einstweilen in der "Internetversion BVGer II" abgedeckt wurde (vgl. Sachverhalt Bst. J.b-J.d). Zudem gab es auch Stellen, in welchen der Monat "Juni" des Jahres 2009 bereits mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 abgedeckt wurde (vgl. Sank-

tionsverfügung z.B. Rz. 354, 360, 362). Auch wurden gemäss Zwischenverfügung vom 12. März 2018 die genaueren Zeitangaben einstweilen abgedeckt (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 300, 369, 413; vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018, E. 5.7.6. S. 35 f.).

6.6.3.2 Die Vorinstanz macht dazu in ihrer Vernehmlassung vom 9. April 2019 (Rz. 29 ff.) geltend, Informationen betreffend Geschehnisse vor dem 1. April 2004 seien nicht abzudecken. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürften die Wettbewerbsbehörden auch über die Beweisgrundlage und die Qualität der Beweiswürdigung informieren. Soweit die Schilderung von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen für das Unternehmen "unangenehm" sei, sei dies gerade hinzunehmen. In casu würden die für die Sanktionierung massgeblichen Beweisergebnisse auch auf den in Rz. 150 ff. der "Publikationsversion WEKO" der Sanktionsverfügung (Zeitraum von 1977 bis Anfang 2002) genannten Beweismitteln, Beweiswürdigungen und Beweisergebnissen beruhen (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 150, 282, 633, 854, 974). Die Offenlegung dieser Informationen mache die Sanktionsverfügung mithin nachvollziehbarer und erlaube es der Öffentlichkeit, die Motive der WEKO noch besser zu verstehen. Dies gelte gerade auch für die Unternehmensaussagen in den Rz. 150 ff., da unter anderem aus ihnen die Richtigkeit der vorinstanzlichen Beweiswürdigung folge (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 29 f.). Für die von den Beschwerdeführerinnen verlangten Abdeckungen von Verfügungspassagen betreffend die Zeit vor dem 1. April 2004 bestehe keine gesetzliche Grundlage (vgl. Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 Rz. 28 f.).

6.6.3.3 Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Publikation von Sachverhaltsschilderungen betreffend die Zeit vor dem 1. April 2004 zur Klärung des Sachverhaltes und zur Nachvollziehbarkeit der Sanktionsverfügung beitrage. Im Sinne des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit seien nur wesentliche Entscheidungsgründe zu publizieren, wozu die Sachverhaltsschilderungen vor dem 1. April 2004 nicht gehörten, da diese in zeitlicher Hinsicht irrelevant seien. Der durch die Vorinstanz verfolgte Zweck, "die Öffentlichkeit über die Beweisgrundlage und die Güte der Beweiswürdigung zu informieren", setze die Publikation von irrelevanten Sachverhaltspassagen nicht voraus. Ihr Interesse am Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte, dem damit einhergehenden Schutz ihres Ansehens sowie ihrem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK überwiege; zudem sei die Publikation irrelevanter Sachverhaltsschilderungen zweckfremd und verletze den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Gleichzeitig missbrauche die Vorinstanz mit der vorgesehenen Publikation ihr Ermessen. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich diesbezüglich auf das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 3.3.2 und 3.4 f. (Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 36-40, Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 43-47). Die Beschwerdeführerin 1 führt ergänzend aus, die Publikation von Sachverhaltsschilderungen betreffend die Zeit vor dem 1. April 2004 sei für sie nicht lediglich "unangenehm", sondern jene Ausführungen würden schlichtweg nicht den Tatsa-

chen entsprechen (Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 43).

6.6.3.4 Was die Beschreibung der Verhaltensweisen vor Geltung des sanktionsbewehrten Kartellrechts und insbesondere die in der "Internetversion BVGer II" vorsorglich abgedeckten "süffigen" Unternehmerrassagen und Teilbeweiswürdigungen betrifft, ist Folgendes festzuhalten: Wohl waren die für den Zeitraum vor dem 1. April 2004 beschriebenen Tätigkeiten der untersuchten Unternehmen nicht sanktionierbar; sie sind jedoch für das Verständnis der Sanktionsverfügung im vorliegenden Fall hilfreich, um die Beweiswürdigung der WEKO in Gänze nachvollziehen zu können. Die Begründung des nach Ansicht der Vorinstanz sanktionierbaren Verhaltens durch die betroffenen Unternehmen stützt sich nämlich im Wesentlichen auf die Weiterführung der vorbestehenden Zusammenarbeit nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes. Die WEKO ermöglicht mit ihren Ausführungen namentlich die Darstellung der Anpassungen, welche die betroffenen Unternehmen mit Blick auf die Einführung des sanktionsbewehrten Kartellrechts vorgenommen haben. Nach der Darstellung der Vorinstanz haben die sanktionierten Unternehmen - etwas vereinfacht formuliert - die im Rahmen früherer Kooperation definierten Ziele nach 2002 mit anderen Mitteln erreicht. Dabei spielen auch vor dem Jahre 2002 etablierte Formen des Kontakts zwischen den Unternehmen eine Rolle (Zwischenverfügung B-6291/2017 vom 12. März 2018 E. 5.7.6). Es besteht kein Anspruch auf Schwärzung von Stellen, die eine Verfahrenspartei lediglich so weit in ein negatives Licht stellen, als sie der Begründung eines solchen Verhaltens dienen (vgl. analog das Urteil des BVGer B-3588/2012 Nikon E. 5.2 *in fine*; vgl. Sanktionsverfügung Rz. 120, Rz. 172 Abbildung 4, Rz. 173, 175, 178, 180, 193, 208, 212, 232, 236, 247 f., 252, 282, 283, 367, 380, 461 ff., 468, 534 f., 588, 633 f., 637, Rz. 645 Lemma 6, Rz. 854, 974, 983, 986). Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 1 entsteht der Eindruck einer rechtswidrigen Tätigkeit von vornherein nicht, da sie erst nach Beendigung des relevanten Untersuchungszeitraums gegründet wurde (vgl. E. 6.6.1.3 ff. hiavor). Eine unverhältnismässige Belastung der Beschwerdeführerin 2 durch die Beweiswürdigungen resp. durch eine Darstellung, die über den vorausgesetzten, explikativen oder begründenden Zweck im Sinne der Nikon-Rechtsprechung hinausgeht (vgl. das Urteil des BVGer B-3588/2012 Nikon E. 5.2 *in fine*), ist nicht ersichtlich; insbesondere ist die Sachverhaltsdarstellung und -würdigung zwar sehr ausführlich, aber weder tendenziös noch unsachlich. Auch die in der Sanktionsverfügung enthaltenen, in der Internetversion vorsorglich abgedeckten Direktzitate (vgl. insb. Sanktionsverfügung Rz. 166, 173 mit Abbildung 4, Rz. 187, 210 f., 250, 272, 461, 634, 883, 974, 986, 1001) sind nunmehr mutatis mutandis im Ergebnis gestützt auf die Nikon-Rechtsprechung, wonach auch Originalzitate aus Korrespondenz im öffentlichen Informationsinteresse zu publizieren sind, wenn sie begründungsrelevant sowie im Verhältnis zum ausgeführten Vorwurf angemessen sind und keine besonders geschützten Geheimnisse verraten (Urteil des BVGer B-3588/2012 Nikon E. 7 und 8.1) - offenzulegen, zumal es sich dabei allesamt nicht um Zitate der Beschwerdeführerinnen selbst handelt, die zitierten Passagen keine besonders geschützten Ge-

heimnisse verraten und nicht persönlichkeitsverletzend wirken. Mit Blick auf die ungewöhnlich detaillierte Darstellung des Sachverhalts vor 2004 stellt sich zwar die Frage, ob diese Ausführlichkeit zur Begründung des späteren, vorgeworfenen kartellrechtswidrigen Verhaltens notwendig war. Dies alleine rechtfertigt jedoch keine gerichtliche Kürzung jener Passagen der Sanktionsverfügung.

Wie bereits mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.7.6 S. 34 f. (vgl. E. 6.6.3.1 hiervor) ausgeführt besteht im Unterschied zu den Luftfracht-Fällen (vgl. etwa das Urteil des BVGer B-5858/2014 Luftfracht I E. 5.2 f., 5.3.1) vorliegend auch nicht das Risiko überschüssender Sachverhaltsfeststellungen in dem Sinne, dass das Interesse anderer Kartellbehörden geweckt werden könnte.

Dasselbe gilt hinsichtlich der im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung in die Sanktionsverfügung aufgenommenen Abbildungen von Beweismitteln und Ausführungen zu Projekten, soweit daraus keine konkreten Projekte oder von Absprachen betroffene Gemeindepnamen erkennbar sind (vgl. dazu vorne E. 6.6.2.4; vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 172 Abbildung 4, Rz. 227 Abbildung 10, Rz. 230 Abbildungen 11 und 12, Rz. 545 Abbildung 33) und betreffend die in der "Internetversion BVGer II" - im Rahmen der "blauen Markierungen" - vorsorglich abgedeckten indirekten Zitate der Untersuchungsadressatinnen (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 166).

Die gemachten Ausführungen können auch auf Abbildung 23 (Sanktionsverfügung Rz. 275), welche die wertmässige prozentuale Aufteilung der erhaltenen Projekte unter den Unternehmen darstellt, übertragen werden. So sind in Abbildung 23 die prozentualen Angaben, welche sich auf die Gesamtverteilung der Projekte und die Art und Weise, wie die Projekte vergeben wurden, offenzulegen, da sie der Beweiswürdigung dienen und die Gesamtstruktur des kartellrechtlich beanstandeten Verhaltens ersichtlich bleiben soll. Allerdings sind in Abbildung 23 die prozentualen Angaben, welche konkret zu einzelnen Unternehmen Bezug nehmen, weiterhin abzudecken.

Hinsichtlich der Beweiswürdigung von Abbildungen von Beweismitteln und Ausführungen zu Projekten im sanktionsbewehrten Zeitraum nach 2004 ist auf die Ausführungen in der nachstehenden Erwägung 6.6.3.5 zu verweisen.

6.6.3.5 Zudem finden sich in der Sanktionsverfügung Beweiswürdigungen, Abbildungen von Beweismitteln und Beweisergebnisse betreffend die Zeit zwischen dem 1. April 2004 und Mitte 2009.

Die gemachten Ausführungen zur Beweiswürdigung betreffend die Ausführungen, Abbildungen von Beweismitteln und Beweisergebnisse in der Zeit vor 2004 (vgl. E. 6.6.3.4 hiervor) können auch auf die Beweiswürdigung im sanktionsbewehrten Zeitraum (1. April 2004 bis Mitte 2009) übertragen werden. Demnach sind Abbildungen von Beweismitteln und Ausführungen zu Projekten, soweit daraus keine konkreten Projekte oder von Absprachen betroffene Gemeindepnamen erkennbar sind, offenzulegen bzw. unter Abdeckung der zu Projek-

ten führenden Informationen offenzulegen (vgl. dazu vorne E. 6.6.2.4; vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 485, Rz. 542 ff. Abbildungen 30-32, Rz. 585 Abbildung 35, Rz. 681 Abbildung 38, Rz. 682 Abbildungen 39 f., Rz. 872 Abbildung 52 [betreffend Offertnummern], Rz. 911 Abbildungen 55 und 56 [betreffend Gemeindepnamen und Offertnummern]). Dasselbe gilt betreffend die in der "Internetversion BVGer II" - im Rahmen der "blauen Markierungen" - vorsorglich abgedeckten Textstellen (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 504) und Auszüge von Abbildungen (Sanktionsverfügung Abbildungen 25 f. und 38).

6.6.3.6 Wie bereits in E. 6.6.2.5 festgehalten, sind Datumsangaben in der Regel weder Geschäftsgeheimnisse noch nach dem Datenschutzgesetz abzudecken; sie dienen der Beweisführung betreffend das vorgeworfene kartellrechtswidrige Verhalten. Dies gilt insbesondere auch für die in der Sanktionsverfügung erwähnten Daten vor 2002 resp. vor dem 1. April 2004 sowie für das Datum, per welchem die Zusammenarbeit beendet wurde (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 330, 362, 385, 403). Soweit die entsprechenden Daten für die Verjährung relevant sein könnten, spricht das jedenfalls nicht gegen, sondern für deren Offenlegung.

6.6.4 Die Beschwerdeführerinnen beantragen eine Abdeckung der von der Vorinstanz gewählten Bandbreiten bezüglich des Umsatzanteils, welchen sie mit Eigenofferten erzielt haben und bezüglich des auf sie entfallenden Sanktionsbetrags.

6.6.4.1 Gemäss der Nikon-Rechtsprechung besteht ein objektives Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf die Angaben zur internen Organisation eines Unternehmens, nicht aber in Bezug auf Angaben zur internen Organisation eines unzulässigen Kartells (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4). Das Bundesverwaltungsgericht hielt mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 fest, dieselbe Logik gelte mit Blick auf die Umsatzzahlen. Die von Kartellabsprachen betroffenen Umsätze würden jedenfalls soweit grundsätzlich keine Geschäftsgeheimnisqualität aufweisen, als nicht das Verhältnis zum Gesamtumsatz des Unternehmens beschrieben werde. Im Rahmen der Internetversion vorsorglich und teilweise zu entsprechen sei den Begehren der Beschwerdeführerinnen insoweit, als sie sich gegen die Offenlegung der Umsätze und der daraus ableitbaren Höhe der auferlegten Sanktion zur Wehr setzten. Im Sinne einer bewussten Ungenauigkeit sei der Sanktionsbetrag abweichend von der vorinstanzlich vorgesehenen Bandbreite mit 0.6-0.9 Millionen anzugeben (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 1455, Tabelle 34 und Dispositivziffer 3.6). Ein vollständiger Verzicht auf die Nennung des Sanktionsbetrags würde demgegenüber dem öffentlichen Interesse an der Publikation nicht hinreichend Rechnung tragen (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.8.6, S. 39 f.).

6.6.4.2 Die Vorinstanz führt aus, die von ihr gewählten Bandbreiten seien gemäss der Praxis der Wettbewerbsbehörden gebildet, wonach sich bei umsatzbezogenen Informationen die Abweichungen vom Ausgangsbetrag im Bereich von 10-30 % bewegen. Ein Grund, von dieser Praxis abzuweichen, sei nicht gegeben, da mit dieser Bandbreite die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerinnen ausreichend geschützt seien. Dies gelte

insb. unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich um Informationen betreffend Ereignisse handle (erzielte Umsätze der Jahre 2006 bis 2008), welche bereits rund 10 Jahre zurückliegen würden (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 33 - 35). Folglich seien sämtliche Informationen aus der Sanktionsverfügung offenzulegen, welche für die gegenüber den Beschwerdeführerinnen ausgesprochenen Verpflichtungen (Sanktion, Gebühren, Verhaltens- und Unterlassungspflichten) massgebend seien. Hierzu zählten auch Informationen über den relevanten Markt sowie das Ausmass und die Wirkungen des Kartells (z. B. gemeinsamer Marktanteil der Kartellmitglieder, Beschreibung der Umsetzung, «Erfolgsquote» bzw. «Einhaltungsquote», etc.), soweit sich daraus nicht der konkrete Umsatz eines einzelnen Unternehmens in einem bestimmten Markt ergebe. Die konkreten Umsatzzahlen der Beschwerdeführerinnen seien aus der WEKO-Publikationsversion nicht ersichtlich. Mithin seien auch die diesbezüglichen Abdeckungsanträge (vgl. etwa betreffend Sanktionsverfügung Rz. 150 ff., 282 ff., 751 ff., 853, 864 ff., 893 ff., 1035 ff., 1045 ff., 1083-1457) abzulehnen (vgl. Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 Rz. 32).

6.6.4.3 Eine Umschreibung geheimer Daten mittels Bandbreiten der Umsatz-, Gewinn- und Marktsituation ist keine Geschäftsgeheimnisverletzung, solange die verfremdende Umschreibung keine substanziellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die Bandbreiten sind so zu wählen, dass der Umschreibung ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann (vgl. die Urteile des BVGer B-3588/2012 Nikon E. 6.4 in fine mit Hinweisen, B-5114/2016 Autohandel I E. 9.4.2).

6.6.4.4 Die Bandbreiten bezüglich des Umsatzanteils, den die Untersuchungsadressatinnen mit der Ausführung der DOP-Projekte resp. mit EO-Projekten erzielt haben, setzte die Vorinstanz mit einer Genauigkeit von 10% an (so etwa "0-10%", "10-20%", vgl. Sanktionsverfügung Rz. 779 Tabelle 12, Rz. 908, Rz. 1042 Tabelle 29) an. Die Bandbreiten der Sanktionen für alle sanktionierten Unternehmen wurden von der Vorinstanz unabhängig von der Sanktionshöhe auf Fr. 200'000.- angesetzt (Beispiel: Sanktion Hagedorn Fr. 2.3-2.5 Mio.). Hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen handelt es sich um eine Abweichung vom Ausgangsbetrag im von der Vorinstanz genannten Rahmen von 10-30%. Diese Bandbreiten entsprechen jedenfalls hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen der Praxis der Wettbewerbsbehörden (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 25 KG N 59 f.) und verschleiern die tatsächlichen Umsatzanteile und den Sanktionsbetrag hinreichend. Dazu steht der Umstand, dass im Rahmen des vorsorglichen Publikationsverfahrens aus Vorsicht eine grössere Bandbreite gewählt worden ist (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 E. 5.8.6 *in fine*), nicht im Widerspruch. Hinsichtlich der im Bereich Strassenbau und im Tiefbau erzielten Umsätze wird in Rz. 786 der Sanktionsverfügung ausgeführt, in welchem Verhältnis die Umsatzzahlen dreier Verfügungsadressatinnen zueinander stehen. Dies stellt ebenfalls eine hinreichende Verschleierung der tatsächlichen Umsätze dar, weshalb die Namen der entsprechenden Unternehmen offengelegt werden können.

Ebenso offenzulegen sind die Bandbreiten hinsichtlich des Umsatzes, den die Unternehmen mit Projekten verdienten, die nicht nach der Einreichung einer Eigenofferte vergeben wurden (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 908). Abzudecken sind demgegenüber der nicht mit einer Bandbreite versehene Umsatzanteil des Drittunternehmens Awestra AG, den diese mit der Ausführung von DOP-Projekten erzielt hat (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 779 Tabelle 12, Rz. 780) und die detailliert genannten Umsätze weiterer Drittunternehmen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 786).

6.6.5 Die nicht unter die vorstehenden Kategorien zuordenbaren weiteren Abdeckungsanträge sind einzeln auf das Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen und von vom Datenschutzgesetz erfassten Informationen zu prüfen.

6.6.5.1 Weiterhin aus Kohärenzgründen nicht offenzulegen - da von der Vorinstanz jeweils abgedeckt - sind die in der Sanktionsverfügung enthaltenen Aktennummern (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 8, 778). Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ebenfalls weiterhin abzudecken sind Personennamen und -kürzel inklusive Informationen, die Rückschlüsse auf einzelne Personen zulassen sowie Telefon- und Faxnummern (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 203, Rz. 257 und 259 Abbildungen 15 und 16, Rz. 463, Rz. 479 mit Fn. 574, Rz. 592, Rz. 886 Abbildung 54, Rz. 1176). Zu schützen sind schliesslich - analog wie die Gemeinden (vgl. vorne E. 6.6.2.4) - die Zuständigkeiten der Verfügungsadressatinnen für Abklärungen in verschiedenen Ingenieurbüros nach allfälligen Ausschreibungen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 557 Lemma 1, 2, 3, 5 und 6). So wird zwar in der beiliegenden "Publikationsversion BVGer" offen gelegt, dass Abklärungen in Ingenieurbüros durchgeführt wurden. Jedoch wird soweit notwendig der Name der in Frage stehenden Ingenieurbüros wie auch derjenige der Gemeinde, in welcher sich ein solches Ingenieurbüro befindet, verschleiert (z.B. sieht der erste Teil von Rz. 557 Lemma 1 der Sanktionsverfügung in der RPW/DPC-Version so aus: "Die De Zanet [Ziffer 1] war zuständig für einige Ingenieurbüros in [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster]...). Die übrigen in der Sanktionsverfügung erwähnten Drittunternehmen - dies sind weitere Unternehmen in der Bau-Branche, welche nicht zum Kreise der sogenannten "acht Unternehmen" bzw. welche nicht zu den Verfügungsadressatinnen gehören (vgl. etwa Rz. 1062) - sind hingegen analog der "Internetversion BVGer II" nicht abzudecken.

6.6.5.2 In der Sanktionsverfügung angebrachte Querverweise beispielsweise auf Randziffern (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 347 Fn. 424, Rz. 367, 983) und Hinweise auf mittels Fragebogen an die Unternehmen gestellte Fragen (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 551 Fn. 663, Rz. 908 Fn. 1090, Rz. 1061 Fn. 1228) sowie Seitenzahlen von anonymisierten Akten (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 275 Fn. 314, Rz. 354 Fn. 445, Rz. 556 Fn. 671 f., Rz. 889 Fn. 1058, Rz. 1018 Fn. 1202), Hinweise auf den Normpositionenkatalog (NPK; vgl. Sanktionsverfügung Rz. 567) sowie auf Randziffern anonymisierter Projekte (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 578 Fn. 702, Rz. 1118 Fn. 1249-1252) und Angaben betreffend nicht identifizierbare Vertreter einzelner Unternehmen (vgl.

Sanktionsverfügung Rz. 497) sind nicht geheimhaltungswürdig und daher offenzulegen.

6.6.5.3 Ebenfalls offenzulegen sind die statistischen Beweisergebnisse hinsichtlich des Bieterverhaltens der Verfügungsadressatinnen und von Drittunternehmen in der MA-Listen-Periode im Vergleich zur post-MA-Listen-Periode (vgl. insb. Sanktionsverfügung Rz. 848-852 mit Fn. 1021-1025 und 1028-1030) und weitere Beweisergebnisse (vgl. etwa Sanktionsverfügung Rz. 1048 *in fine*). Aus den Resultaten können keine Rückschlüsse auf Daten oder Informationen gezogen werden, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären; die Ergebnisse dienen der Beweisführung betreffend das vorgeworfene kartellrechtswidrige Verhalten. Auch aus der Anzahl der Eigenofferten in verschiedenen EO-Listen und Jahren können keine Rückschlüsse auf einzelne Projekte oder erzielte Umsätze gezogen werden. Vor diesem Hintergrund sind die Fn. 1052 (Sanktionsverfügung Rz. 886), die Abbildungen 53 und 54 (Sanktionsverfügung Rz. 886; mit Ausnahme der betroffenen Gemeinden [vgl. E. 6.6.2.4 hiervor], der auf der Eigenofferte vermerkten Telefonnummer und der Offertnummern), die Tabelle 26 (Sanktionsverfügung Rz. 889) und die Rz. 890, 900 und 993 offenzulegen, zumal die Anzahl der zwischen Januar und Juni 2009 von den einzelnen Unternehmen gemeldeten Projekte und der Durchschnitt der gemeldeten Eigenofferten pro Unternehmen pro Jahr im Zeitraum 2002 bis 2009 bereits in der "Internetversion BVGer II" teilweise offengelegt wurden (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 891, 902). Die Ausführungen der Vorinstanz zum angeblichen "Streit" betreffend ein Grossprojekt zwischen den Unternehmen, der zur Beendigung der Zusammenarbeit geführt haben soll (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 467, ["blaue Markierung"]), sind unter dem Aspekt der Beweiswürdigung zu betrachten. Insofern sind die Namen der am angeblichen Streit beteiligten Verfügungsadressatinnen und weitere Gegebenheiten zu diesem Streit offenzulegen, da dieser Streit gerade auch aufzeigt, dass im Streitfall allenfalls echter Wettbewerb wieder aufleben kann. Jedoch ist der Name des dieses Streites zugrunde liegenden Grossprojektes abzudecken (vgl. Rz. 332, 441, 485). Ebenfalls sind Hintergründe zu diesem Streit, welche allenfalls Rückschlüsse auf das umstrittene Projekte zulassen könnten, abzudecken (vgl. Rz. 332, 338, 441, 485). Am Umstand, dass zwischen [zwei der betroffenen Bauunternehmungen] eine Liefervereinbarung bestand (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 504, "blaue Markierung"), haben die Beschwerdeführerinnen weder ein objektives Geheimhaltungsinteresse noch ist diese Information aus Persönlichkeitsschutzgründen abzudecken.

6.6.5.4 Schliesslich beantragt die Vorinstanz, die in der Internetversion aus Kohärenzgründen abgedeckte Sanktionsbandbreite der De Zanet AG in Tabelle 34 (Sanktionsverfügung Rz. 1433) sei in der Publikationsversion offenzulegen, da sie einzig die gemäss der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) gebildete Sanktion, nicht aber den der De Zanet AG tatsächlich auferlegten Sanktionsbetrag enthalte (vgl. Vernehmlassung vom 9. April 2018 Rz. 43; Sanktionsverfügung Rz. 1434). Diesem Begehren ist zu entsprechen. In den von der Vorinstanz

ganz oder teilweise abgedeckten Rz. 1420-1423, 1434, 1448, 1455 und Dispositiv Ziffer 3.1 der Sanktionsverfügung wird der der De Zanet auferlegte Sanktionsbetrag genannt, welcher indes - aus Verhältnismässigkeitsgründen - nicht mit der Berechnung gemäss Tabelle 34 übereinstimmt, womit sich eine Abdeckung des in Tabelle 34 berechneten Sanktionsbetrages der De Zanet für die Publikationsversion nicht rechtfertigt. Weiterhin abzudecken ist der der De Zanet mit spezifischer Begründung tatsächlich auferlegte Sanktionsbetrag (Rz. 1420-1423, 1434, 1448, 1455 sowie Dispositiv Ziffer 3.1.) Der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerinnen, aus einer entsprechenden Offenlegung liessen sich Rückschlüsse auf sie ziehen (Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 29 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 36 f.), zielt jedenfalls ins Leere.

6.7 Die Vorinstanz greift in ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 auch verschiedene Abdeckungsanträge auf, welche die Beschwerdeführerinnen mit ihren am 8. Dezember 2017 (Beschwerdeführerin 2) und 15. Dezember 2017 (Beschwerdeführerin 1) eingereichten abgedeckten Versionen der Sanktionsverfügung geltend machten. Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass diese Abdeckungsanträge anderen Verfahrensparteien - und nicht den Beschwerdeführerinnen selbst - zugutekommen würden (die Vorinstanz bezieht sich auf Rz. 54 f., 64 f., 68, 75, 77, 89, 97, 99, 103, 114, 117, 142, 147, 154, 447 ff., 450 ff., 1039 ff., 1132 Lemma 2, 1138, 1148, 1160 f., 1316 f., 1358, 1366, 1394 f., 1413 ff., 1446, 1453 und Tabelle 34 [Ergänzende Vernehmlassung vom 29. Juni 2018 Rz.15 ff.]). Die beiden Beschwerdeführerinnen sind jedoch mit dieser Argumentation der Vorinstanz nicht einverstanden. Sie begründen ihre Abdeckungsanträge damit, dass diese verhindern würden, Rückschlüsse auf sie zuzulassen (Eingabe der Beschwerdeführerin 2 vom 14. August 2018 Rz. 29 f.; Eingabe der Beschwerdeführerin 1 vom 16. August 2018 Rz. 36 f.).

Vorliegend erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführerinnen und den von der Vorinstanz aufgeworfenen Argumenten, da die Identität der beiden Beschwerdeführerinnen - im Unterschied zu den Anordnungen in der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 (E. 5.7.5) - ohnehin offenzulegen ist (vgl. E. 6.6.1.1 - 6.6.1.9 hiervor). Demnach braucht die Frage, inwiefern die in Diskussion stehenden Abdeckungen allenfalls Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerinnen zulassen würden, nicht weiter erörtert zu werden. Betreffend die Ausführungen zu Tabelle 34 kann auf die Erwägung E. 6.6.5.4 hiervor verwiesen werden.

7.

7.1 Zusammenfassend sind die Beschwerden teilweise gutzuheissen. Ausgehend von der "Internetversion BVGer II" als Basis betrifft dies die nachfolgenden Textstellen (vgl. E. 7.1.1 - 7.1.8 nachstehend). Die Vorinstanz ist anzuweisen, diese Passagen in der publikationsfähigen Version der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 im Vergleich zur "Publikationsversion WEKO" zusätzlich abzudecken. Dem vorliegenden Urteil liegt die "Publikationsversion BVGer" bei, welche die Grundlage der Version der Sanktionsverfügung ist, wie sie die WE-

KO in der RPW/DPC wie auch auf dem Internet publizieren darf. Den Parteien geht mit diesem Urteil ein Begleitschreiben zu, mit welchem in Bezug auf jede strittige Abdeckung die Gutheissung oder Abweisung der Begehren der Parteien mitsamt den Unterschieden zu den der Zwischenverfügung vom 12. März 2018 und der Verfügung vom 18. April 2018 beiliegenden Versionen der Sanktionsverfügung ("Internetversion BVGer" und "Internetversion BVGer II") nachvollziehbar gemacht werden.

7.1.1 Mögliche Identifikation konkreter Projekte (vgl. E. 6.6.2.4 hiervor): Rz. 231 Abbildung 13 (betr. Gemeindefnamen und Monatsangaben), Rz. 262 Abbildungen 17 und 18 (je betr. Volumen/Bausummen), Rz. 267 f. Abbildungen 19-21 (je betr. Volumen/Bausummen), Rz. 275 Abbildung 22 (betr. Volumen/Bausummen), Rz. 332 i.V.m. Rz. 338 (betr. konkretes Projekt und eine damit verbundene Streitigkeit, vgl. E. 6.6.5.3 hiervor), Rz. 355 [betr. konkretes Projekt], Rz. 407 (betr. konkretes Projekt), Rz. 426 (betr. konkretes Projekt), Rz. 441 (betr. konkretes Projekt und eine damit verbundene Streitigkeit, vgl. E. 6.6.5.3 hiervor), Rz. 448 (betr. konkretes Projekt), Rz. 451 (betr. konkretes Projekt), Rz. 458 (betr. konkretes Projekt), Rz. 485 (betr. konkretes Projekt und eine damit verbundene Streitigkeit, vgl. E. 6.6.5.3 hiervor), Rz. 491 f. (betr. konkretes Projekt), Rz. 517 (betr. konkretes Projekt), Rz. 548 (betr. Projekt), Rz. 556 Abbildung 34 (betr. Gemeindefnamen), Rz. 682 Abbildungen 39 und 40 (betr. konkrete Projekte und Datumsangabe), Rz. 872 Abbildung 52 (betr. Offertnummern), Rz. 962 (betr. konkretes Projekt), Rz. 1236 (betr. konkretes Projekt).

7.1.2 Gemeindefnamen, soweit sie (potenziell) von Absprachen betroffen waren (vgl. E. 6.6.2.4 hiervor) werden mit einem Buchstaben des Alphabets und dem zugehörigen Bezirksnamen (z.B. [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster]) umschrieben: Rz. 97 Ziff. 5, Rz. 548, 552, 556, 557 Lemma 1-8, Rz. 561 f. mit Fn. 682, Rz. 875, Rz. 877 mit Fn. 1038, Rz. 1056, Rz. 1121 und 1124. Allerdings erfolgt in Rz. 86 der Sanktionsverfügung eine vollkommene Abdeckung des Gemeindefnamens und des Firmennamens. Zudem werden in Abbildungen die Gemeindefnamen vollkommen abgedeckt: Rz. 556 Abbildung 34; Rz. 886 Abbildung 54 (betr. Gemeindefnamen und Offertnummern), Rz. 911 Abbildungen 55 und 56 (betr. Gemeindefnamen und Offertnummern).

7.1.3 Umsätze/Umsatzanteile von Drittunternehmen (vgl. E. 6.6.4.4 hiervor): Rz. 779 Tabelle 12, Rz. 780, 786.

7.1.4 Beweismittel und Beweisergebnisse, die teilweise Geschehnisse aus der Zeit vor der Einführung von direkten Sanktionen betreffen (vgl. E. 6.6.3.4 *in fine* hiervor): Die prozentualen Angaben in Abbildung 23 (Rz. 275), welche sich konkret auf einzelne Unternehmen beziehen, bleiben weiterhin abgedeckt, wohingegen die anderen Angaben in Abbildung 23 offen gelegt werden.

7.1.5 Angaben, die nicht den rechtlich relevanten Sachverhalt betreffen (vgl. E. 6.6.1.10 hiervor): Rz. 11 (Lokalität der von der Beschwerdeführerin 2 gegründeten Zweigniederlassung), Rz. 12 (Geldbeträge betreffend die Umstrukturierung der X_____ -Gesellschaften). Die Summe der Aktiven und Passiven werden abgedeckt, wobei betreffend die Gegenleistung der zahlenmässige

Betrag mit "[Differenz zwischen Aktiven und Passiven]" umschrieben wird.

7.1.6 Aktennummern (vgl. E.6.6.5.1 hiervor): z.B. Rz. 8, 778.

7.1.7 Personennamen und -kürzel, Telefon- und Faxnummern (vgl. E. 6.6.5.1 hiervor): Rz. 203, Rz. 257 und 259 Abbildungen 15 und 16, Rz. 463, Rz. 479 mit Fn. 574, Rz. 592, Rz. 886 Abbildung 54 (Telefonnummer und Unterschrift), Rz. 1176.

7.1.8 Zuständigkeiten der Verfügungsadressatinnen für Abklärungen in verschiedenen Ingenieurbüros nach allfälligen Ausschreibungen (vgl. vorne E. 6.6.5.1): Der Gemeindefnamen, in welchem das betreffende Ingenieurbüro liegt, wird verschleiert. Jedoch wird der Bezirk, in welchem das Ingenieurbüro liegt, offen gelegt (z.B. Rz. 557 Lemma 1 der Sanktionsverfügung: "Die De Zanet [Ziffer 1] war zuständig für einige Ingenieurbüros in [Gemeinde A im Bezirk See-Gaster] ..."; siehe auch Sanktionsverfügung Rz. 557 Lemma 2, 3, 5 und 6). Allerdings sind konkrete Namen von Ingenieurbüros oder von weiteren Unternehmungen vollständig abzudecken bzw. zu umschreiben (vgl. Sanktionsverfügung Rz. 557 Lemma 5, "Baubüro [...]" und Lemma 8 ein "[Energieversorgungsunternehmen]").

7.2 Im Übrigen sind die Beschwerden abzuweisen.

8.

8.1 Die Spruchgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Die Gesamtkosten der beiden vereinigten Verfahren sind in Anbetracht der besonders aufwändigen Instruktion auf Fr. 9'600.- festzusetzen, wobei auf den Endentscheid Fr. 4'500.-, die Instruktion betreffend vorsorgliche Anordnungen zur Internetpublikation Fr. 3'600.- und auf die vorsorglichen Massnahmen zur die vorinstanzliche Internetpublikation vom 17. Mai 2018 begleitende Medienkommunikation der Vorinstanz Fr. 1'500.- entfallen. Aufgrund des unterschiedlichen Aufwands für die Beurteilung der Begehren bzw. des Umstands, dass insbesondere die Frage zu beantworten war, ob und wie der Aspekt zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführerin 1 im Unterschied zur Beschwerdeführerin 2 keine Kartellrechtsverstösse vorgeworden werden, wird der Aufwand für Endentscheid und Zwischenverfahren betreffend Internetpublikation so aufgeteilt, dass die Kosten im Verfahren betreffend die Beschwerdeführerin 1, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass nur sie Anträge zur Medienkommunikation gestellt hat, auf insgesamt Fr. 6'000.- und die Kosten für die Behandlung der Anträge der Beschwerdeführerin 2 auf Fr. 3'600.- festzusetzen sind.

8.2 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden den Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Obsiegt die Beschwerdeführerseite teilweise, ist bei der Verlegung der Kosten grundsätzlich auf das Verhältnis von Obsiegen zu Unterliegen abzu-

stellen (MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 63 Rz. 14; MICHAEL BEUSCH, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 63 Rz. 11,13).

8.3 Die Beschwerdeführerin 1 unterliegt mit ihren formellen Rügen und ihrem Hauptbegehren (dem Untersagen einer Publikation der Sanktionsverfügung im Grundsatz) und obsiegt teilweise mit dem Eventualantrag betreffend Vornahme zusätzlicher Abdeckungen in der "Publikationsversion WEKO". Zudem unterlag sie im Laufe des Beschwerdeverfahrens mit ihren vorsorglichen Anträgen betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, vorsorgliche Aufhebung von Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung, Sistierung des Beschwerdeverfahrens, Nichtvereinigung des Verfahrens mit dem Verfahren B-6714/2017 und Medienkommunikation der Vorinstanz (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 Dispositivziffern 1, 2 und 3.1; Zwischenverfügung vom 24. April 2018 Dispositivziffer 1). Hinsichtlich der superprovisorischen Anträge und des Begehrens, die Sanktionsverfügung nicht in der "Internetversion WEKO" vorab zu veröffentlichen, obsiegte sie teilweise (vgl. Zwischenverfügung vom 8. November 2017 Dispositivziffer 2; Zwischenverfügung vom 12. März 2018 Dispositivziffer 3.3; Verfügung vom 18. April 2018 Dispositivziffer 2).

Das teilweise Obsiegen bringt eine leichte Reduktion der der Beschwerdeführerin 1 aufzuerlegenden Verfahrenskosten mit sich. Auch mit Blick auf das teilweise Unterliegen im Rahmen der verschiedenen Anträge auf vorsorgliche Anordnung (vgl. zur Berücksichtigung derselben im Rahmen der Kostenverlegung das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 10.2) wird vorliegend insgesamt von einem Obsiegen im Umfang von 1/8 ausgegangen. Im Umfang ihres Unterliegens (7/8) sind der Beschwerdeführerin 1 Verfahrenskosten aufzuerlegen, was Fr. 5'250.- ergibt.

Die Beschwerdeführerin 2 unterliegt mit ihren formellen Rügen und ihrem Hauptbegehren (der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung) ebenfalls. Sie obsiegt im vorstehend geschilderten Sinne teilweise mit dem Eventualantrag betreffend Vornahme zusätzlicher Abdeckungen in der "Publikationsversion WEKO". Zudem unterlag sie im Laufe des Beschwerdeverfahrens mit ihren Anträgen betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, vorsorgliche Aufhebung von Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung, Sistierung des Beschwerdeverfahrens und Nichtvereinigung des Verfahrens mit dem Verfahren B-6291/2017 (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 Dispositivziffern 1, 2 und 3.1). Im Unterschied zur Beschwerdeführerin 1 hat sie aber keine vorsorglichen Massnahmen zur die Internetpublikation begleitende Medienkommunikation der Vorinstanz beantragt. Hinsichtlich der superprovisorischen Anträge und des Begehrens, die Sanktionsverfügung nicht in der "Internetversion WEKO" vorab zu veröffentlichen, obsiegte sie teilweise (vgl. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 Dispositivziffer 3.3; Verfügung vom 18. April 2018 Dispositivziffer 2). Insgesamt ist demnach betreffend die Beschwerdeführerin 2 von einem Obsiegen im Umfang von 1/6 auszugehen, was von ihr zu tragende Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 3'000.- ergibt.

8.4 Nach dem Gesagten sind der Beschwerdeführerin 1 Kosten in Höhe von Fr. 5'250.- aufzuerlegen. Im Umfang von Fr. 2'500.- wird dieser Betrag dem geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Die restlichen Fr. 2'750.- hat die Beschwerdeführerin 1 binnen 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen. Der Beschwerdeführerin 2 sind Kosten in Höhe von Fr. 3'000.- aufzuerlegen. Unter Berücksichtigung des geleisteten Kostenvorschusses von ebenfalls Fr. 2'500.- hat die Beschwerdeführerin 2 binnen 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 500.- zu bezahlen.

9.

9.1 Für die erwachsenen notwendigen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist den obsiegenden Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Im vorliegenden Fall obsiegen die Beschwerdeführerinnen teilweise (vgl. E. 8.3 hiervor), womit sie im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf Parteientschädigung haben (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

9.2 Da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen keine Kostennoten eingereicht hat, ist die Entschädigung auf Grund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass detailliert Abdeckungsvorschläge zu machen und zu prüfen waren. Andererseits ist festzustellen, dass der Aufwand der Beschwerdeführerinnen nicht durchwegs als notwendig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 bzw. Art. 10 Abs. 1 VGKE erscheint. Zusammenfassend erweist es sich als angemessen, der Beschwerdeführerin 1 zu Lasten der Vorinstanz im Umfang ihres Obsiegens zu 1/8 eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- und der Beschwerdeführerin 2, der zwar mangels Anträgen zur Medienkommunikation und Eingaben namentlich zum geltend gemachten Anspruch der Beschwerdeführerin 1 auf Anonymisierung weniger notwendiger Aufwand entstanden ist, die aber in höherem Umfang mit 1/6 obsiegt hat, ebenfalls eine solche von Fr. 3'500.- (je inkl. Auslagen und MwSt) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die Vorinstanz wird angewiesen, die in der beiliegenden "Publikationsversion BVGer" entsprechend gekennzeichneten Passagen in der publizierten Version der angefochtenen Verfügung abzudecken. Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin 1 werden Verfahrenskosten von Fr. 5'250.- auferlegt. Im Umfang von Fr. 2'500.- wird dieser Betrag dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 2'750.- ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt

30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Der Beschwerdeführerin 2 werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 3'000.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 500.- ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.

Der Beschwerdeführerin 1 wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'500.- zugesprochen.

5.

Der Beschwerdeführerin 2 wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'500.- zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin 1 (Urteil per Gerichtsurkunde;
Beilagen: "Publikationsversion BVGer";
Begleitschreiben mit Erläuterungen zu den Abdeckungen per Einschreiben)
- die Beschwerdeführerin 2 (Urteil per Gerichtsurkunde;
Beilagen: "Publikationsversion BVGer";
Begleitschreiben mit Erläuterungen zu den Abdeckungen per Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0438; Urteil per Gerichtsurkunde;
Beilagen: "Publikationsversion BVGer";
Begleitschreiben mit Erläuterungen zu den Abdeckungen per Einschreiben)
- das eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

5. Zwischenverfügung vom 12. März 2018 – Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. März 2018 Xz_____AG, Beschwerdeführerin 1, Xy_____AG, Beschwerdeführerin 2, beide vertreten durch [...], Beschwerdeführerinnen (X_____ - Gesellschaften), gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 betreffend die Sanktionsverfügung 22-0438 vom 8. Juli 2016 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

A.a Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 betreffend die Untersuchung „22-0438: Bauleistungen See-Gaster“ (nachfolgend: Sanktionsverfügung) sanktionierte die Wettbewerbskommission (im Folgenden: Vorinstanz oder WEKO) acht Strassen- und Tiefbaunternehmen, worunter die Xz_____AG und die Xy_____AG, wegen eines Verstosses gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 des Kartellgesetzes. Dabei stellte die WEKO im Dispositiv der Sanktionsverfügung fest, dass die Xz_____AG und die Xy_____AG den auf sie entfallenden Sanktionsbetrag unter solidarischer Haftung zu tragen haben.

A.b Mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 eröffnete die WEKO den Verfahrensparteien die Sanktionsverfügung. Zu diesem Zweck übersandte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) unter anderem dem Rechtsvertreter der X_____ - Gesellschaften ein Exemplar der Sanktionsverfügung (WEKO-Verfahrensakten, act. 1).

A.c Gegen die Sanktionsverfügung erhoben unter anderem die Xz_____AG und die Xy_____AG am 11. November 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6998/2016). Sie verlangten namentlich die Aufhebung der Sanktionsverfügung, soweit ihnen eine Sanktion und Verhaltenspflichten auferlegt worden waren. Begründet wurde die Beschwerde unter anderem damit, dass die Verfügung nicht rechtmässig eröffnet worden sei, da dem Rechtsvertreter der Xz_____AG und der Xy_____AG nur ein Verfügungsexemplar zugestellt worden sei und die Sanktionsverfügung keine individualisierte Feststellung des Verfügungsadressaten zulasse. Die Beschwerde ist derzeit hängig.

B.

B.a Im Begleitschreiben zur Sanktionsverfügung vom 3. Oktober 2016 wurden die Xz_____AG und die Xy_____AG darauf hingewiesen, dass die WEKO beabsichtige, die Sanktionsverfügung in der Reihe „Recht und Politik des Wettbewerbs“ (nachfolgend: „RPW/DPC“) zu publizieren. Aus diesem Grund wurden

die Xz_____AG und die Xy_____AG gebeten, der Vorinstanz bis zum 4. November 2016 mitzuteilen, ob die ihnen zugestellte Sanktionsverfügung weitere Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor deren Veröffentlichung umschrieben oder entfernt werden müssten. Die Vorinstanz merkte an, dass sie ohne Meldung der Xz_____AG und der Xy_____AG bis zum besagten Datum davon ausgehe, dass diese mit der Veröffentlichung der Verfügung in der aktuellen Version einverstanden seien. Sofern sich jedoch Differenzen bezüglich der Abdeckungen gewisser Textstellen als Geschäftsgeheimnisse ergeben sollten, werde eine vorläufige Fassung, in welcher die noch strittigen Textstellen vorläufig abgedeckt bleiben, auf der Homepage der Vorinstanz veröffentlicht. Sobald die fraglichen Punkte – allenfalls im Rahmen einer Verfügung – geklärt seien, werde der definitiv bereinigte Text in der Reihe „RPW/DPC“ publiziert werden (act. 1).

B.b Nachdem in einem mehrfachen Schriftenwechsel zwischen der Vorinstanz und der Xz_____AG wie auch der Xy_____AG die rechtsgenügeliche Eröffnung der Sanktionsverfügung diskutiert worden war (act. 4-7, Schreiben im Zeitraum zwischen dem 20. Oktober und 2. November 2016), reichten die Xz_____AG und die Xy_____AG innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 bei der Vorinstanz eine Publikationsfassung der Verfügung ein, in welcher bestimmte Passagen abgedeckt waren (act. 12), und stellten folgende Anträge:

- 1) Es sei von einer Publikation der Verfügung vom 8. Juli 2016 gänzlich abzusehen, soweit die Verfügung die Xz_____AG und/oder die Xy_____AG direkt oder indirekt betrifft. Die entsprechenden Passagen entnehmen Sie in der Beilage als geschwärzte Stellen. Die zur Publikation freigegebene Verfügung ist dem Rechtsvertreter für eine Schlusskontrolle vorab zuzustellen.
- 2) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss [der von den Beschwerdeführerinnen bearbeiteten Publikationsversion] als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.
- 3) Eine Ablehnung der Anträge 1 und 2 sei mit anfechtbarer Verfügung zu erlassen.
- 4) Bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung gemäss Antrag 3 gilt die Verfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis.

Zur Begründung führten die Xz_____AG und die Xy_____AG insbesondere aus, ihrem gemeinsamen Rechtsvertreter sei nur ein Exemplar der Sanktionsverfügung zugestellt worden, obwohl es sich bei der Xz_____AG und der Xy_____AG um zwei Parteien handle. Mithin sei keine rechtskonforme Zustellung der Sanktionsverfügung erfolgt. Damit sei die vermeintliche Verfügung bis zum Entscheid des Bundesverwaltungs-

gerichts zur Frage, ob eine korrekte Zustellung erfolgt ist, als blosser Meinungsäusserung der WEKO anzusehen, womit Art. 48 KG nicht zum Tragen komme und auf eine Publikation entsprechend zu verzichten sei. Ausserdem führe die falsche und auch unnötige Sachverhaltsdarstellung insbesondere betreffend Aktivitäten der Xy_____AG für den Zeitraum von 1977 bis 2002 – also vor Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellgesetzes – zu einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung. Vorliegend sei auch kein überwiegendes öffentliches Interesse ersichtlich, welches eine Persönlichkeitsverletzung zu rechtfertigen vermöge. Auch in Bezug auf den Zweck der Transparenz sei nicht ersichtlich, inwiefern ein nicht (meint: nicht ordnungsgemäss) zugestellter Entscheid Transparenz schaffen könnte.

B.c Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 führte das WEKO-Sekretariat aus, die Sanktionsverfügung sei mit der Zustellung an den gemeinsamen Rechtsvertreter der Xz_____AG und der Xy_____AG gemäss Art. 34 VwVG rechtsgültig eröffnet worden. In Bezug auf die Publikation der Sanktionsverfügung teilte es mit, in Abweichung von der seitens der Xz_____AG und der Xy_____AG eingereichten Fassung seien bei der endgültigen Publikation weitere Passagen offenzulegen. Diesbezüglich werde eine kostenpflichtige Publikationsverfügung erlassen, die dem Rechtsvertreter vermutlich im Februar 2017 zugestellt werde. Auf der Homepage der WEKO werde – wie bereits mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 angekündigt – voraussichtlich am 22. Dezember 2016 eine vorläufige Internet-Fassung aufgeschaltet, in welcher die strittigen Textstellen vorläufig abgedeckt blieben. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die von den Beschwerdeführerinnen in ihrer Publikationsfassung selbst nicht abgedeckten Passagen bis zum Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung quasi temporär Geschäftsgeheimnisse darstellten könnten. Die vorgesehene vorläufige Internetversion vom 16. Dezember 2016 wurde dem Rechtsvertreter per WebFTP zur Kenntnis zugestellt (act. 13).

B.d Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen vom 12. Dezembers 2016 vollumfänglich fest und machten einerseits erneut eine nicht rechtsgenügende Eröffnung der Sanktionsverfügung sowie andererseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Ansetzung kurzer Fristen durch die WEKO im Publikationsverfahren geltend. Eventualiter wurde die Schwärzung zusätzlicher Passagen beantragt (act. 14).

B.e Mit E-Mail vom 22. Dezember 2016 teilte die Vorinstanz allen Parteien des mit Verfügung vom 8. Juli 2016 beendeten Sanktionsverfahrens mit, dass sie zur Zeit von einer Internetpublikation der Sanktionsverfügung auf ihrer Homepage absehe, da ein Antrag vorliege, nach welchem die Sanktionsverfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu betrachten sei. Daher werde zunächst über diesen Antrag entschieden, bevor die Sanktionsverfügung online aufgeschaltet werde (act. 15).

C.

Im Verfahren B-6998/2016 vor Bundesverwaltungsgericht betreffend die gegen die Sanktionsverfügung gerichteten Beschwerden lehnte der Instruktionsrichter die

seitens der Xz_____AG und der Xy_____AG angebrachte Sistierung dieses Verfahrens mit Zwischenverfügung vom 20. Juni 2017 ab. Dabei äusserte er sich insbesondere zur Frage der Bedeutung eines allfälligen Eröffnungsfehlers in Bezug auf die Sanktionsverfügung und stellte dazu fest, dass darin vorliegend jedenfalls kein Grund für eine Sistierung des Verfahrens erblickt werden könne. Das Bundesgericht trat auf eine hiergegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 24. August 2017 nicht ein.

D.

D.a Am 30. Oktober 2017 erliess die Vorinstanz die Publikationsverfügung gegenüber der Xz_____AG und der Xy_____AG (act. 16). Dieser liegen zwei teilweise geschwärzte Fassungen der Sanktionsverfügung zugrunde. Dabei handelt es sich zum einen um die Publikationsversion (act. 16, angefochtene Publikationsverfügung, Beilage 1; nachfolgend: „Publikationsversion WEKO“), die nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung in der Reihe „RPW/DPC“ publiziert werden soll. Zum anderen handelt es sich um die Internetversion (act. 16, angefochtene Publikationsverfügung, Beilage 2; nachfolgend: „Internetversion WEKO“), die noch vor Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung auf der Internetseite der Wettbewerbsbehörde publiziert werden sollte.

D.b Das Dispositiv der Publikationsverfügung lautet wie folgt:

- 1) Die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 i.S. Bauleistungen See-Gaster wird nach Eintritt der Rechtskraft dieser Publikationsverfügung gegen die Xy_____AG und die Xz_____AG vom 30. Oktober 2017 in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW/DPC) in derjenigen Fassung veröffentlicht, wie sie sich aus der dieser Verfügung beiliegenden „Publikationsversion“ ergibt.
- 2) Die Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 i.S. Bauleistungen See-Gaster wird vor Eintritt der Rechtskraft dieser Publikationsverfügung gegen die Xy_____AG und die Xz_____AG vom 30. Oktober 2017 auf der Internetseite der Wettbewerbsbehörden (<<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home.html>>) in derjenigen Fassung veröffentlicht, wie sie sich aus der dieser Verfügung beiliegenden „Internetversion“ ergibt.
- 3) Einer allfälligen Beschwerde wird in Bezug auf Ziffer 2 dieses Dispositivs die aufschiebende Wirkung entzogen.
- 4) Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 3190.– tragen die Xy_____AG und die Xz_____AG unter solidarischer Haftung.
- 5) Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Xy AG,
 - Xz AG,
 - beide vertreten durch [...].

D.c In ihrer Begründung führte die WEKO erstens aus, die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 KG seien erfüllt, da mit der Sanktionsverfügung ein Entscheid im Sinne dieser Bestimmung vorliege. Ausserdem seien mangels entsprechend substantiierter Anträge mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht Abdeckungen vorgenommen worden insbesondere zum Schutz der als

„Vertreter der X_____ -Gesellschaften“ beschriebenen natürlichen Personen. Schliesslich sei mit BGE 142 II 268 Nikon die Dogmatik der Publikation von WEKO-Entscheiden weitgehend ausser Streit gestellt. Vor diesem Hintergrund rechtfertige sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Internetversion. An der möglichst zeitnahen Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bestehe seitens der Öffentlichkeit, der Presse und der Behörden (vor allem der Vergabestellen) ein öffentliches Interesse, welches das Interesse der Xz_____ AG und der Xy_____ AG an der Herauszögerung der Publikation überwiege. Demnach werde die Internetversion der Sanktionsverfügung vor Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung veröffentlicht (Publikations- verfügung Rz. 56-62).

E.

Am 3. November 2017 teilte das WEKO-Sekretariat dem Rechtsvertreter der Xz_____ AG und der Xy_____ AG Bezug nehmend auf ein vorheriges Telefonat per Mail mit, dass geplant sei, die „Internetversion WEKO“ am 6. November 2017 auf der Homepage der WEKO zu veröffentlichen (act. 17). Gleichentags informierte der Rechtsvertreter der Xz_____ AG und der Xy_____ AG die WEKO darüber, dass er in Kalenderwoche 45 eine Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 beim Bundesverwaltungsgericht einreichen und sich mit vorsorglichen Massnahmen gegen die unzulässige Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung wehren werde (act. 18). Eine Kopie dieses Schreibens ging am 6. November 2017 im Verfahren B-6998/2016 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

F.

F.a Mit Eingabe vom 7. November 2017 (Posteingang: 9. November 2017) erhob die Xz_____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin 1) gegen die Publikationsverfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahrensnummer B-6291/2017) und stellte folgende Rechtsbegehren:

Superprovisorische Massnahmen

- 1) Angesichts der Ankündigung der Vorinstanz vom 3. November 2017, die Verfügung vom 8. Juli 2016 bereits in KW 45 zu publizieren, seien Ziff. 2 und Ziff. 3 des Dispositivs aufgrund superprovisorischer Massnahmen aufzuheben.

Vorsorgliche Massnahmen

- 2) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, Ziffer 2 des Dispositivs aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung vom 30. Oktober 2017 und der Verfügung vom 8. Juli 2016 auf der Internetseite der Vorinstanz zu unterlassen bzw. eine bereits publizierte Verfügung unverzüglich von der Internetseite zu entfernen.
- 3) Es sei, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, Ziffer 3 des Dispositivs aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, die Publikation der angefochtenen Verfügung vom 30. Oktober 2017 und der Verfügung vom 8. Juli 2016 bis Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu unterlassen.

Hauptanträge

- 4) Ziffer 1 des Dispositivs sei vollumfänglich aufzuheben.
- 5) Es sei der Vorinstanz die Publikation der Verfügung vom 8. Juli 2016 sowohl als „Publikationsversion“ als auch „Internetversion“ vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung zu untersagen.
- 6) Es sei der Beschwerdeführerin zu gestatten, den Hauptantrag und die Begründung innert Rechtsmittelfrist zu ergänzen.

Bereinigung Geschäftsgeheimnisse (Eventualiter zu 4.-6.)

- 7) Eventualiter sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 8. Juli 2016 einzuräumen.

Kostenentscheid

- 8) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin 1 insbesondere geltend, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 sei ihr nie eröffnet worden. Überdies habe die Vorinstanz einerseits das Verfahren verzögert und andererseits durch den plötzlichen Erlass der angefochtenen Verfügung „out of the blue“ den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. das Schaffen vollendeter Tatsachen durch die WEKO solle „das Rechtsmittel bewusst ausgehöhlt“ werden.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 8. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 untersagte das Bundesverwaltungsgericht der WEKO einstweilen im Sinne einer superprovisorischen Anordnung, die Sanktionsverfügung zu publizieren. Sodann wurde die Vorinstanz ersucht, sich bis zum 24. November 2017 zu den Anträgen der Beschwerdeführerin 1 betreffend die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise vorsorgliche Massnahmen zu äussern. Zugleich gab der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin 1 Gelegenheit, bis zum 11. Dezember 2017 substantiierte Anträge zur genauen Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu stellen. Ausserdem wurde ein Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– einverlangt, welcher am 13. November 2017 geleistet wurde.

F.c Die Vorinstanz stellte mit ihrer Stellungnahme vom 17. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 folgenden Antrag:

Die Anträge 2 und 3 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 7. November 2017 seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –

Zur Begründung hält sie im Wesentlichen fest, eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei aus den in der angefochtenen Verfügung genannten Gründen, insbesondere mit Blick auf die vorgenommene Interessenabwägung, abzuweisen. Namentlich sei die Information, wonach die Vorinstanz überzeugt ist, dass das von der Beschwerdeführerin 1 getragene Strassen- und Tiefbauunternehmen „X_____“ gegen das Kartellrecht verstossen habe und deshalb zur Zahlung einer Sanktion zu verpflichten sei, nach der NIKON-Rechtsprechung nicht schutzwürdig. Damit müsse die Veröffentlichung

dieser Information auch nicht vorläufig verhindert werden.

F.d Mit Verfügung vom 24. November 2017 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-6291/2017 das superprovisorische Verbot der Internetpublikation gemäss der Verfügung vom 8. November 2017. Gleichentags reichte die Vorinstanz auf Aufforderung des Gerichts vom 21. November 2017 hin die vollständigen Akten ein, die der Publikationsverfügung zugrunde liegen.

F.e Am 1. Dezember 2017 reichte die Beschwerdeführerin 1 im Verfahren B-6291/2017 eine Ergänzung ihrer Beschwerdeschrift ein mit folgendem zusätzlichen Rechtsbegehren:

- 1) Es sei das Verfahren zu Antrag 4 und 5 zu sistieren bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Frage, ob das Dokument „Verfügung vom 8. Juli 2016“ der Beschwerdeführerin rechtskonform eröffnet wurde.

Zur Begründung der Anträge 4 und 7 wird ergänzend ausgeführt, die Vorinstanz habe mit der Anordnung der Publikation den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt, insbesondere da die Beschwerdeführerin 1 mit Kartellrechtsvorwürfen in Verbindung gebracht werde, die sie, da sie zur Zeit des vermeintlichen Kartellrechtsverstosses weder rechtlich noch wirtschaftlich existiert habe, nicht betreffen würden. Sodann beziehe sich die Sanktionsverfügung über weite Strecken auf Vorkommnisse, die vor der letzten Kartellrechtsrevision stattgefunden hätten. Im Übrigen sei die beantragte Sistierung namentlich mangels ordnungsgemässer Zustellung der Sanktionsverfügung und mit Blick auf den Umstand, dass sie mangels Existenz zum Zeitpunkt der behaupteten Verstösse „gar keine Untersuchungsadressatin sein konnte“, angezeigt.

G.

G.a Mit Eingabe vom 24. November 2017 (Posteingang: 28. November 2017) reichte auch die Xy_____AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin 2) Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 ein (Verfahrensnummer B-6714/2017) mit folgenden Rechtsbegehren:

Vorsorgliche Massnahmen

- 1) Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei im Rahmen einer vorsorglichen Anordnung aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Hauptanträge

- 2) Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei aufzuheben und der Vorinstanz die Publikation des Dokuments „Verfügung vom 8. Juli 2016“ als „Internetversion“ vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung zu untersagen.
- 3) Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2017 sei aufzuheben und die „Publikationsversion“ – sofern erforderlich – zur Neubeurteilung der Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Verfahrensantrag (zu 2. und 3.)

- 4) Es sei das Verfahren zu Antrag 2 und 3 zu sistieren bis zur rechtskräftigen Beurteilung der Frage, ob das Dokument

„Verfügung vom 8. Juli 2016“ der Beschwerdeführerin rechtskonform eröffnet wurde.

Bereinigung Geschäftsgeheimnisse (Eventualiter zu 2. und 3.)

- 5) Eventualiter sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 8. Juli 2016 einzuräumen.

Kostenentscheid

- 6) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wird wie im Parallelverfahren B-6291/2017 vorgebracht, die Vorinstanz habe „nach zehn Monaten Tatenlosigkeit“ durch ihr Handeln „out of the blue“ den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Zudem sei die aufschiebende Wirkung in einem Rechtsstaat die Regel. Des Weiteren habe die Vorinstanz die Nachteile nicht beachtet; was der Öffentlichkeit einmal bekannt gemacht werde, könne nicht wieder zurückgenommen werden. Überdies macht die Beschwerdeführerin 2 eine Verletzung von Bundesrecht wegen der vorgesehenen Publikation von Geschäftsgeheimnissen geltend.

G.b Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2017 im Verfahren B-6714/2017 untersagte das Bundesverwaltungsgericht der WEKO im Sinne einer superprovisorischen Anordnung, die Sanktionsverfügung zu publizieren. Zudem ersuchte es die Vorinstanz, sich innert Frist zu den Anträgen der Beschwerdeführerin 2 betreffend der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und die vorsorglichen Massnahmen sowie betreffend das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin 2 und die Vereinigung des Verfahrens mit dem Verfahren B-6291/2017 zu äussern. Die Beschwerdeführerin 2 erhielt Gelegenheit, bis zum 11. Dezember 2017 substantiierte Anträge zur genauen Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu stellen. Ausserdem wurde wie im Parallelverfahren ein Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.– einverlangt.

G.c Mit Eingabe vom 1. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 stellt die Vorinstanz folgende Anträge:

- 1) Antrag 1 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
- 2) Antrag 4 gemäss Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. November 2017 sei abzuweisen.
- 3) Das vorliegende Verfahren (Geschäftsnummer B-6714/2017) sei mit dem bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren mit der Geschäftsnummer B-6291/2017 zu vereinigen.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –

Zur Begründung verweist die Vorinstanz betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung insbesondere auf die angefochtene Publikationsverfügung (vgl. dort Rz. 56-62). Fehle es an einer hinreichenden Mitwirkung des verfahrensbeteiligten Privaten (im vorinstanzlichen Verfahren), sei auf das Begehren um Nichtpublikation gar nicht erst einzutreten. Des Weiteren macht sie geltend, die Voraussetzungen für eine Sistierung des Verfahrens seien nicht erfüllt. Daran ändere auch eine allenfalls fehlerhafte Eröffnung der Sanktionsverfügung, wie sie von der Beschwerdeführerin 1 behauptet werde, nichts. Hingegen dränge sich eine Vereinigung der Beschwerdeverfahren B-6714/2017 und B-6291/2017 auf,

da sich die gleichen Rechtsfragen stellen würden und eine gemeinsame Behandlung der beiden Beschwerden prozessökonomisch sei.

G.d Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 nahm die Beschwerdeführerin 2 zu den Geschäftsgeheimnissen in der Internet- und Publikationsversion der WEKO Stellung und reichte eine bereinigte Internetversion der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 ein. Sie beantragt was folgt:

- 1) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss Beilage als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.

G.e Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 stellt die Beschwerdeführerin 2 innert erstreckter Frist folgenden Antrag:

- 1) Das vorliegende Verfahren sei getrennt vom Verfahren B-6291/2017 zu führen und von einer Verfahrensvereinigung abzusehen.

G.f Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6291/2017 nahm die Beschwerdeführerin 1 innert Frist zur Verfahrensvereinigung und den Geschäftsgeheimnissen Stellung und reichte eine bereinigte Internetversion der Sanktionsverfügung ein. Sie beantragt was folgt:

- 1) Es seien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowie der Persönlichkeit, die geschwärzten Stellen gemäss Beilage als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.
- 2) Es sei eine Verfahrensvereinigung des vorliegenden Verfahrens mit dem Verfahren B-6714/2017 abzulehnen.

G.g Mit Verfügung vom 18. Dezember 2017 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass ohne umgehend zu stellende anders lautende Anträge kein weiterer Schriftenwechsel in Bezug auf die aufschiebende Wirkung bzw. vorsorglichen Anordnungen in den Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 vorgesehen sei.

H.

H.a Mit gleichlautenden Verfügungen betreffend die Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 vom 20. Dezember 2017 stellte der Instruktionsrichter fest, die WEKO habe beim Gericht eine Rechtskraftanfrage in Bezug auf die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 gegen [eine weitere Verfügungsadressatin] gestellt. Er forderte die Vorinstanz auf, dem Gericht mitzuteilen, ob die mit der angefochtenen Publikationsverfügung eingereichte „Internetversion WEKO“ (act. 16, Beilage 2) nach wie vor aktuell bzw. durch den Konsens der anderen sanktionierten Unternehmen gedeckt sei.

H.b Am 21. Dezember 2017 teilte die Vorinstanz mit gleichlautenden Eingaben in den Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 mit, dass aufgrund der Tatsache, dass [diese weitere Verfügungsadressatin] gegen die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 keine Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben habe, die Publikationsverfügung auch gegenüber [dieser Verfügungsadressatin] in Rechtskraft erwachsen sei. Ausser den Beschwerdeführerinnen seien damit alle Verfahrensparteien der Untersuchung „22-0438: Bauleistungen See-Gaster“ mit der Veröffentlichung der „Publikationsversion WEKO“ (act. 16, Beilage 1) einverstanden. Das-

selbe gelte für die „Internetversion WEKO“ (act. 16, Beilage 2), welche nur insoweit von der „Publikationsversion WEKO“ abweiche, als sie im Hinblick auf die ursprünglichen Einwände [dieser weiteren Verfügungsadressatin] zusätzliche vorläufige Schwärzungen enthalte (angefochtene Publikationsverfügung Rz. 62). Diese zusätzlichen vorläufigen Schwärzungen seien mit der Rechtskraft der Publikationsverfügung gegen [diese weitere Verfügungsadressatin] hinfällig geworden.

I.

Mit Verfügungen vom 30. Januar 2018 wurde den Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz in den beiden Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 der Entwurf der vom Bundesverwaltungsgericht überarbeiteten Internetversion (nachfolgend: „Entwurf Internetversion BVGer“) zugestellt, wobei den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zur freigestellten Stellungnahme zum „Entwurf Internetversion BVGer“ bis am 6. Februar 2018 gegeben wurde.

J.

In beiden Verfahren reichten die Beschwerdeführerinnen innert erstreckter Frist am 16. Februar 2018 je eine Stellungnahme ein. Diesen Stellungnahmen lag jeweils dieselbe von den Beschwerdeführerinnen mit Geschäftsgeheimnissen markierte Fassung der Sanktionsverfügung bei (nachfolgend: „Fassung gemäss Stellungnahme Bf zum Entwurf Internetversion BVGer“).

und zieht in Erwägung:

1.

Die Beschwerden vom 7. und 24. November 2017 richten sich gegen die Publikationsverfügung der Vorinstanz vom 30. Oktober 2017 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung derartiger Streitsachen zuständig. Daraus ergibt sich auch die Zuständigkeit in Bezug auf die Vereinigung und Sistierung von Beschwerdeverfahren und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Der diesbezügliche Entscheid fällt in die Kompetenz des Instruktionsrichters (Art. 39 Abs. 1 VGG; Zwischenverfügung des BVGer B-6998/2016 vom 20. Juni 2017 E. 1).

2.

Das Bundesverwaltungsgericht kann namentlich aus prozessökonomischen Gründen zwei oder mehrere Beschwerden in einem Verfahren vereinigen, wenn die einzelnen Sachverhalte in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen und sich gleiche oder ähnliche Rechtsfragen stellen (vgl. BGE 131 V 222 E. 1; Zwischenverfügung des BVGer A-359/2018 vom 14. Februar 2018 E. 2 mit Hinweis; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.17 m.w.H.).

2.1. Auf Nachfrage des Gerichts vom 28. November 2017 hat sich die Vorinstanz für eine Vereinigung der Verfahren ausgesprochen (vgl. Eingabe vom 1. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 Rz. 18-21).

2.2. Die Beschwerdeführerinnen halten mit Eingaben vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6291/2017 (Rz. 15-21) und im Verfahren B-6714/2017 (Rz. 7-12) fest, dass zwischen den Verfahren kein enger inhaltlicher Zusammenhang bestehe. Während die Beschwerdeführerin 2 im Zeitpunkt des in Frage stehenden Verstosses gegen das Kartellgesetz wirtschaftlich tätig gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin 1 ihre Tätigkeit erst im Jahre 2014 aufgenommen. Daher sei die Beschwerdeführerin 1 zum Zeitpunkt des kartellrechtlich beanstandeten Handelns gar nicht existent gewesen. Sie sei ausserdem auch nicht die Rechtsnachfolgerin der Beschwerdeführerin 2. Damit seien die Interessen in Bezug auf den Verfügungsgegenstand völlig unterschiedlich, was insbesondere Auswirkungen auf die Instruktionen habe, die der gemeinsame Rechtsvertreter erhalte. Daher würden derzeit beide Beschwerdeführerinnen prüfen, ob die unterschiedlichen Interessen nicht mit einer voneinander getrennten Rechtsvertretung effizienter gewahrt werden könnten. Sodann würden sich ungleiche Rechtsfragen stellen und es würden keine prozessökonomischen Gründe für eine Vereinigung der Verfahren vorliegen. Eine Vereinigung würde für die Beschwerdeführerinnen vielmehr erhebliche Nachteile bedeuten, da sie in diesem Fall gezwungen würden, sich mit Rechtsfragen zu befassen, die sich sonst nicht stellen würden. Insbesondere hätte die Beschwerdeführerin 1 von der Vorinstanz nie in das Verfahren einbezogen werden dürfen. Durch die Verfahrensvereinigung werde sie ohne Not gezwungen, sich mit aufwandintensiven materiellrechtlichen Fragen auseinander zu setzen, die sich bei ihr nicht stellen würden.

2.3. Den Beschwerdeführerinnen ist insofern beizupflichten, als die Vorinstanz aus dem Umstand, dass sie gegen zwei Beschwerdeführerinnen nur eine Publikationsverfügung erlassen hat, im vorliegenden Zusammenhang nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Unbestritten ist aber auch, dass die Begehren beider Beschwerden inhaltlich gleichlautend sind. Überdies haben die Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die Internetpublikation und die Publikationsversion für die „RPW/DPC“ identische Anträge betreffend die Abdeckung gewisser Passagen gestellt. Zudem ist – auch wenn die Beschwerdeführerin 1 bestreitet, eine mögliche Adressatin der Sanktionsverfügung zu sein – in den in Frage stehenden Verfahren dieselbe Rechtsfrage zu beantworten, nämlich die Frage nach dem Umfang der Publikation der Sanktionsverfügung. Nachdem die Beschwerden somit – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen und sich in beiden Verfahren weitgehend dieselben Rechtsfragen stellen, drängt sich eine Vereinigung der Verfahren aus prozessökonomischer Sicht auf. Daran ändert auch der im Sanktionsverfahren näher zu prüfende Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 im Zeitpunkt der in Frage stehenden, seitens der Vorinstanz behaupteten Verstösse gegen das Kartellgesetz noch gar nicht auf dem Markt aktiv war, nichts. Soweit die Beschwerdeführerinnen auf allenfalls unterschiedliche

Interessen (insb. in Bezug auf die Frage, wer für den behaupteten Verstoss gegen das Kartellgesetz ins Recht gefasst werden kann) hinweisen, kann diese Frage im Sanktionsverfahren allenfalls näher zu prüfen sein, ist aber jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant, und zwar unabhängig von einer allfälligen späteren Mandatierung (teilweise) anderer Rechtsvertreter.

Nach dem Gesagten sind die Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 zu vereinigen und unter der Verfahrensnummer B-6291/2017 fortzuführen.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerinnen stellen mit Beschwerde vom 24. November 2017 (Rz. 34-36) im Verfahren B-6714/2017 und mit Eingabe vom 1. Dezember 2017 (Rz. 3-8) im Verfahren B-6291/2017 den Antrag, das Beschwerdeverfahren sei betreffend die Hauptanträge zu sistieren, bis rechtskräftig entschieden sei, ob die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 ihnen beiden rechtskonform eröffnet worden sei. Dies begründen sie damit, dass die Sistierung des Verfahrens namentlich bei Hängigkeit eines anderen (gerichtlichen) Verfahrens, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung sei, möglich sei. Werde die Sanktionsverfügung antragsgemäss aufgehoben, entfalle das Anfechtungsobjekt und die vorliegende Beschwerde werde gegenstandslos. Ausserdem hätte gegen die Beschwerdeführerin 1 aufgrund der Tatsache, dass sie ihre Geschäftstätigkeit erst lange nach den seitens der Vorinstanz behaupteten Verstössen gegen das Kartellgesetz aufgenommen habe, schon gar keine Untersuchung eröffnet werden dürfen. Solange also die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes wegen fehlender Teilnahme der damals noch inexistenten Beschwerdeführerin 1 am behaupteten Kartellrechtsverstoss wie auch die Gültigkeit bzw. rechtswirksame Zustellung der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 nicht geklärt seien, sei eine Beurteilung über den Umfang der Publikation entbehrlich. Eine Abwägung der betroffenen Interessen ergebe sodann, dass die Interessen der Vorinstanz und der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung den Interessen der Beschwerdeführerinnen und der Rechtsmittelinstanz an einer einstweiligen Sistierung zu weichen hätten.

3.2. Das Bundesverwaltungsgericht kann ein hängiges Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Gründe auf Antrag hin oder von Amtes wegen bis zu einem bestimmten Termin oder Ereignis sistieren. Dabei kommt den Verwaltungsjustizbehörden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BVG 2009/42 E. 2.2; Zwischenverfügung des BVGer B-6998/2016 vom 20. Juni 2017 E. 3.8; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.16 m.w.H.). Eine Sistierung muss mit dem Beschleunigungsgebot gemäss Art. 29 Abs. 1 BV im Einklang stehen und darf nicht zu einer Rechtsverzögerung führen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.14). Sie rechtfertigt sich unter Umständen dann, wenn der Verfahrensausgang (aufgrund der Konnexität zu einem anderen Verfahren) von der vorgängigen Beantwortung einer anderen Frage abhängig ist (SEETHALER/PORTMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 60 zu Art. 52 VwVG; nachfolgend: Bearbeiter, in: VwVG-Praxiskommentar).

3.3. Mit Zwischenverfügung vom 20. Juni 2017 im Verfahren betreffend die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 (Beschwerdeverfahren B-6998/2016) wies das Bundesverwaltungsgericht den von der Beschwerdeführerin 1 dort gestellten Sistierungsantrag ab.

Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass mit der Zustellung nur eines Exemplars der Sanktionsverfügung an den Rechtsvertreter beider Beschwerdeführerinnen jedenfalls nicht von einem besonders schweren Eröffnungsfehler und einer daraus resultierenden Nichtigkeit der Verfügung auszugehen sei (vgl. dort insb. E. 3.10 f. m.w.H.). Beide Beschwerdeführerinnen hätten gegen die ihrem Vertreter zugestellte Verfügung Beschwerde erhoben. Dabei habe die Beschwerdeführerin 1 beantragt, es sei festzustellen, dass die WEKO ihr keine anfechtbare Verfügung zugestellt habe; eventualiter habe sie sich die Anträge der Beschwerdeführerin 2 zu eigen gemacht. Demzufolge seien der Beschwerdeführerin 1 durch die einfache Zustellung der Sanktionsverfügung offensichtlich keine Rechtsnachteile erwachsen. Das Gericht erachtete es *prima facie* als unwahrscheinlich, dass die Sanktionsverfügung allein mit der Begründung der nicht korrekten Zustellung aufgehoben werde; es sei vielmehr wahrscheinlich, dass das Gericht einen allfälligen Eröffnungsfehler möglicherweise unter Kostenfolge im Sinne einer Feststellung der Fehlerhaftigkeit beurteile. Dies wiederum habe aber auf den Verfahrensgang keinen Einfluss, womit die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen auch mit dem Endentscheid einer Beurteilung zugeführt werden könnten. Insgesamt könne offengelassen werden, ob die Zustellung der angefochtenen Verfügung gegenüber der Beschwerdeführerin 1 rechtskonform bzw. die Zustellung an den Rechtsvertreter genügend „individualisiert“ gewesen sei (a.a.O., E. 3.11). Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin 1, sie könne nicht Adressatin der Sanktionsverfügung sein, weil sie ihre Tätigkeit erst am 1. Januar 2014 aufgenommen und zum Zeitpunkt der behaupteten Kartellrechtsverletzung (2002-2009) noch gar nicht existiert habe, führte das Bundesverwaltungsgericht aus, die Frage der „Zulässigkeit der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin“ stehe den zu beurteilenden materiell-rechtlichen kartellrechtlichen Fragen näher als die Beschwerdeführerin 1 geltend mache. Zudem stünden die beiden Beschwerdeführerinnen *prima facie* in einem Näheverhältnis, welches dergestalt sei, dass der Beschwerdeführerin 1 zugemutet werden dürfe, dass ihre Rügen betreffend die „Zulässigkeit als Verfügungsadressatin“ mit dem Endentscheid beurteilt werden. Deshalb erscheine es in Übereinstimmung mit dem Antrag der Vorinstanz unter Abwägung der prozessökonomischen Gesichtspunkte insgesamt sachgerecht, die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 „zulässige Verfügungsadressatin“ sei, im Hauptverfahren bzw. im Rahmen des Endentscheids zu prüfen (a.a.O., E. 4.3).

Mit Urteil 2C_700/2017 vom 24. August 2017 trat das Bundesgericht auf die von der Beschwerdeführerin 1 gegen die erwähnte Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Juni 2017 erhobene Beschwerde nicht ein. Die blosse hypothetische Möglichkeit eines für die Beschwerdeführerin 1 erfolgreichen Ausgangs des Zwischenverfahrens reiche für die Annahme eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils (im

Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG) nicht aus (Urteil 2C_700/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4).

3.4. Hinsichtlich des vorliegenden Sistierungsantrags kann vollumfänglich auf die Zwischenverfügung vom 20. Juni 2017 im Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung sowie auf das Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2017 verwiesen werden. Eine Sistierung rechtfertigt sich mit derselben Begründung auch im vorliegenden Verfahren nicht. Kommt dazu, dass der strittigen Frage, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin 1 für den behaupteten Verstoß gegen das Kartellgesetz ins Recht fassen kann, im vorliegenden Zusammenhang sehr viel weniger Bedeutung zukommt als im Sanktionsverfahren. Das Bundesgericht hat zum Zweck der Publikation unter anderem festgehalten, dass der der Öffentlichkeit unterbreitete Vorwurf bei Untersuchungseröffnung mit dem begründeten Resultat der Untersuchung von der Öffentlichkeit abgeglichen werden könne (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.2). Das gilt umso mehr für den Vergleich der Sanktionsverfügung der Vorinstanz mit der Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht. Ergänzend ist anzumerken, dass der Ausgang des Beschwerdeverfahrens betreffend die Sanktionsverfügung offen ist und dieses Verfahren relativ aufwändig sein wird, weshalb nicht mit einer baldigen Erledigung gerechnet werden kann. Eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens zugunsten des Beschwerdeverfahrens betreffend die Sanktionsverfügung würde dem erheblichen öffentlichen Interesse an der Publikation zuwiderlaufen und erweist sich damit als nicht sachgerecht (vgl. BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5 und zur Verfahrensdauer insb. E. 4.2.5.2).

4.

Ihren Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begründen die Beschwerdeführerinnen insbesondere mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs seitens der Vorinstanz. Angesichts der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör (BGE 141 V 495 E. 2.2; 138 I 232 E. 5.1; WALDMANN/BICKEL, in VwVG-Praxiskommentar Rz. 106 f. zu Art. 29 VwVG) ist vorab zu prüfen, ob eine allfällige Verletzung so schwerwiegend erscheint, dass die angefochtene Publikationsverfügung bereits deswegen – ohne Prüfung der Gründe, die einer Publikation nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen entgegenstehen, – aufgehoben werden müsste.

4.1. Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen

kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Das Recht auf vorgängige Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG sieht insbesondere vor, dass die Behörde die Parteien anhört, bevor sie verfügt. Darin ist gleichsam das Kernelement des rechtlichen Gehörs zu sehen (BVGE 2013/33 E. 3 mit Hinweisen). Im Unterschied zum Sanktionsverfahren (vgl. Art. 30 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [KG; SR 251] und dazu wiederum BGE 129 II 497 E. 2.2 sowie das Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.1.3) kennt das kartellrechtliche Publikationsverfahren aber keine spezialgesetzliche Erweiterung des Gehörsanspruchs.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 135 I 187 E. 2.2; vgl. E. 4 hiervor mit Hinweisen). Die Heilung von Gehörsverletzungen ist aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene jedoch möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die Beschwerdeführerin dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz für die konkrete Streitfrage die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt, sowie die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVGE 2014/22 E. 5.3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., RZ. 3.110 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, RZ. 1174 ff.; KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, S. 36).

4.2. Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Rüge damit, dass die Vorinstanz die angefochtene Publikationsverfügung nach 10 Monaten Tatenlosigkeit erlassen habe und der vorliegenden Beschwerde in Bezug auf die „Internetversion WEKO“ die aufschiebende Wirkung entzogen habe, ohne ihnen zu irgendeinem Zeitpunkt das rechtliche Gehör gewährt zu haben.

4.3. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, es sei nicht notwendig gewesen, den Beschwerdeführerinnen vor dem Erlass der Publikationsverfügung ein spezifisches Anhörungsrecht einzuräumen, zumal das Verfahren auf deren Gesuch hin eingeleitet worden sei. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit erhalten, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und deren Abdeckung in der Folge auch beantragt. Dass die Auffassung der Beschwerdeführerinnen betreffend die Abdeckung bestimmter Passagen seitens der WEKO nicht geteilt werde, stelle keine Verletzung des Gehörsanspruchs dar.

4.4. Mit Begleitschreiben vom 3. Oktober 2016 (act. 1) eröffnete die Vorinstanz allen Verfahrensparteien die Sanktionsverfügung und forderte diese auf, ihre Geschäftsgeheimnisse in der Sanktionsverfügung zu kennzeichnen. Zudem kündigte die WEKO an, sie werde, sofern sich Differenzen bezüglich der Abdeckung gewisser Textstellen ergeben sollten, eine vorläufige Fassung auf ihrer Homepage veröffentlichen, in welcher die noch strittigen Textstellen vorläufig abgedeckt bleiben würden. Die Beschwerdeführerinnen reichten am 12. Dezember 2016 eine Publikationsfassung der Verfügung ein, in

welcher bestimmte Passagen abgedeckt waren (act. 12). Sie machten dazu geltend, dass von der Publikation der Sanktionsverfügung insgesamt abgesehen werden solle, soweit die Sanktionsverfügung die beiden X_____ - Gesellschaften betreffe. Zudem forderten die Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz den Erlass einer Publikationsverfügung (act. 12). Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 kündigte die Vorinstanz an, dass sie am 22. Dezember 2016 eine Fassung der Sanktionsverfügung auf ihrer Homepage publizieren werde, in der sämtliche strittigen Punkte geschwärzt seien. Ausserdem sollte eine Publikationsverfügung betreffend die endgültig zu publizierende Version der Sanktionsverfügung in der Reihe „RPW/DPC“ veröffentlicht werden (act. 13). Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 legten die Beschwerdeführerinnen dar, dass die Sanktionsverfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu betrachten sei und beantragten die Schwärzung weiterer Passagen (act. 14). Die Vorinstanz teilte daraufhin allen Verfahrensparteien mit, dass sie zurzeit von einer Internetpublikation der Sanktionsverfügung absehe (act. 15). Ohne weitere Verfahrenshandlungen erliess sie am 30. Oktober 2017 die angefochtene Publikationsverfügung (act. 16). Darin kündigte die Vorinstanz an, dass die „Internetversion WEKO“ der Sanktionsverfügung noch vor Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung auf der Internetseite der Wettbewerbsbehörden publiziert werde. Zugleich wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Von den Beschwerdeführerinnen wird nun beanstandet, dass in diesem Vorgehen der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen sei.

4.4.1. Bei der „Internetversion WEKO“ handelt es sich um eine Version, in der gewisse von den Beschwerdeführerinnen am 12. Dezember 2016 beantragte Abdeckungen berücksichtigt worden sind. Zudem sind zusätzliche Abdeckungen zum Schutz potenzieller Geschäftsgeheimnisse [dieser weiteren Verfügungsadressatin] vorgenommen worden. Bezüglich dieser „Internetversion WEKO“ und des seitens der Vorinstanz verfügten Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde (vgl. dazu sogleich E. 5) wurde den Beschwerdeführerinnen keine Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme eingeräumt. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 (act. 1) und vom 16. Dezember 2016 (act. 13) wurde den Beschwerdeführerinnen angekündigt, dass eine Internetversion der Sanktionsverfügung vorab im Internet veröffentlicht werden sollte und die Aufschaltung am 22. Dezember 2016 erfolgen werde. Mit E-Mail vom 22. Dezember 2016 wurde die Internetpublikation auf den Zeitpunkt verschoben, an welchem über den Antrag der Beschwerdeführerinnen, ob die Sanktionsverfügung insgesamt als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sei, entschieden werde (act. 15).

4.4.2. Nach dem Gesagten stellt sich nun einerseits die Frage, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung vorher spezifisch hätte angedroht werden müssen. Andererseits vertreten die Beschwerdeführerinnen jedenfalls sinngemäss den Standpunkt, dass ihnen hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, zu den Abdeckungen noch einmal Stellung zu nehmen, soweit ihre Abdeckungsvorschläge nicht berücksichtigt worden sind. Im vorliegenden Zusammenhang genügt diesbezüglich die

Feststellung, dass selbst für den Fall, dass von einer Gehörsverletzung auszugehen wäre, diese jedenfalls nicht von einer Schwere wäre, welche dazu führen würde, dass die angefochtene Publikationsverfügung aufgehoben werden müsste. Daher kann offen gelassen werden, ob und inwieweit die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör und insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung verletzt hat. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen angesichts des mehrfach erklärten Interesses der Vorinstanz an einer Vorab-Internetpublikation damit hätte rechnen müssen, dass einer allfälligen Beschwerde gegen die Publikationsverfügung die aufschiebende Wirkung entzogen werden könnte. Festzustellen ist jedenfalls, dass sie sich mit Eingaben vom 12. und 21. Dezember 2016 (act. 12, 14) zur Thematik der Vorabpublikation geäußert haben. Auch soweit mit Urteil des BVerfGE 120/11 vom 30. Oktober 2017 (E. 2.5) ausgeführt worden ist, nicht kohärentes Verhalten der Vorinstanz könne im Rahmen der Verlegung der Kosten berücksichtigt werden, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass Publikationsverfügungen trotz nicht schwer wiegender Gehörsverletzung wegen Verletzung von Art. 9 BV aufzuheben sind. Soweit eine Gehörsverletzung vorliegen sollte, ist diese jedenfalls durch die seitens des Bundesverwaltungsgerichts angesetzte Frist zur substantiierten Antragstellung betreffend die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse und die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf für eine bundesverwaltungsgerichtliche Internetversion geheilt worden. Dem steht auch die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Zwar verfügt die Vorinstanz gemäss dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG wie auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung über einen Ermessensspielraum in Bezug auf die Frage, ob eine Verfügung publiziert werden soll (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.3). Diesbezüglich erscheint nicht ausgeschlossen, dass richterliche Zurückhaltungsmechanismen zur Anwendung kommen. Dasselbe gilt möglicherweise auch für die generelle Frage, ob sachverhätlich auch die Vorgänge zwischen 1977 und 2002 beschrieben werden sollen. Das ist aber nicht Gegenstand der Rüge der Beschwerdeführerinnen; diese beklagen sich vielmehr über die überraschende Festlegung der Vorinstanz in Bezug auf die Abdeckungen und den Entzug der aufschiebenden Wirkung, welche ihnen die Möglichkeit genommen habe, noch einmal Abdeckungsvorschläge einzureichen bzw. sich zur vorinstanzlichen, teilweise geschwärtzten Fassung zu äussern. Im Übrigen hatten die Beschwerdeführerinnen jedenfalls die Möglichkeit, zur Grundsatzfrage, ob die Sanktionsverfügung überhaupt publiziert werden soll, und zur weiteren Frage, ob dies auch für Vorgänge gilt, die sich während der Jahre 1977 und 2002 ereignet haben, Stellung zu nehmen. Insofern ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs demnach prima facie ohnehin zu verneinen. Und in Bezug auf die Frage, ob einzelne Passagen namentlich aufgrund von Geschäftsgeheimnisqualität abzudecken sind, kommt dem Bundesverwaltungsgericht trotz eines – beschränkten – Ermessensspielraums (Urteil des BVerfGE 120/11 vom 26. Mai 2016, auszugsweise publiziert als BGE 142 II 268 Nikon E. 5.3.2) jedenfalls volle Kognition zu, womit einer Heilung von allfälligen Gehörsverletzungen nichts entgegensteht.

4.4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Publikationsverfügung prima facie nicht bereits aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist. Damit stehen die diesbezüglichen formellen Rügen auch der Abweisung der Begehren der Beschwerdeführerinnen, soweit mit diesen eine Publikation der Sanktionsverfügung vor dem Endentscheid im vorliegenden Verfahren vollständig verhindert werden soll, nicht entgegen.

5.

Beschwerden gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG haben nach Art. 55 Abs. 1 VwVG grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Eine spezialgesetzliche Regelung betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Sinne von Art. 55 Abs. 5 VwVG kennt das Kartellgesetz nicht. Hat die angefochtene Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand, kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz bzw. der Instruktionsrichter (Art. 39 VGG) kann gemäss Art. 55 Abs. 3 VwVG eine von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wobei über ein entsprechendes Begehren ohne Verzug zu entscheiden ist.

5.1. Vorab ist anzumerken, dass sich die Ausführungen in Bezug auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung nur auf die Internetpublikation der Sanktionsverfügung beziehen und nicht auf deren Publikation in der Zeitschrift „RPW/DPC“, da diese gemäss dem Dispositiv der angefochtenen Verfügung (Ziffer 1) ohnehin erst nach Rechtskraft der Publikationsverfügung erfolgen soll. Im vorliegenden Zusammenhang auch nicht weiter zu berücksichtigen ist der Umstand, dass mit der – nach Anhängigmachen des vorliegenden Verfahrens eingetretenen – Rechtskraft der Publikationsverfügung betreffend [diese weitere Verfügungsadressatin] aus der Sicht der Vorinstanz gewisse mit Rücksicht auf dieses Unternehmen vorgenommene Abdeckungen hinfällig werden. Vielmehr bleiben diese Stellen der „Internetversion WEKO“ folgend auch gemäss den jetzt zu treffenden Anordnungen ohne materielle Prüfung abgedeckt, soweit dies den Begehren der Beschwerdeführerinnen entspricht. Zuzustimmen ist der Vorinstanz demgegenüber, wenn sie festhält, dass es ihr gelungen ist, die Tatsache der Publikation der Sanktionsverfügung als solche und die Frage nach abzudeckenden Passagen mit sechs von acht der von der Untersuchung „See-Gaster“ betroffenen Unternehmen zu bereinigen bzw. ausser Streit zu stellen.

5.2. Die aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Rechtsfolge oder Rechtswirkung vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird (BGE 140 II 134 E. 4.2.1). Das Gesetz geht von der aufschiebenden Wirkung als Grundsatz aus, weshalb überzeugende Gründe vorliegen müssen, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen (BGE 130 II 149 E. 2.2 f.; BGE 129 II 286 E. 3.1; SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 55 Rn. 94). Ob im Einzelfall der Suspensiveffekt zu belassen oder zu entziehen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen,

gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; vgl. mutatis mutandis in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen BGE 130 II 149 Swatch E. 2.2 mit Hinweisen). Bei dieser Interessenabwägung kommt der verfügenden Behörde ein erheblicher Spielraum zu (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenverfügung des BVGer A-1351/2017 vom 3. Mai 2017 E. 2.2). Die Erfolgsprognose der Beschwerde ist zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig ausfällt (vgl. BGE 130 II 149 Swatch E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.27). Ausserdem sind soweit möglich irreparable Nachteile und präjudizierende Wirkungen zu vermeiden (BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 129 II 286 E. 3). Indessen gilt es auch zu vermeiden, dass jemand unberechtigten Nutzen aus dem blossen Umstand der Beschwerdeführung zieht (BGE 140 II 134 E. 4.2.1 *in fine*; SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 55 Rz. 70 und Rz. 97).

5.3. Im vorliegenden Fall entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen die Publikationsverfügung bezüglich der „Internetversion WEKO“ die aufschiebende Wirkung (vgl. Dispositivziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung). Dies begründete sie mit der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, auszugsweise publiziert in BGE 142 II 268 Nikon). Das Bundesgericht habe zu den Argumenten von Gesellschaften, die sich gegen eine Publikation der sie betreffenden Sanktionsverfügungen gewehrt hätten, abschliessend Stellung genommen. Dieselben Erwägungen seien hier zu berücksichtigen. Bei der Sanktionsverfügung handle es sich um einen Entscheid gemäss Art. 48 Abs. 1 KG. Die Voraussetzungen des Verfügungsbegriffes seien erfüllt (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 18-21). Der Behörde stehe zudem ein Ermessen hinsichtlich der Publikation von Sanktionsverfügungen zu, welches die ganze Sanktionsverfügung und nicht nur einzelne Passagen betreffe (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 29-36). Habe die Wettbewerbsbehörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation eines Entscheides insgesamt angemessen ausgeübt, würden dem Einzelnen nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten bleiben, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert werde. Dazu gehöre unter anderem der Schutz der Geschäftsgeheimnisse nach Art. 25 Abs. 4 KG. Die von den Beschwerdeführerinnen verlangten Abdeckungen seien geprüft und in der „Publikationsversion WEKO“ berücksichtigt worden; darin seien alle Textpassagen abgedeckt, die im oben genannten Sinne als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien. Nicht dazu gehören nach der Auffassung der Vorinstanz die Beschreibungen des kartellrechtswidrigen Verhaltens sowie die entsprechende rechtliche Würdigung (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 37-44, insb. Rz. 42 f.). Aus den Begehren der Beschwerdeführerinnen gehe hervor, dass sie eine Anonymisierung der Sanktionsverfügung im Hinblick auf die X_____ -Gesellschaften verlangen würden. Im erwähnten Nikon-Urteil sei indes klargelegt worden, dass die Identität der Untersuchungs- und Verfügungsadressatinnen bei der Publikation offen gelegt werden dürfe (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 41). Des Weiteren würden sich die Beschwerdeführerinnen pauschal auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen und den Persönlichkeitsrechts-

schutz berufen (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 37, 45). Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Persönlichkeitsschutzes rügen, sei dies in der von ihnen eingereichten Publikationsversion nicht hinsichtlich einzelner Abdeckungen begründet worden. Die WEKO habe die Sanktionsverfügung gestützt auf Art. 19 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) im Hinblick auf mögliche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten geprüft und die Namen natürlicher Personen abgedeckt und allenfalls umschrieben (z.B. „[Vertreter der X_____ -Gesellschaften]“; angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 45-51). Diese Argumente seien durch das Bundesgericht umfassend geklärt und bei der beiliegenden Publikationsversion vollständig berücksichtigt worden (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 38 f., 46 ff.). Zudem liege das von den Beschwerdeführerinnen in Frage gestellte öffentliche Interesse an der Veröffentlichung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in casu vor, da es um die Veröffentlichung einer Sanktionsentscheidung gehe. Die Rechtsposition der Beschwerdeführerinnen sei daher aussichtslos. Das Interesse der Öffentlichkeit, der Presse und der Behörden (vor allem der Vergabestellen) an einer möglichst zeitnahen Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 überwiege das Interesse der X_____ -Gesellschaften an einer Herausögerung der Publikation durch eine aussichtslose Beschwerde (angefochtene Publikationsverfügung, Rz. 56-62).

5.4. Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber mit Beschwerden vom 7. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 und vom 24. November 2017 im Verfahren B-6714/2017 geltend, die „Internetversion WEKO“ enthalte Geschäftsgeheimnisse und verletze Persönlichkeitsrechte. Eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten sei namentlich darin zu erblicken, dass gegenüber der Beschwerdeführerin 1 eine ihr nicht ordnungsgemäss zugestellte Verfügung publiziert werde. Die beabsichtigte Publikation unter anderem im Internet werde für die Beschwerdeführerin 1 wirtschaftliche Nachteile nach sich ziehen, da sie öffentlich als „Täterin“ dargestellt werde, obwohl sie zum Zeitpunkt des vermeintlichen Kartellrechtsverstosses nicht existiert habe. Sodann erleide sie durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung einen rechtlichen Nachteil, indem sie keine Chance habe, von einem unabhängigen Gericht vorerst angehört zu werden. Ferner könne die Publikation der nicht rechtskräftigen Verfügung zu (unbegründeten) Schadenersatzforderungen führen. Da überdies die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse allesamt begründet seien, sei das Vorbringen, die Beschwerde sei aussichtslos, nicht substantiiert. Ausserdem machen die Beschwerdeführerinnen unter Hinweis auf BVGE 2009/57 E. 4.1.4.3 geltend, die WEKO habe die Nachteile des Entzugs der aufschiebenden Wirkung vernachlässigt, obwohl diese sowie deren Schwere und Eintretenswahrscheinlichkeit zwingend berücksichtigt werden müssten. Die Nachteile des Entzugs der aufschiebenden Wirkung seien bedeutend. Eine allfällige Publikation, obwohl diese und der Inhalt derselben Gegenstand einer Beschwerde seien, würde das Beschwerdeverfahren zu einem blossen Leerlauf umgestalten. Demgegenüber könne nicht eruiert werden, welchen Nachteil die Behörde erleiden würde, wenn die Verfügung erst mit Eintritt

der Rechtskraft publiziert würde. So seien auch die kartellrechtlich beanstandeten Handlungen nicht bewiesen worden. In diesem Sinne sei der Entzug der aufschiebenden Wirkung unverhältnismässig. Zudem habe die Vorinstanz beim Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht berücksichtigt, dass es sich auch um eine Geldleistung handle. Durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung und die sofortige Publikation der „Internetversion WEKO“ werde eine präjudizielle Wirkung geschaffen, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (insb. BGE 130 II 149 Swatch E. 2.2) nicht zulässig sei. Die Geschäftsgeheimnisse würden der Öffentlichkeit im Internet und später in der „RPW/DPC“ zugänglich gemacht. Dies sei ein Nachteil, der nie mehr wiedergutmacht werden könnte. Die Konsequenz der aufschiebenden Wirkung sei hingegen zumutbar. Die Prozessaussichten seien schliesslich nicht das einzige Kriterium bei der Beurteilung betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

5.5. In ihren Stellungnahmen vom 17. November 2017 im Verfahren B-6291/2017 und vom 1. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 wies die Vorinstanz nochmals ausdrücklich darauf hin, dass nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes zu berücksichtigen sei, dass aussichtslose Beschwerden nicht alleine schon wegen ihres Verzögerungserfolges erhoben werden sollen. Sodann sei die sich aus der „Internetversion WEKO“ ergebende Information, wonach die WEKO überzeugt sei, dass das von der Beschwerdeführerin 1 getragene Strassen- und Tiefbauunternehmen „X“ gegen das Kartellrecht verstossen habe und deshalb u.a. die Beschwerdeführerin 1 zur Zahlung einer Sanktion zu verpflichten ist, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 142 II 268 Nikon) keine schutzwürdige Information.

5.6. Mit Eingaben vom 8. Dezember 2017 im Verfahren B-6714/2017 und vom 15. Dezember 2017 im Verfahren B-6291/2017 rügen die Beschwerdeführerinnen, dass ihre Anonymisierung in der Sanktionsverfügung ausgeblieben sei. Zudem liege der Sanktionsverfügung eine falsche und unnötige Sachverhaltsdarstellung zugrunde. Denn in der Sanktionsverfügung seien auch Handlungen beschrieben worden, die 1977-2002, also vor der letzten Kartellgesetzrevision, stattgefunden hätten. Daher sei der zeitliche Geltungsbereich gar nicht gegeben.

5.7.

5.7.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Fall nichts zu Ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten können, dass sie durch die ihnen auferlegte Sanktion zu einer Geldleistung verpflichtet werden. Nach Art. 55 Abs. 2 Satz 1 VwVG ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen, wenn die Verfügung eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Da die Beschwerdeführerinnen aber mit der angefochtenen Publikationsverfügung jedenfalls nicht zu einer Geldleistung verpflichtet werden sollen, steht die genannte Bestimmung dem vollumfänglichen oder teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung von vornherein nicht entgegen.

5.7.2. Der Vorinstanz ist insoweit beizupflichten, als sie im Fall Nikon (Urteil des Bundesgerichts 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, auszugsweise publiziert als BGE 142

II 268) ein Präjudiz erblickt, welches in Bezug auf die Frage, ob eine kartellrechtliche Sanktionsverfügung überhaupt publiziert werden soll, eine gewisse Klarheit geschaffen hat. Der Zweck der Veröffentlichung von Entscheiden der Wettbewerbskommission deckt sich im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4 und 4.2.6; Urteil des BVGer B-6547/2014 vom 25. April 2017 livres en français E. 2.3). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht in Bezug auf ein Strafurteil erkannt, dass eine vollständige Geheimhaltung eines Urteilspruches auch bei Vorliegen sehr gewichtiger Interessen nicht mit dem Öffentlichkeitsgebot vereinbar ist (BGE 143 I 194 E. 3.4.3). Diesen Gedanken übernimmt wiederum das Bundesverwaltungsgericht und überträgt ihn auf die Sanktionsverfügungen der Wettbewerbskommission (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 3.3.3 f. m.w.H.). Das entspricht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dem Konzept des Gesetzgebers, welcher eine Parallelität der Publikation von Entscheiden der WEKO und der Gerichte als notwendig erachtet hat, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (vgl. Art. 1 KG). Er nimmt dabei in Kauf, dass publizierte Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können und nicht rechtskräftig sein müssen (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.5.4; Urteil des BVGer B-149/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 5.4 f.). Dies entspricht auch dem institutionellen Rahmen des schweizerischen Kartellgesetzes, der nach dem vom Staatsanwaltschaftsmodell zu unterscheidenden Administrativmodell ausgestaltet ist.

5.7.3. Die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Ermessen der Wettbewerbsbehörden anheimgestellt. Die Handhabung dieses Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit. Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum oder Zweckmässigkeit bzw. Opportunität. Die Frage der Angemessenheit stellt sich nur dort, wo das Recht – selbst der Verhältnismässigkeitsgrundsatz – als Regulativ nicht mehr hinkommt. Hält sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unzweckmässig aus, handelt sie unangemessen, aber nicht rechtswidrig. Übt sie dagegen ihr Ermessen in einer Weise aus, dass die getroffene Anordnung dem Zweck der gesetzlichen Ordnung widerspricht, liegt Ermessensmissbrauch vor. Dazu gehört eine unverhältnismässige Handhabung des Ermessens (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.3 m.w.H.; Urteil des BVGer B-149/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 5.3). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der vom Gesetzgeber beabsichtigte Präventionseffekt in Bezug auf unbestrittenermassen „klassische“ verpönte Verhaltensweisen, welche vorliegend einigen Unternehmen vorgeworfen werden, stark zugunsten der Publikation ins Gewicht fällt. Dieses Präventionsinteresse ergibt sich in Bezug auf Submissionsab-sprachen gegenüber der öffentlichen Hand als Auftraggeberin nicht nur aus dem Kartellgesetz, sondern auch aus dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) und dem Vergaberecht, weshalb die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zu

Recht auch auf das Interesse der öffentlichen Auftraggeberinnen hinweist. Vor diesem Hintergrund mutet es geradezu zynisch an, wenn die Beschwerdeführerinnen ausführen lassen, die Sanktionsverfügung enthalte keine neuen kartellrechtlichen Erkenntnisse, welche nicht schon sonst bekannt wären. Am öffentlichen Interesse an der Publikation vermag der Umstand, dass noch nicht geklärt ist, wie mit sogenannten Gesamttreden namentlich in Bezug auf Definition, Beweis und Rechtsfolgen umzugehen ist, nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerinnen weisen zwar zu Recht darauf hin, dass die Publikation vor Rechtskraft zu nicht wiedergutzumachenden Nachteilen führen kann, welche – wie auch präjudizierende Effekte – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aufschiebenden Wirkung nach Möglichkeit zu vermeiden sind (vgl. E. 5.2 hiervor). Dieser Umstand darf aber angesichts des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Publikation und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (BGE 142 II 268 Nikon; vgl. E. 5.7.1 hiervor) im vorliegenden Fall nicht dazu führen, dass diese für die Dauer des Beschwerdeverfahrens vollständig verhindert wird. Daran vermag auch die materielle Rüge, wonach es in der Sanktionsverfügung um unbewiesene Behauptungen der Vorinstanz gehe, welche sich vorbehaltlos auf Aussagen der Selbstanzeigerin stütze und faktisch eine Beweislastumkehr vorgenommen habe, nichts zu ändern. Dasselbe gilt für das Risiko, dass die verfahrensbeteiligten Unternehmen allenfalls mit sich später möglicherweise als unberechtigt herausstellenden Schadenersatzbegehren konfrontiert werden. Etwas Anderes kann auch aus der Unschuldsvermutung nicht abgeleitet werden (BGER 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon; Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 3.3.2, 3.3.6). Vielmehr ist dem berechtigten Anliegen der Beschwerdeführerinnen, namentlich soweit sich durch BGE 142 II 268 Nikon nicht geklärte Fragen stellen, durch geeignete Abdeckungen bzw. Schwärzungen Rechnung zu tragen. Damit soll auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung Nachachtung verschafft werden, nach welcher bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten Zurückhaltung zu wahren ist (BGE 130 II 149 Swatch E. 2.2; BGE 127 II 132 Einstweiliger Rechtsschutz Interkonnektion-Swisscom E. 3 m.w.H.). Mit Blick auf die seitens der Beschwerdeführerinnen befürchteten Schadenersatzbegehren ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens betreffend eine seitens der Vorinstanz behauptete Gesamtabrede namentlich sicherzustellen, dass zumindest einstweilen keine einzelnen Projekte bestimmter Gemeinden identifizierbar sind, namentlich wenn sie möglicherweise von Submissionsabsprachen betroffenen waren (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung, Rz. 227, 230 f., 491 f., Rz. 548, Rz. 556 f., Rz. 561 mit Fn. 682, 875, Fn. 1038 zu Rz. 877, Rz. 1121 sowie Rz. 1124); dies entspricht grundsätzlich auch dem vorinstanzlichen Konzept gemäss der „Internetversion WEKO“. Demgegenüber sind entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerinnen offensichtlich nicht geheimhaltungsbedürftig die Namen der Gemeinden, an welche sich das WEKO-Sekretariat im Sinne von Amtshilfesuchen gewandt hat (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung, Rz. 60 mit Fn. 94). Unkenntlich gemacht werden hingegen unter anderem die Marktabklärungslisten, welche im Originaltext der Sank-

tionsverfügung mit Jahreszahlen und Nummern versehen sind (fiktives Beispiel: MA 2013_97), in der „Internetversion BVGer“ mit „[MA-Liste...]“ – wie bereits in der „Internetversion WEKO“ – umschrieben (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung, Rz. 343). Dasselbe ist in Bezug auf die Umschreibung der nummerierten Eigenoffertlisten [EO-Liste...] wie auch die Umschreibung der nummerierten HA-Listen (HAL: [...]) und DOP (Datensatz Offertöffnungsprotokolle) zu sagen (z.B. Sanktionsverfügung, Tabellen: 1, 4-9, 26 [mit dazugehörigen Fn. 1059-1066]).

5.7.4. Die Beschwerdeführerin 1 hält mit Eingabe vom 16. Februar 2018 an ihren Anträgen fest und betont insbesondere, dass es nach wie vor Argumente gebe, die einer Publikation insgesamt entgegenstehen. Insbesondere sei ihr die Sanktionsverfügung nie ordnungsgemäss zugestellt worden, weil ihr Rechtsvertreter, der auch die Beschwerdeführerin 2 vertritt, nur ein Exemplar der Sanktionsverfügung erhalten habe. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht bereits im Rahmen der Ablehnung des Sistierungsantrags der Beschwerdeführerinnen mit Zwischenverfügung vom 20. Juni 2017 betreffend das Beschwerdeverfahren, welches die Sanktionsverfügung zum Gegenstand hat, Stellung genommen. Es kam dabei zum Schluss, dass ein allfälliger Eröffnungsfehler jedenfalls nicht von einer Schwere sei, welche zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung führe. Vielmehr gehe es nur darum, ob im Endentscheid ein Eröffnungsfehler festgestellt werde und ob eine derartige Feststellung gegebenenfalls Kostenfolgen zeitige. Mit derselben Begründung ist im vorliegenden Zusammenhang der Antrag auf Sistierung ebenfalls abgewiesen worden (vgl. E. 3.3 hiervor). Vor diesem Hintergrund kann der behauptete Eröffnungsfehler auch nicht als Argument gegen die Publikation der Sanktionsverfügung dienen. Dieser macht die Sanktionsverfügung der Vorinstanz ebensowenig wie die Tatsache, dass diese angefochten worden ist, zur reinen „Meinungsausserung“ der Vorinstanz, wie dies die Beschwerdeführerinnen behaupten. Die entsprechende Rüge erweist sich daher als von vornherein unbehelflich.

5.7.5. Die Beschwerdeführerin 1 macht darüber hinaus geltend, in Bezug auf sie bestehe kein Publikationsinteresse, weil sie zum Zeitpunkt des vermeintlichen Kartellrechtsverstosses gar nicht existiert habe. Sie könne auch zeitlich gar nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen. In der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, am 20. März 2013 habe die Xy_____AG die Tochtergesellschaft Xz_____AG gegründet; diese sei gemäss Handelsregister in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau tätig. Demgegenüber sei der Zweck der Xy_____AG im Jahre 2014 dahingehend geändert worden, dass diese seitdem laut Handelsregister den Erwerb, die Verwaltung und den Verkauf von Beteiligungen an Unternehmen bezwecke (Sanktionsverfügung, Rz. 11). Damit ist völlig klar, dass der neu gegründeten Gesellschaft direkt keine der in der Sanktionsverfügung beschriebenen Verhaltensweisen vorgeworfen werden kann. Demnach kann aber auch der Beschwerdeführerin 1 nicht gefolgt werden, soweit sie den vollständigen Verzicht auf die Publikation der angefochtenen Verfügung verlangt mit der Begründung, der Umstand, dass sie als „Täterin“ dargestellt werde, würde ihre Persönlichkeit schwer verletzen. Die

im Verfahren B-6998/2016 zu beantwortende Frage wird vielmehr sein, ob die Xz _____ AG trotz fehlender „Tätereigenschaft“ im Sinne solidarischer Auferlegung der Sanktion ins Recht gefasst werden kann. Die Vorinstanz führt dazu aus, die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen seien „bisher kaum geklärt“ (Sanktionsverfügung, Rz. 1133). Sachverhaltlich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Beschwerdeführerin 1 sei „zu keinem Zeitpunkt“ Rechtsnachfolgerin der Xy _____ AG gewesen (Sanktionsverfügung, Rz. 111 ff.). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die 100-prozentige Tochtergesellschaft von der Xy _____ AG Aktiven und Passiven übernommen hat und seitdem für den Betrieb des Strassen- und Tiefbauunternehmens zuständig ist (Sanktionsverfügung, Rz. 1132 *in fine*). Die Beschwerdeführerinnen machen wiederum geltend, beim Vermögensübertragungsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführerin 2 handle es sich um einen Asset Deal. Dies sei insofern relevant, als der Käufer beim Asset Deal nur jene Vermögenswerte übernehme, welche er explizit nenne. Vor diesem Hintergrund erhellt, dass die Frage der „Zulässigkeit der Beschwerdeführerin 1 als Verfügungsadressatin“ erst mit dem Endentscheid im Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung beurteilt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Verfahren B-6998/2016 mit Zwischenentscheid vom 20. Juni 2017 (E. 4.3) festgestellt, dass die beiden Beschwerdeführerinnen prima facie immerhin in einem Näheverhältnis stehen, welches dergestalt ist, dass der Beschwerdeführerin 1 zugemutet werden darf, dass ihre Rügen betreffend die „Zulässigkeit als Verfügungsadressatin“ (erst) mit dem Endentscheid beurteilt werden. Dasselbe gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Die Beschwerdeführerin 1 hat angesichts des Sachverhalts, wie er sich darstellt, auch wenn von einem Asset Deal auszugehen sein sollte, wie ihn die Beschwerdeführerinnen beschreiben, offensichtlich keinen Anspruch darauf, dass der Sachverhalt, welcher beschreibt, wie die Beschwerdeführerin 1 gegründet worden ist und warum ihr gemäss dem Dispositiv der Sanktionsverfügung unter solidarischer Haftung mit der Beschwerdeführerin 2 Sanktionen auferlegt werden sollen, zur Gänze unkenntlich gemacht wird (vgl. *mutatis mutandis* das Urteil des Bundesgerichts 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, auszugsweise publiziert als BGE 142 II 268 Nikon, E. 5.3.5.1). Indessen erweist sich die Rüge, die erst im Jahre 2014 gegründete Beschwerdeführerin 1 habe Anspruch auf Anonymisierung, prima facie als nicht offensichtlich unbegründet. Demnach ist ihrem Begehren insoweit einstweilen teilweise zu entsprechen, womit die Beschwerdeführerin 1 mit X _____ AG zu anonymisieren ist (vgl. etwa Sanktionsverfügung, Rz. 10 ff.). Dies rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Medienmitteilung der Vorinstanz vom 4. Oktober 2016 mit dem Titel „WEKO büsst Strassen- und Tiefbauunternehmen“, in welcher der Beschwerdeführerin 2 kartellrechtswidriges Verhalten vorgeworfen, die Beschwerdeführerin 1 aber nicht erwähnt wird. Auf diese Weise wird auch dem Umstand, dass die zu beurteilende Konstellation ausserhalb des durch BGE 142 II 268 Nikon Gesicherten liegt, Rechnung getragen. Ebenso sind etwa das genaue Datum der Gründung der Xz _____ AG, dasjenige des Übertragungsvertrags wie auch der Kaufpreis nicht offenzu-

legen. Das bedeutet allerdings mit Blick auf das Ziel der Nachvollziehbarkeit der Sanktionsverfügung nicht, dass der Text derselben so anonymisiert werden müsste, dass Rückschlüsse auf die Identität der Beschwerdeführerin 1 ausgeschlossen werden können. Dasselbe gilt auch für die Angaben zur Umstrukturierung, welche zur Gründung der Beschwerdeführerin 1 geführt haben (Sanktionsverfügung, Rz. 11 ff., Rz. 1132 *in fine* und Rz. 1174 ff.; vgl. zur Berücksichtigung der Geschäftsgeheimnisqualität gewisser Angaben die Erwägung 5.8.7 hiernach).

5.7.6. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die „Begründung“ der Vorinstanz, warum ein Kartellrechtsverstoss vorliegen müsse, beziehe sich über weite Strecken auf Vorkommnisse, welche vor der Kartellgesetzrevision, mit welcher die Möglichkeit der Sanktionierung von Unternehmen geschaffen worden sei, stattgefunden hätten. Die Publikation der entsprechenden Passagen würde lediglich dazu dienen, den Ruf der Beschwerdeführerinnen zu schädigen. Es komme faktisch zu einer rückwirkenden Rechtsanwendung. Den Beschwerdeführerinnen ist jedenfalls dahingehend Recht zu geben, dass eine derartige Konstellation bundesgerichtlich noch nicht beurteilt worden ist, was eine gewisse Vorsicht nahe legt. Nicht zugestimmt werden kann ihnen aber, soweit sie geltend machen, es sei nicht nachvollziehbar, welches öffentliche Interesse an einer Veröffentlichung dieser „Prosa“-Texte bestehen solle. Vor allem ist sowohl für die Öffentlichkeit als auch für die Fachwelt von Interesse, wie die sanktionierten Unternehmen gemäss der Darstellung der Vorinstanz vorgegangen sind. Und auf der Grundlage der entsprechenden Darstellung im Sachverhalt wird auch deutlich, welche Änderungen in Bezug auf die seitens der Vorinstanz behaupteten Verhaltensweisen das Inkrafttreten des neuen Kartellrechts mit sich gebracht haben könnte. Die Vorinstanz geht davon aus, dass auch das Vorgehen nach Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellrechts auf dem „Gründungsakt“ aus dem Jahre 2001 aufbaut (Sanktionsverfügung, Rz. 280 mit Hinweis auf Rz. 201 ff. derselben). Nach der Darstellung der Vorinstanz haben die sanktionierten Unternehmen – etwas vereinfacht formuliert – die im Rahmen früherer Kooperation definierten Ziele nach 2002 mit anderer Methode erreicht. Dabei spielen auch vor dem Jahre 2002 etablierte Formen des Kontakts zwischen den Unternehmen eine Rolle. Ausserdem werden Vorgänge dargestellt, die sich ausschliesslich in der Schweiz ausgewirkt haben. Es besteht demnach – im Unterschied zu den Luftfracht-Fällen – nicht das Risiko überschüssiger Sachverhaltsfeststellungen, die auch für andere Wettbewerbsbehörden interessant sein könnten (Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 5.2 f., 5.3.1).

Zugunsten der Beschwerdeführerinnen ist zu berücksichtigen, dass die Nichtsanktionierbarkeit von Verhalten bis zum Inkrafttreten des neuen Kartellrechts Anlass gibt, vorsorgliche Abdeckungen vorzunehmen, welche besonders „süffige“ Unternehmerrausagen oder Teilbeweiswürdigungen betreffen, welche nicht erforderlich sind, um das von der Vorinstanz behauptete Konzept zu verstehen, damit eine allenfalls unnötige Prangerwirkung vermieden wird (z.B. Sanktionsverfügung, Rz. 120, 175, 208, 210 ff., Rz. 247, Rz. 272, Rz. 380, Rz. 461 ff., 633

f., Rz. 645 Lemma 6, Rz. 974, Rz. 986). Damit das von der Vorinstanz dargestellte Konzept, auf welchem die Sanktionsverfügung beruht, ersichtlich bleibt, wird aber die nach den Angaben der Vorinstanz gewählte Methode der in Frage stehenden Unternehmen nicht in erheblichem Umfang verschleiert. Das gilt namentlich für den Sitzungsrhythmus, welcher nach den Anträgen der Beschwerdeführerinnen abgedeckt werden soll (Sanktionsverfügung, Rz. 363 bis 368). Ebenso kann den Anträgen der Beschwerdeführerinnen betreffend die generelle Abdeckung der Begriffe „Submissionsprogramm“ und „Submissionsprogrammssitzungen“ nicht stattgegeben werden (z.B. Sanktionsverfügung, Rz. 194). Indessen wird einstweilen für den Zeitraum vor 2002 nicht die genaue Jahreszahl angegeben, d.h. aus dem „Submissionsprogramm 1994“ wird etwa das „Submissionsprogramm 199X“ (z.B. Sanktionsverfügung, Rz. 180). Die verschiedenen in Bezug auf die gewählten Methoden relevanten Zeiträume (Zeitraum bis 2002, 2002 bis April 2004 und Mai 2004 bis 2009) werden wie die verwendeten Begriffe ebenfalls nicht verschleiert, wohl aber einige detaillierte Angaben innerhalb dieser Zeiträume. Ebenfalls nicht verschleiert wird der Umstand, dass den Unternehmen Kartellrechtsverstösse bis Mitte 2009 vorgeworfen werden (Sanktionsverfügung, etwa Rz. 239 und Rz. 360), wogegen die genaueren Zeitangaben jedenfalls einstweilen den Anträgen der Beschwerdeführerinnen folgend abgedeckt werden (vgl. etwa Sanktionsverfügung, Rz. 362, Rz. 369 und Rz. 378).

Des Weiteren werden genaue Datumsangaben und Uhrzeiten teilweise abgedeckt bzw. verschleiert (vgl. dazu etwa Sanktionsverfügung, Rz. 382 und Rz. 405). Das gilt aber nur für den Zeitraum der Kartellrechtsverstösse. Nicht abgedeckt werden demgegenüber Daten, welche sich auf Ereignisse im Zusammenhang mit dem Untersuchungsverfahren beziehen (vgl. beispielsweise Sanktionsverfügung, Rz. 67 f. sowie Rz. 75).

5.8.

5.8.1. Hat die Behörde ihren Ermessensspielraum in Bezug auf die Publikation einer Verfügung insgesamt angemessen ausgeübt, so bleiben dem Einzelnen dementsprechend nur die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, um sicherzustellen, dass die Verfügung rechtskonform publiziert wird; dazu gehört namentlich der Schutz des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 25 Abs. 4 KG (BGE 142 II 268 Nikon E. 4.2.6 S. 275; Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 3.2).

5.8.2. Keine Geschäftsgeheimnisse sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung, die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung amtlich zu publizieren sind. Dabei muss das nach der Darstellung der Vorinstanz kartellrechtswidrige Verhalten so umschrieben sein, dass Dritte sich von der geplanten Untersuchung ein Bild machen können, um entscheiden zu können, ob sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 43 KG). Wenn schon im Rahmen der Untersuchung die Offenlegung zulässig ist, gilt das erst recht für die Sanktionsverfügung (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.1 [S. 275] und BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.5.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon; Urteil B-6547/2014 vom

25. April 2017 livres en français E. 4.1). Auch liegt in der Namensnennung einer Partei bei einem öffentlichen Interesse kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung (BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, E. 8.4.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon; Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 3.3.1). Ebensovienig steht ein drohender Reputationsschaden der Offenlegung der Identität entgegen; vor allem kann dieser nicht dazu führen, dass im Rahmen der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Publikation eine materielle Überprüfung der Rechtmässigkeit der Sanktion erfolgt (BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, E. 6.5.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon; Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 5.1). Hingegen ist in Bezug auf die Beschwerdeführerin 1, welcher selbst keine Verstösse gegen das Kartellgesetz vorgeworfen werden, zumindest einstweilen die Anonymität zu wahren (vgl. E. 5.7.5 hiervor).

5.8.3. Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bilden (1) alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisher tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung der Geheimnisher ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. „un intérêt légitime“ bzw. „un interesse legittimo“ (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Das Interesse an der Geheimhaltung stellt ein objektives Kriterium dar; massgebend ist insofern, ob die Informationen objektiv gesehen als geheimhaltungswürdig gelten (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.2.1 m.w.H.; Urteil BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 livres en français E. 4.2). Die Unterschützstellung eines Geheimnisses, das einen kartellrechtswidrigen Inhalt hat, ist nicht möglich. Nicht geheimhaltungswürdig sind deshalb Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen; dabei ist einzelfallweise dem Ziel der Publikation Rechnung zu tragen, da es der Öffentlichkeit erlaubt sein soll, die Motive der WEKO zu verstehen (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.2.3 m.w.H.). Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss sich auf geschäftlich relevante Informationen beziehen, d.h. Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen; entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.3. m.w.H.). Folgende Tatsachen weisen in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse auf: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und Beziehungen (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4. m.w.H.; Urteil BGer 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 livres en français E. 4.2).

Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses, insbesondere ob das objektive Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, kommt der zu beurteilenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspiel-

raum zu, in welchem auch die verschiedenen Interessen zu beurteilen sind. Steht danach fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt; es ist zu wahren, und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden. Allerdings wird die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nicht verletzt, wenn dieses verschleiert oder ungenau formuliert wird. Die Mitteilung des wesentlichen Inhalts kann durch Zusammenfassungen, Abdecken der geheimen Passagen oder Ersetzen absoluter Zahlen durch ungefähre Angaben erfolgen; dabei muss neben der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch dem gesetzlichen Auftrag gemäss Art. 48 KG, verständliche und nachvollziehbare Verfügungen zu veröffentlichen, Rechnung getragen werden (Urteil BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon). Strukturelle Bestandteile einer Verfügung der Wettbewerbskommission sind nicht abzudecken (vgl. BGer Urteil 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 livres en français E. 5.4 *in fine*).

5.8.4. Art. 48 Abs. 1 KG bildet die nach Art. 19 Abs. 1 DSGVO erforderliche formell gesetzliche Grundlage, um Personendaten zu veröffentlichen. Sie stellt die gesetzliche Grundlage für eine bereichsspezifische aktive Informationstätigkeit dar (BGE 142 II 268 Nikon E. 6.4.2). In Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 4 KG ist insoweit allerdings eine Spezialregelung zu sehen. Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 25 Abs. 4 KG betreffend Geschäftsgeheimnisse ist diese Norm im Vergleich zu Art. 19 DSGVO strikter, weil Geschäftsgeheimnisse bei Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden nicht preisgegeben werden dürfen. Nur soweit die in Frage stehenden Daten keine Geschäftsgeheimnisse darstellen, ist aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen im Sinne von Art. 19 Abs. 4 DSGVO gegen eine Veröffentlichung sprechen (BGE 142 II 268 Nikon E. 6.4.2 f. m.w.H.; Urteil B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 Luftfracht I E. 3.7).

5.8.5. Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im öffentlichen Recht nicht anwendbar (Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon). Die WEKO hat indessen Art. 19 Abs. 4 DSGVO zu berücksichtigen. Richtigerweise hat die Vorinstanz darum den Interessen natürlicher Personen dahingehend Rechnung getragen, dass die Namen derselben nicht offengelegt, sondern umschrieben wurden (z.B. [Vertreter der Firma X]). Verschleierungen und ungenaue Angaben entsprechen als milderer Mittel zur Offenlegung auch der Logik der Nikon-Rechtsprechung in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse (Urteil BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publiziert in BGE 142 II 268 Nikon). Bei den betroffenen natürlichen Personen ist daher nur die Zugehörigkeit zu einem Unternehmen, das wiederum Verfahrenspartei ist oder sonst im Kontext mit der Untersuchung steht, ersichtlich.

5.8.6. Die Beschwerdeführerinnen versuchen mit Ihren Abdeckungsvorschlägen mit einer gewissen Systematik, ihre gemäss der Darstellung der Vorinstanz von Kartellabsprachen betroffenen Umsätze als Geschäftsgeheimnis von der Offenlegung auszunehmen. Diesbezüglich ist auf die soeben zitierte bundesgerichtliche Rechtspre-

chung hinzuweisen, wonach Angaben zur internen Organisation eines Unternehmens ein objektives Geheimhaltungsinteresse aufweisen, allerdings nicht die interne Organisation eines unzulässigen Kartells (BGE 142 II 268 Nikon E. 5.2.4). Dieselbe Logik führt prima facie auch mit Blick auf Umsatzzahlen zur richtigen Lösung. Umsatzzahlen eines Unternehmens können ein objektives Geheimhaltungsinteresse aufweisen, wogegen die Nennung der seitens der WEKO angenommenen „Deliktssumme“ zu den Angaben gehört, welche die Vorinstanz offen legen darf. Das bedeutet, dass die Angaben betreffend die von Kartellabsprachen betroffenen Umsätze grundsätzlich keine Geschäftsgeheimnisqualität aufweisen, jedenfalls soweit nicht das Verhältnis zum Gesamtumsatz des Unternehmens beschrieben wird (vgl. zur Nennung von „Deliktssummen“ etwa Sanktionsverfügung, Rz. 687, Rz. 699, Rz. 724, Rz. 758, Rz. 777, Rz. 790, Rz. 792, Rz. 798 ff., Rz. 807 f., Rz. 811, Rz. 817 f. und Rz. 853; Tabellen: 11, 13-19, 21-25). Jedenfalls vorsorglich und teilweise zu entsprechen ist den Begehren der Beschwerdeführerinnen demgegenüber insoweit, als sie sich gegen die Offenlegung der Umsätze und der daraus ableitbaren Höhe der auferlegten Sanktion zur Wehr setzen. Im Sinne einer bewussten Ungenauigkeit ist der Sanktionsbetrag abweichend von der vorinstanzlich vorgesehenen Bandbreite mit 0.6 – 0.9 Millionen anzugeben (Sanktionsverfügung, Rz. 1455, Tabelle 34 und Dispositivziffer 3.6). Ein vollständiger Verzicht auf die Nennung des Sanktionsbetrags würde demgegenüber dem öffentlichen Interesse an der Publikation nicht hinreichend Rechnung tragen.

5.8.7. Soweit die Beschwerdeführerinnen behaupten, die Umstrukturierung im Rahmen der Gründung der Beschwerdeführerin 1 stelle mehr oder weniger integral ein Geschäftsgeheimnis dar, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Die im Handelsregister beschriebenen Vorgänge sind hingegen jedenfalls einstweilen namentlich insofern nicht vollständig wiederzugeben, als die Geldsummen benannt werden, welche in diesem Zusammenhang geflossen sind. Ebenfalls nicht genau zu benennen sind die Daten betreffend die Gründung der Beschwerdeführerin 1, den Übertragungsvertrag und die präzise Aufnahme der Geschäftstätigkeit (Sanktionsverfügung, Rz. 11 ff.). Offen zu legen sind demgegenüber unter Abdeckung der Namen von natürlichen Personen und der Höhe des Kaufpreises die Beteiligungsverhältnisse und die Darstellung der Vorinstanz betreffend die personellen Überschneidungen in Bezug auf die Organe (vgl. E. 5.7.5 hiervor; siehe etwa Sanktionsverfügung, Rz. 1132, Rz. 1174 und Rz. 1176).

5.9. Im Folgenden ist schliesslich aufzuzeigen, nach welcher Vorgehensweise das Bundesverwaltungsgericht in seiner „Internetversion BVGer“ die Abdeckungen gesetzt hat:

5.9.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Beschwerdeführerinnen mit Verfügungen vom 30. Januar 2018 einen „Entwurf Internetversion BVGer“ zugestellt, in welchem die strittigen Passagen mit verschiedenen Farben (gelb, rot, blau und grün) versehen waren (siehe zur Bedeutung der Farben E. 5.9.2 ff. hiernach). An diesen farblichen Abdeckungen gemäss der Version vom 30. Januar 2018 wurde in der vorliegenden Zwischenverfügung beiliegenden „Internetversion BVGer“

nichts verändert. Die Beschwerdeführerinnen haben sich mit ihren Stellungnahmen vom 15. Februar 2018 (Verfahren B-6714/2017) und vom 16. Februar 2018 (Verfahren B-6291/2017) zum „Entwurf Internetversion BVGer“ geäußert und im Sinne von ergänzenden Abdeckungsvorschlägen eine „Fassung gemäss Stellungnahme Bf zum Entwurf Internetversion BVGer“ eingereicht; die nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ergänzend abzudeckenden Passagen sind durch schwarze Unterstreichungen kenntlich gemacht. Diejenigen Abdeckungsanträge der Beschwerdeführerinnen, denen das Bundesverwaltungsgericht mit dem vorliegenden Zwischenentscheid entspricht, werden in der „Internetversion BVGer“ mit roter oder grüner Farbe unterstrichen. Die Abdeckungsanträge, welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht folgt, bleiben durch schwarze Unterstreichung kenntlich.

5.9.2. Die gelbe Einfärbung wurde für Passagen gewählt, die entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin (auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme zum „Entwurf Internetversion BVGer“) nicht abgedeckt werden. Rechtlich kommt den gelb markierten Passagen also dieselbe Qualität zu wie denjenigen, welche im Sinne von E. 5.9.1 hiervor aufgrund der Eingaben der Beschwerdeführerinnen vom 15. bzw. 16. Februar 2018 schwarz unterstrichen sind.

5.9.3. Blau markiert sind die Stellen, welche die WEKO in der „Internetversion WEKO“ zugunsten [dieser weiteren Verfügungs- adressatin] abgedeckt hat. Diese bleiben im Sinne des in Erwägung 5.1 hiervor Ausgeführten aus prozessualen Gründen abgedeckt, ohne dass die Geschäftsgeheimnisqualität dieser Passagen materiell zu prüfen wäre.

5.9.4. Diejenigen Abdeckungsanträge der Beschwerdeführerin, welche nicht von den Anträgen [dieser weiteren Verfügungsadressatin] gedeckt sind, sind aufgrund einer vorsorglichen Prüfung namentlich betreffend die Geschäftsgeheimnisqualität vorsorglich abzudecken, soweit sie in der beiliegenden „Internetversion BVGer“ entweder rot markiert oder rot unterstrichen sind.

5.9.5. Grün markiert sind von den Beschwerdeführerinnen oder seltener auch der Vorinstanz übersehene Passagen, welche vom Instruktionsrichter im Rahmen des Entwurfs für die „Internetversion BVGer“ vom 30. Januar 2018 gekennzeichnet worden sind (beispielsweise besonders explizite Teilbeweismündigungen im Sinne der Erwägung E. 5.7.6 hiervor [Sanktionsverfügung, Rz. 633] oder der Name einer Gemeinde im Sinne von E. 5.7.3 hiervor [Sanktionsverfügung, Rz. 1121]). Grün unterstrichen sind Passagen, welche aus Kohärenzgründen abzudecken sind und auch im Entwurf vom 30. Januar 2018 übersehen worden sind (vgl. etwa die Wiederholung einer „süffigen“ Unternehmeräusserung im Sinne der Erwägung E. 5.7.6 hiervor [Sanktionsverfügung, Rz. 634]).

5.9.6. Aufgrund des Gesagten wird deutlich, dass lediglich die gelb markierten oder schwarz unterstrichenen Passagen offen gelegt werden dürfen, wogegen die Vorinstanz die rot, blau oder grün markierten bzw. rot oder grün unterstrichenen Passagen abzudecken haben wird.

5.10. Zusammenfassend ergibt sich, dass den Begehren der Beschwerdeführerinnen, wonach der Vorinstanz eine Publikation der Sanktionsverfügung bis zum Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu untersagen ist, nicht zu entsprechen ist. Indessen ist den berechtigten Interessen der Beschwerdeführerinnen mittels zusätzlicher Abdeckungen Rechnung zu tragen. Die Voraussetzungen für einen teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde sind gegeben, weshalb die aufschiebende Wirkung in teilweiser Abweisung der entsprechenden Beschwerdeanträge nicht bzw. jedenfalls nicht in vollem Umfang wiederherzustellen ist. Die WEKO ist berechtigt, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 gemäss den Vorgaben in der beigelegten „Internetversion BVGer“ im Internet zu publizieren (vgl. dazu insb. E. 5.9 hiervor). Da der vorliegende Zwischenentscheid unbestrittenermassen von einer gerichtlichen Behörde ausgeht, ist auch nicht weiter auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen einzugehen, die Vorinstanz sei mangels Gerichtsqualität bzw. mit Blick auf die Garantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht befugt, die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 VwVG zu entziehen.

6.

Durch den vorliegenden Zwischenentscheid betreffend die Internetpublikation der vorinstanzlichen Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 fallen die superprovisorischen instruktionsrichterlichen Anordnungen betreffend ein einstweiliges umfassendes Verbot einer Internetpublikation der Sanktionsverfügung dahin. Soweit die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass das Bundesverwaltungsgericht sicherstelle, dass die Publikation bis zur Rechtskraft der vorliegenden Zwischenverfügung unterbleibe, ist diesem Begehren nicht zu entsprechen. Die Vorinstanz sei immerhin darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen festgehalten hat, dass sofortige Vollstreckungsmassnahmen, die es auch einer unverzüglich („diligent“) handelnden Beschwerdeführerseite verunmöglichen, rechtzeitig nach Ergehen der anzufechtenden Zwischenverfügung an das Bundesgericht zu gelangen, mit Blick auf Treu und Glauben bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot angreifbar sein können (Urteil des BGer 2C_203/2014 vom 9. Mai 2015 E. 1.5.2).

7.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerdeverfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 werden vereinigt und unter der Nummer B-6291/2017 weitergeführt.

2.

Der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens wird abgewiesen.

3.

3.1. Soweit die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass vorsorglich Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung aufgehoben werden oder mit der Publikation der Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 bis zum Endentscheid im vorliegenden Verfahren zugewartet wird, werden ihre Begehren abgewiesen.

3.2. Soweit die Vorinstanz beantragt, es sei ihr zu erlauben, die der angefochtenen Verfügung beiliegende „Internetversion“ zu veröffentlichen, wird ihr Begehren abgewiesen.

3.3. In teilweiser Gutheissung der Anträge beider Verfahrensbeteiligten wird der Vorinstanz erlaubt, die Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 gemäss der beiliegenden „Internetversion BVGer“ auf ihrer Internetseite zu publizieren.

4.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin 1 (Einschreiben, vorab in elektronischer Form; Beilage gemäss Ziffer 3.3 hier vor)
- die Beschwerdeführerin 2 (Einschreiben, vorab in elektronischer Form; Beilage gemäss Ziffer 3.3 hier vor)
- die Vorinstanz (Einschreiben, vorab in elektronischer Form; Beilage gemäss Ziffer 3.3 hier vor)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4
Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 4	1. Urteil vom 11. Februar 2020 – Publikation der Sanktionsverfügung bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2019
-----	---

Urteil 2C_690/2019 des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 11. Februar 2020 in Sachen A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission, in Bern. Gegenstand: Publikation der Sanktionsverfügung 22-0438 bezüglich Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 25. Juni 2019 (B-6291/2017, B-6714/2017).

Sachverhalt:

A.

Die im Jahr 1975 im Handelsregister eingetragene B._____ AG gründete am 20. März 2013 die A._____ AG als Tochtergesellschaft und übertrug dieser laut Vertrag vom 28. August 2014 die Aktiven und Passiven gemäss Inventar per 31. Dezember 2013. Mit Verfügung vom 8. Juli 2016 (nachfolgend: Sanktionsverfügung) sanktionierte die Wettbewerbskommission (WEKO) acht Strassen- und Tiefbauunternehmen, darunter die B._____ AG und die A._____ AG unter solidarischer Haftung, wegen kartellrechtswidrigem Verhalten. Das kartellrechtliche Verfahren hatte die Zeiträume 1977 bis 2002 sowie 2002 bis Mitte 2009 zum Gegenstand. Gegen die Sanktionsverfügung erhoben die beiden Gesellschaften am 11. November 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses Verfahren ist derzeit noch hängig (Verfahren B-6998/2016).

Im Begleitschreiben vom 3. Oktober 2016 zur Sanktionsverfügung wurden die B._____ AG und die A._____ AG darauf hingewiesen, dass die WEKO beabsichtige, die Sanktionsverfügung in der Reihe Recht und Politik des Wettbewerbs (nachfolgend: RPW/DPC) zu publizieren. Sie wurden in diesem Zusammenhang gebeten, der WEKO mitzuteilen, ob die Sanktionsverfügung weitere Geschäftsgeheimnisse enthalte, die vor der Veröffentlichung umschrieben oder entfernt werden müssten.

B.

Am 30. Oktober 2017 erliess die WEKO die Publikationsverfügung gegenüber der A._____ AG und der B._____ AG. Dieser Verfügung wurden zwei teilweise geschwärzte Fassungen der Sanktionsverfügung beigelegt. Dabei handelte es sich um die Publikationsversion, die nach Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung in der Reihe RPW/DPC publiziert werden

sollte (sog. Publikationsversion WEKO), und um die Internetversion, die noch vor Eintritt der Rechtskraft der Publikationsverfügung auf der Internetseite der WEKO veröffentlicht werden sollte (sog. Internetversion WEKO).

Mit Eingabe vom 7. November 2017 erhob die A._____ AG gegen die Publikationsverfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6291/2017). Mit Eingabe vom 24. November 2017 reichte auch die B._____ AG beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Publikationsverfügung ein (Verfahren B-6714/2017). Mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren B-6291/2017 und B-6714/2017 unter der Verfahrensnummer B-6291/2017.

Mit Urteil vom 25. Juni 2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerden der A._____ AG und der B._____ AG teilweise gut. Die WEKO wurde angewiesen, zusätzliche Passagen in der Publikationsversion WEKO und Internetversion WEKO abzudecken. In dieser Fassung (sog. Publikationsversion BVGer) dürfe die WEKO die Sanktionsverfügung sowohl in der Reihe RPW/DPC als auch auf ihrer Internetseite publizieren. Im Übrigen wies es die Beschwerden ab (Dispositiv-Ziffer 1), auferlegte der A._____ AG im Umfang von Fr. 5'250.-- die Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 2) und sprach ihr zulasten der WEKO eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu (Dispositiv-Ziffer 4).

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 5. August 2019 gelangt die A._____ AG an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 4 des Urteils vom 25. Juni 2019 des Bundesverwaltungsgerichts (Antrag 1). Es sei der WEKO die Publikation der Publikationsversion BVGer zu untersagen (Antrag 2). Die WEKO sei anzuweisen, zusätzlich zu den vom Bundesverwaltungsgericht als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Stellen auch die in der Beilage A zu dieser Beschwerde bezeichneten Textstellen der Publikationsversion BVGer in der publizierten Fassung abzudecken (Antrag 3). Eventualiter sei die WEKO anzuweisen in der publizierten Fassung bei jeder Benennung zu differenzieren, ob es sich bei "A._____", den "A._____-Gesellschaften" und "B._____" jeweils um die B._____ AG und/oder um die A._____ AG handle (Antrag 3a). Das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, ihre im Verfahren B-6998/2016 hängige Be-

schwerde gegen die Sanktionsverfügung vom 11. November 2016 ohne weitere Verzögerung, und in jedem Fall bis spätestens am 28. Februar 2020, zu beurteilen (Antrag 4).

Der Abteilungspräsident hat der Beschwerde mit Verfügung vom 29. August 2019 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesverwaltungsgericht lässt sich mit Eingabe vom 16. September 2019 vernehmen, ohne einen formellen Antrag in der Sache zu stellen.

Die WEKO nimmt mit Eingabe vom 25. September 2019 Stellung und beantragt die Abweisung des ersten und dritten Antrags. Auf die Anträge 2 und 3a sei nicht einzutreten. Eventualiter seien diese Anträge abzuweisen. Auf den vierten Antrag sei nicht einzutreten. Für den Fall, dass das Bundesgericht Begehren der Beschwerdeführerin (teilweise) gutheisse, sei der WEKO eventualiter die Publikation der Sanktionsverfügung in einer Fassung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen zu erlauben.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 141 II 113 E. 1 S. 116; Urteil 2C_196/2017 vom 21. Februar 2019 E. 1, nicht publ. in: BGE 145 II 49).

1.1. 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) und richtet sich gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG), in dem es die Publikation einer kartellrechtlichen Sanktionsverfügung (teilweise) bestätigt (Art. 83 BGG; vgl. Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Das Verfahren gegen die Publikationsverfügung ist losgelöst vom Verfahren gegen die Sanktionsverfügung zu beurteilen, da ein voneinander unabhängiges Anfechtungsobjekt betroffen ist. Für die Frage der Publikation der Sanktionsverfügung wirkt die Publikationsverfügung oder der allenfalls darüber ergangene Rechtsmittelentscheid verfahrensabschliessend. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich somit um einen anfechtbaren Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268).

1.2. Soweit die Beschwerdeführerin verlangt, das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, ihre im Verfahren B-6998/2016 hängige Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung vom 16. November 2016 (vgl. Ziff. A hiervor) ohne weitere Verzögerung, und in jedem Fall bis spätestens am 28. Februar 2020, zu beurteilen, bezieht sich ihr Rechtsbegehren auf eine Angelegenheit, die nicht das angefochtene Urteil vom 25. Juni 2019 betrifft. Insofern mit dem vierten Antrag eine Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sinne von Art. 94 BGG geltend gemacht würde, genügen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht den allgemeinen Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG, zumal die Beschwerdeführerin nicht dargelegt,

inwiefern das Bundesverwaltungsgericht nicht um den Fortgang des Verfahrens bestrebt wäre. Auf den Antrag 4 ist nicht einzutreten.

1.3. Im Übrigen handelt es sich um zulässige Haupt- und (reformatorische) Eventualanträge. Die Beschwerdeführerin ist bereits im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht oder nur teilweise durchgedrungen. Ausserdem ist sie durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie ist somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist in diesem Umfang 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 142 I 135 E. 1.5 S. 144; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Der Verletzung von Grundrechten 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 143 II 283 E. 1.2.2 S. 286; 139 I 229 E. 2.2 S. 232). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4 S. 5; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

3.

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens ist die Überprüfung der Rechtmässigkeit der Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung Publikationsversion BVGer. Die Vorinstanz hat der WEKO im angefochtenen Urteil erlaubt, diese Fassung in der Reihe RPW/DPC sowie auf ihrer Internetseite zu publizieren (vgl. E. 7.1 des angefochtenen Urteils). Insofern für das bundesgerichtliche Verfahren von Bedeutung, erwägt die Vorinstanz was folgt.

3.1. Die Publikation der Sanktionsverfügung erweise sich im Grundsatz als angemessen und verhältnismässig. Der Antrag der Beschwerdeführerin um gänzliche Untersagung der Publikation der Fassung Publikationsversion WEKO sei deshalb abzuweisen (vgl. E. 4 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz kommt im Weiteren zum Schluss, dass der Antrag auf Rückweisung zur Neuurteilung der Publikationsversion WEKO mit Blick auf die Geschäftsgeheimnisse und Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin abgewiesen werden müsse, da das Bundesverwaltungsgericht eine Angelegenheit nur ausnahmsweise zurückweise (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG) und sich eine Rückweisung in der vorliegenden Angelegenheit nicht aufdränge. Die Parteien hätten sich im

bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren umfassend geüssert, der Sachverhalt sei richtig und vollständig erhoben worden und das Bundesverwaltungsgericht könne mit voller Kognition entscheiden (vgl. E. 5 des angefochtenen Urteils).

3.2. Bei der Prüfung der Publikationsversion WEKO mit Blick auf die Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen und Personendaten stellt die Vorinstanz fest, dass neben der B._____ AG, auch die Identität der Beschwerdeführerin offen gelegt werde. Ausserdem werde die Umstrukturierung des Unternehmens "A._____" und damit die Übertragung der operativen Bautätigkeit beschrieben. Aufgrund der bisher erfolgten Medienberichterstattung und Medienkommunikation der Beschwerdeführerin bestehe kein schützenswertes Interesse der Beschwerdeführerin an der Geheimhaltung ihrer Identität. Als Folge davon müssten auch die im Handelsregister ersichtlichen Daten der Gründung sowie des Übertragungsvertrags, welche ebenso zum rechtserheblichen Sachverhalt gehörten, nicht anonymisiert werden, da nur dadurch die rechtlich zu würdigende Umstrukturierung nachvollziehbar gemacht werden könne. Sodann finden sich nach Auffassung der Vorinstanz in der Sanktionsverfügung einerseits Angaben, die Rückschlüsse auf einzelne Bauprojekte zuließen, konkrete Datumsangaben sowie genau Bezeichnungen von Listen und Datensätzen. Andererseits enthielte die Sanktionsverfügung Beweiswürdigungen, Abbildungen von Beweismitteln und Beweisergebnisse, die teilweise Geschehnisse aus der Zeit vor der Einführung von direkten Kartellrechtssanktionen beträfen. Im Umfang dieser Abdeckungsanträge sei die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen (vgl. E. 6 und E. 7 des angefochtenen Urteils).

4.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt das vorinstanzliche Urteil, demgemäss die Identität der Beschwerdeführerin zu publizieren sei, die Unschuldsvermutung.

4.1. Die Beschwerdeführerin legt dar, mit Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 habe die WEKO entschieden, dass unter anderem die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c KG beteiligt gewesen sei. Sodann habe die Vorinstanz aber mit Zwischenverfügung vom 12. März 2018 festgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Untersuchung nicht existent und folglich auch nicht rechtsfähig gewesen sei, weshalb ihr kein angeblicher Kartellrechtsverstoss vorgeworfen werden könne. Zum selben Schluss komme die Vorinstanz im angefochtenen Urteil. Trotzdem werde die am angeblichen Kartellrechtsverstoss unumstritten unbeteiligte Beschwerdeführerin nicht aus dem laufenden Verfahren entlassen und ihre Identität publiziert. Das vorinstanzliche Urteil verletze damit die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK, da sie zwar die fehlende Tütereigenschaft mangels Rechtsfähigkeit anerkennt, aber das Verfahren gegenüber der Beschwerdeführerin nicht einstellt und die Publikation ihrer Identität zulässt.

4.2. Das Bundesgericht hat bereits mehrfach festgehalten, dass die Publikation einer Sanktionsverfügung der WEKO vor deren Rechtskraft nicht gegen die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verstösst. Diese Normen hindern die Behörden nicht, die Öffentlichkeit über laufende strafrechtliche Untersuchungen und Verfahren zu informieren (vgl. Urteile 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 5; 2C_321/2018 vom 7. August 2018 E. 3.2.2; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3, nicht publ. in: BGE 142 II 268; zur Unschuldsvermutung im Allgemeinen vgl. BGE 144 I 126 E. 4.1 i.f. S. 132; 137 I 31 E. 5.1 S. 43; zum strafrechtsähnlichen Charakter der kartellrechtlichen Sanktionen vgl. BGE 139 I 72 E. 2 S. 78 ff.; Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268; zum Kartellsanktionsverfahren als Verwaltungsverfahren vgl. BGE 139 I 72 E. 4.4 f. S. 81 ff.; Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Im Sinne einer Parallellität zu den Publikationen der Gerichte hält der Gesetzgeber die Publikation von (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen der WEKO nach Art. 48 Abs. 1 KG als notwendig, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und somit einen wirksamen Wettbewerb verwirklichen zu können. Dabei wird in Kauf genommen, dass publizierte Entscheide der WEKO in einem späteren Verfahrensstadium auch aufgehoben oder korrigiert werden können (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.4 S. 274; Urteil 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 3.3).

4.3. Neben dem soeben erläuterten allgemeinen Grundsatz kommt in der vorliegenden Angelegenheit ein besonderer Umstand hinzu: Die Verfahrensparteien sind sich insoweit einig, als die Beschwerdeführerin die operative Tätigkeit der B._____ AG übernommen hat. In diesem Sinne wird in den Ziffern 11 und 12 der Publikationsversion BVGer dargelegt, dass die B._____ AG am 20. März 2013 die Beschwerdeführerin als Tochtergesellschaft gegründet und ihr gemäss Vertrag vom 28. August 2014 die Aktiven und Passiven gemäss Inventar per 31. Dezember 2013 übertragen hat (vgl. auch E. 5.5.1 hiernach). Umstritten ist indes, ob die Beschwerdeführerin - obwohl sie ihrer Ansicht nach zu keinem Zeitpunkt die Rechtsnachfolgerin der B._____ AG gewesen sei - aufgrund dieser Vermögensübertragung im Sinne von Art. 69 ff. des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301) für ein allfällig kartellrechtswidriges Verhalten der B._____ AG ins Recht gefasst werden kann.

Die Vorinstanz hält zwar fest, die Beschwerdeführerin sei im Zeitpunkt der Untersuchung nicht existent und folglich auch nicht rechtsfähig gewesen. Angesichts der Umstrukturierung und der damit verbundenen Übernahme des operativen Betriebs ist es denkbar - zumal nicht restlos geklärt -, dass die zur Bezahlung der allfälligen Sanktion notwendigen finanziellen Mittel im Rahmen des Vertrags vom 28. August 2014 ebenfalls von der B._____ AG auf die Beschwerdeführerin übertragen worden sind. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass - wie die Beschwerdeführerin vorbringt - sie keinesfalls Adressatin der Sanktionsverfügung sein

kann und niemals ein Ermittlungsverfahren gegen sie hätte durchgeführt werden dürfen.

4.4. Wie die WEKO in ihrer Vernehmlassung vom 16. September 2019 zutreffend vorbringt, ist die Rechtmässigkeit der Publikationsversion BVGer losgelöst von der sachlichen und rechtlichen Richtigkeit der zu publizierenden und noch nicht rechtskräftigen Sanktionsverfügung zu prüfen (vgl. auch E. 1.1 i.f. hiervor). In diesem Sinne erwägt die Vorinstanz zu Recht, der Publikation stehe auch nicht die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage entgegen, ob die WEKO gegen sie ein Ermittlungsverfahren hätte durchführen dürfen und die gegen die B. _____ AG ausgesprochene Sanktion gemeinsam auferlegen könne. Die massgebende Frage sei, ob die Beschwerdeführerin trotz fehlender Tätereigenschaft für das allenfalls kartellrechtswidrige Verhalten der B. _____ AG ins Recht gefasst werden könne (vgl. E. 4.8.2 des angefochtenen Urteils). Da diese Frage das Verfahren gegen die Sanktionsverfügung betrifft und für das vorliegende Verfahren gegen die Publikationsverfügung nicht von Bedeutung ist, läuft die Rüge einer Verletzung der Unschuldsvermutung ins Leere.

4.5. Insgesamt kommt angesichts der Interessen der Öffentlichkeit, möglichst von den Gründen des Handelns der WEKO Kenntnis zu haben, der Interessen der Wirtschaftsbeteiligten zu wissen, welches Verhalten Sanktionen nach sich ziehen könnte, und der Interessen, die anderen mit Kartellrechtsfragen involvierten Stellen zu informieren, auch den kartellrechtlichen Erwägungen zu den Umstrukturierungen und den kartellrechtlichen Fragen zur Solidarhaftung ein hoher Stellenwert zu (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5 S. 273 f.; Urteile 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 3.2; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.3, nicht publ. in: BGE 142 II 268). Im Lichte der erfolgten Umstrukturierung darf deshalb auch eine Person, deren Täterschaft umstritten ist, im Rahmen der Publikation im Sinne von Art. 48 Abs. 1 KG ohne Verletzung der Unschuldsvermutung genannt werden.

4.6. Nach dem Dargelegten stossen auch die Rügen der Beschwerdeführerin, die Offenlegung ihrer Identität in der zu publizierenden Fassung der Sanktionsverfügung verletze ebenfalls den Grundsatz der Gesetzmässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 KG und das Willkürverbot von Art. 9 BV, ins Leere.

Ihrer Auffassung, wonach für die Publikation ihrer Identität keine gesetzliche Grundlage bestehe, da sie infolge fehlender Rechtsfähigkeit nicht unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen könne, ist nicht zu folgen. Mit Art. 48 Abs. 1 KG besteht unbestrittenermassen eine gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung von Entscheiden der WEKO. Die kartellrechtliche Frage der Solidarhaftung und des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes ist eine materielle Rechtsfrage, die im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen die Sanktionsverfügung zu beantworten ist. Die Rechtmässigkeit der Sanktionsverfügung ist indes nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gegen die Publikationsverfügung. Mit der Beanstandung, die Beschwerdeführerin sei zu Unrecht Adressatin der Sanktionsverfügung, womit für ihre Erwähnung in der Publikationsversion BVGer keine gesetzliche Grundlage bestehe, dringt sie daher

nicht durch. Ebenso ist in der Publikation einer derartigen Sanktionsverfügung keine Willkür zu erkennen.

4.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Publikation der Sanktionsverfügung der WEKO vor deren Rechtskraft in der Fassung Publikationsversion BVGer weder gegen die Unschuldsermutung im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK noch gegen den Grundsatz der Gesetzmässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 2 KG oder das Willkürverbot von Art. 9 BV verstösst.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV, da die Vorinstanz der WEKO eine Veröffentlichung der Sanktionsverfügung in der Fassung Publikationsversion BVGer erlaube, obwohl es möglich wäre, eine eindeutige und unmissverständliche Unterscheidung zwischen der Beschwerdeführerin und der B. _____ AG sicherzustellen, ohne die Identität der Beschwerdeführerin zu offenbaren.

5.1. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin prüft die Vorinstanz zwar, ob die Veröffentlichung an sich verhältnismässig wäre. Sie unterlasse aber zu untersuchen, ob die Art und Weise der Publikation ebenfalls dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV entspreche. Die Vorinstanz hätte eine Interessenabwägung in Bezug auf die Offenlegung der Identität der Beschwerdeführerin und der sie betreffenden Umstrukturierung vornehmen müssen. Es bestehe hierfür kein öffentliches Interesse. Ihr privates Interesse an der objektiven Geheimhaltung, mit welcher ihre Wettbewerbsfähigkeit geschützt werde, überwiege das öffentliche Interesse. Die Angaben zur Beschwerdeführerin in der zu publizierenden Fassung der Sanktionsverfügung seien weiterhin im Sinne eines Geschäftsgeheimnisses abzudecken. Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, die Publikation der Publikationsversion BVGer sei unverhältnismässig, da neben dem fehlenden öffentlichen Interesse an der Publikation, sie erstens nicht geeignet sei, eine Präventionswirkung zu entfalten, zweitens die Öffentlichkeit keine neuen Erkenntnisse aus der Publikationsversion BVGer gewinne und drittens die gleiche Publikationswirkung mit einer eindeutigen und unmissverständlichen Unterscheidung zwischen der Beschwerdeführerin und der B. _____ AG erreicht werde.

5.2. Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen, sofern daran ein genügendes Interesse besteht. Entscheide sind unter anderem auch Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, womit auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG erfasst werden (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.2 S. 271 f.; Urteil 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 4.2.2).

5.2.1. Den Wettbewerbsbehörden steht nach dem Wortlaut der Bestimmung ein Ermessen zu. Dieses Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben. Die Handhabung des pflichtgemässen Ermessens ist eine Frage der Angemessenheit, die sich nur dort stellt, wo das Recht selbst der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV - als Regulativ ausgeschöpft ist. Hält

sich die Behörde an den Ermessensspielraum und übt ihr Ermessen unangemessen aus, handelt sie nicht rechtswidrig. Rechtsfehlerhaft handelt eine Behörde bei Überschreitung oder Unterschreitung ihres Ermessens sowie bei Ermessensmissbrauch. Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3 S. 272; Urteile 8C_332/2019 vom 18. September 2019 E. 3.2; 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 4.2.3).

5.2.2. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde nicht die Publikation der Sanktionsverfügung als solche, sondern bloss die Offenlegung ihrer Identität und der sie betreffenden Umstrukturierung in Frage gestellt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Publikation der Sanktionsverfügung im Grundsatz rechtswidrig sein sowie nicht im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz und der Wettbewerbsbehörden liegen sollte. Zu prüfen bleibt daher lediglich, ob die Sanktionsverfügung in der Fassung Publikationsversion BVGer samt Nennung der Identität der Beschwerdeführerin im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten rechtskonform publiziert worden ist.

5.3. Laut Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (zum Begriff und zu den Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2 S. 275 ff.; 118 Ib 547 E. 5a S. 559 f.). Keine Geschäftsgeheimnisse sind der Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung, die nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung amtlich zu publizieren sind (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.1 S. 275; Urteil 2C_994/2017 vom 26. Juni 2019 E. 4.2.5). Aufgrund des Wortlauts von Art. 25 Abs. 4 KG erfolgt keine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse, die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zu publizieren, und dem Geschäftsgeheimnis. Im Rahmen der Frage, ob die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses gegeben sind, kommt der zu beurteilenden Behörde allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Diese Beurteilung hat für jede relevante Tatsache gesondert zu erfolgen. Steht fest, dass es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist es geschützt und die das Geschäftsgeheimnis betreffenden Tatsachen dürfen nicht publiziert werden (vgl. Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 5.3.2, nicht publ. in: BGE 142 II 268; vgl. auch MARTENET, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire Romande, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 58 zu Art. 25).

5.4. Wie sich aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG ergibt, handelt es sich bei der Identität der Adressatin der Sanktionsverfügung im Grundsatz nicht um ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG. Gemäss Art. 28 Abs. 1 KG gibt das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt. Dabei nennt sie unter anderem die Adressatinnen der Untersuchung (vgl. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG). Hat die Wettbewerbsbehörde bereits bei der Eröffnung des Verfahrens die Adressatinnen der Untersuchung genannt, steht der Schutz des Geschäftsgeheimnisses einer Nennung der Adressatinnen in der Publikation der verfahrensab-

schliessenden Sanktionsverfügung grundsätzlich nicht entgegen. Dies gilt selbst dann, wenn sich im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens die Frage stellt, ob eine der Adressatinnen der Untersuchung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KG letztlich auch Adressatin der verfahrensabschliessenden Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG sein kann. Sodann muss dies insbesondere in der vorliegenden Angelegenheit gelten, zumal (noch) nicht abschliessend geklärt ist, ob die vorgenommene Umstrukturierung zwecks Umgehung des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens erfolgt ist.

5.5. Soweit für die Beurteilung die verschiedenen Interessen zu berücksichtigen sind, ist für die vorliegende Angelegenheit Folgendes zu erwägen.

5.5.1. Aus den Ziffern 11 und 12 der Publikationsversion BVGer geht klar hervor, dass die B._____ AG am 20. März 2013 die Beschwerdeführerin als Tochtergesellschaft gegründet und ihr gemäss Vertrag vom 28. August 2014 die Aktiven und Passiven gemäss Inventar per 31. Dezember 2013 übertragen hat. Die Frage, wie eine solche Umstrukturierung im Nachgang an einen vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss der B._____ AG aus kartellrechtlicher Sicht zu würdigen ist, liegt sowohl im Interesse der Öffentlichkeit als auch der Wirtschaftsbeteiligten und der involvierten Stellen (vgl. E. 4.3 hiervor). Die Beschwerdeführerin wird unter solidarischer Haftung mit der B._____ AG ins Recht gefasst und erscheint deshalb auch im Dispositiv der zu publizierenden Fassung der Sanktionsverfügung. Aufgrund des erheblichen Interesses der Öffentlichkeit an der Kenntnis des (begründeten) Ergebnisses eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens ist bei der Anonymisierung des Dispositivs Zurückhaltung auszuüben. Damit wird dem öffentlichen Interesse Nachachtung verschafft, dass die Entscheide der Wettbewerbsbehörden trotz Schwärzungen verständlich bleiben müssen (vgl. MARTENET, a.a.O., N. 58 zu Art. 25).

5.5.2. Mit Beschwerde vom 16. April 2018 hat die A._____ AG die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 12. März 2018 (vgl. Ziff. B hiervor) beim Bundesgericht angefochten und unter anderem um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht. Das Bundesgericht hat mit Verfügung vom 8. Mai 2018 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung in dem Sinne gutgeheissen, als während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens 2C_321/2018 die Sanktionsverfügung nur in der Fassung Internetversion BGer auf der Internetseite der WEKO publiziert werden darf. Am 17. Mai 2018 hat die WEKO die Sanktionsverfügung in der Fassung Internetversion BGer auf ihrer Internetseite publiziert. In der Folge teilte die Beschwerdeführerin am 23. Mai 2018 und 30. Mai 2018 im Rahmen von Medienmitteilungen mit, sie sei Adressatin der Sanktionsverfügung und habe dagegen ein Rechtsmittel erhoben. Im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. September 2018 dargetan, sie sei gezwungen gewesen, unter Aufhebung ihrer Anonymität den Sachverhalt zu erläutern.

5.5.3. Aufgrund dieser Umstände ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums mit Blick auf die Voraussetzungen der Geschäftsgeheimnisse zum Schluss gelangt, dass die

Beschwerdeführerin an der Geheimhaltung ihrer Identität kein Interesse zukommt. Dieses Interesse ist mit der Publikation der Internetversion BVGer und der darauffolgenden durch sie selbst vorgenommenen Medienkommunikation entfallen. Bei ihrer Identität handelt es sich seither um eine bekannte Tatsache. Im Gegensatz dazu besteht weiterhin ein öffentliches Interesse an der Nennung der Identität der Beschwerdeführerin. Deshalb sind auch unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen bei der Identität der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für ein Geschäftsgeheimnis nicht erfüllt. Als Ausfluss daraus ist auch die Umstrukturierung kein Geschäftsgeheimnis, zumal der bereits beschriebene Umstrukturierungsvorgang aus den Handelsregistereinträgen der B. _____ AG und der Beschwerdeführerin öffentlich zugänglich hervorgeht.

5.6. Soweit die Beschwerdeführerin im Weiteren beanstandet, die klare Unterscheidung zwischen der Beschwerdeführerin und der B. _____ AG zwecks eindeutiger und nachvollziehbarer Kennzeichnung stelle eine mildere Massnahme dar, als der blosser Hinweis in Ziffer 13 der Publikationsversion BVGer, ist ihr nicht zu folgen. Aus den Ziffern 11, 12 und 13 der Publikationsversion BVGer geht deutlich hervor, dass die Beschwerdeführerin nach dem vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss gegründet worden ist. Aufgrund dieser ausdrücklichen Klarstellung liegt jedenfalls keine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit vor.

5.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Publikation der Sanktionsverfügung grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz liegt. Die Identität der Beschwerdeführerin und die sie betreffende Umstrukturierung sind keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG. Insoweit sich bei der Publikation der Sanktionsverfügung die Frage der Verhältnismässigkeit mit Blick auf die Unterscheidung zwischen der Beschwerdeführerin und der B. _____ AG stellt, ist durch die Klarstellung in den Ziffern 11, 12 und 13 der Publikationsversion BVGer der Grundsatz der Verhältnismässigkeit jedenfalls gewahrt.

6.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt die Vorinstanz ihren Persönlichkeitsschutz.

6.1. Mit der Rüge der Verletzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB stösst die Beschwerdeführerin ins Leere. Entgegen ihrer Auffassung wurzelt der öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsschutz nicht im Privatrecht. Vielmehr stellt dieser eine Konkretisierung und Verwirklichung der Grundrechte dar (vgl. Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV i.V.m. insb. Art. 10 BV oder Art. 13 BV). Persönlichkeitsverletzungen im öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis sind deshalb nicht über Art. 28 ZGB zu lösen, sondern über das öffentliche Recht - mithin über die das Verwaltungsrechtsverhältnis konstituierenden Bundeserlasse (vgl. Urteile 2C_601/2016 vom 15. Juni 2018 E. 6.2, nicht publ. in: BGE 144 II 233; 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 7.1, nicht publ. in: BGE 142 II 268).

6.2. Insofern die Beschwerdeführerin weiter vorbringt, es sei eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 19

Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1) vorzunehmen, ist ebenfalls auf ihre Medienmitteilungen vom 23. Mai 2018 und 30. Mai 2018 hinzuweisen (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Aufgrund der medialen Bekanntheit ihrer Identität und der sie betreffenden Umstrukturierung kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Schutz von Personendaten gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Kartellgesetz geht im Weiteren als spezialgesetzliche Grundlage dem Datenschutzgesetz ohnehin vor, soweit die personenbezogenen Daten Geschäftsgeheimnisse betreffen (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.3 S. 282 f.).

6.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rüge einer Verletzung von Art. 28 ZGB ins Leere stösst. Soweit Art. 19 Abs. 1 DSG als allgemeine Bestimmungen überhaupt einen weitergehenden Schutz als die Spezialregelung in Art. 25 Abs. 4 KG einräumt (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.3 S. 282 f.), ist ebenfalls keine Verletzung des Schutzes von Personendaten zu erkennen.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Meinungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 2 BV in Verbindung mit Art. 27 BV und Art. 36 BV sowie Art. 10 Ziff. 1 EMRK, da die Vorinstanz ihr das Richtigstellen falscher Anschuldigungen in der Regionalpresse verwehre.

7.1. Es ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin entgegenhält, sie habe ihre Anonymität - als Reaktion auf die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung Internetversion BVGer durch die WEKO am 17. Mai 2018 (vgl. E. 5.5.2 hiervor) - mit ihren Medienmitteilungen vom 23. Mai 2018 und 30. Mai 2018 selbst aufgehoben. Deshalb komme ihr kein schützenswertes Interesse an ihrer Anonymisierung mehr zu (vgl. E. 6.6.1.6 und E. 6.6.1.9 des angefochtenen Urteils). Es kann indes offen bleiben, ob die Vorinstanz mit dieser Argumentation Ansprüche aus Art. 16 Abs. 2 BV und Art. 10 EMRK berührt. Bei der Identität der Beschwerdeführerin und der sie betreffenden Umstrukturierung handelt es sich um keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG (vgl. E. 5.4 f. hiervor). Damit kommt die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht zum Schluss, dass die Identität der Beschwerdeführerin sowie die sie betreffende Umstrukturierung offenzulegen ist.

7.2. Die Beschwerdeführerin stösst mit ihrer Beanstandung, wonach die Vorinstanz ihr das Richtigstellen falscher Anschuldigungen in der Regionalpresse verwehre, folglich ins Leere.

8.

Im Ergebnis erweist sich die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung Publikationsversion BVGer als rechtskonform und die Beschwerde als unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations		GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
Indice delle abbreviazioni		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
A		GU	Gemeinschaftsunternehmen
AF	Arrêté fédéral	H	
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HGer	Handelsgericht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	HMG	Heilmittelgesetz
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	I	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
B		J	
BA	Bundesamt	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BB	Bundesbeschluss		
BBI	Bundesblatt	JdT	Journal des Tribunaux
BG	Bundesgesetz	K	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KG	Kartellgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGer	Bundesgericht	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	L	
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BR	Bundesrat	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BV	Bundesverfassung	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
C		LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CC	Code civil	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CE	Communauté Européenne	LF	Loi fédérale / Legge federale
CE	Conseil des Etats	LL	Legge federale sul lavoro
CF	Conseil fédéral	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CO	Code des obligations	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
Cost.	Costituzione federale	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
CPS	Code pénal suisse	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
cst.	Constitution fédérale	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
D		M	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	N	
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	O	
DG	Direction Générale (UE)	O	Ordonnance
E		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
EU	Europäische Union	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
F			
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
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
REKOWEF	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 | <ul style="list-style-type: none"> abgestimmtes Verhalten - abgestimmte Verhaltensweise - Abrede 1313, 1318 f., 1341, 1373, 1377 f., 1398, 1432, 1434 ff., 1445, 1459, 1480, 1494, 1500, 1502 ff., 1513, 1524, 1530, 1532 Acquiring - Anhörung 1490, 1492, 1520 f. Apotheker/innen - Ärzte(-Verband) - | <ul style="list-style-type: none"> Kostenraster - Krankenversicherer - Kreditkarten - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft - |
| B | <ul style="list-style-type: none"> Banken 1297 ff. Befristung des Entscheids - Breitbanddienste - Bündelung vertikaler Restriktionen - | <ul style="list-style-type: none"> legitimate business reasons - Marktaufteilung - marktbeherrschende Stellung - Marktgegenseite - Marktorganisation - Marktstruktur - Marktzutrittsschranken - Meldepflicht 1235 Missbrauch 1487, 1493, 1505 f., 1523, 1528, 1534 |
| C | | L |
| D | <ul style="list-style-type: none"> Debitkarten - Domestic Interchange Fee - | <ul style="list-style-type: none"> M Netzwerk 1234, 1249, 1255 ff., 1294 Netzwerkkosten - Nichtdiskriminierungsklausel - |
| E | <ul style="list-style-type: none"> Effizienzgründe - Effizienzprüfung - Einstellung einer Untersuchung - einvernehmliche Regelung - Erheblichkeit - Exklusivvertrieb - | <ul style="list-style-type: none"> N O P Parallelverhalten - potenzieller Wettbewerb - Preisabrede - Preisbindung zweiter Hand - |
| F | | Q |
| G | <ul style="list-style-type: none"> geografische Beschränkungen - Grosskunden-Märkte - | <ul style="list-style-type: none"> Quersubventionierung 1240 R Rabatte 1497, 1526 Reduktion der Sanktion - |
| H | <ul style="list-style-type: none"> Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln - | <ul style="list-style-type: none"> S Sanktionen 1488, 1493, 1495, 1498, 1505, 1508 ff., 1525, 1532 f. Senkung Herstellkosten - Submission 1494, 1502 ff., 1523 f., 1526 Submissionskartell - |
| I | <ul style="list-style-type: none"> Indizienbeweis - Interchange Fee 1307, 1369, 1505 Internalisierung eines Kostenfaktors - | <ul style="list-style-type: none"> T Tarife - Tarifvertrag - Tierärzte/innen - Transparenzmassnahmen - |
| J | | U |
| K | <ul style="list-style-type: none"> kollektive Marktbeherrschung - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen - Koppelungsgeschäft - | |

Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -	
Untersuchung 1233, 1480, 1483 f., 1488, 1493 ff., 1497, 1499 f., 1503 ff., 1513, 1516 ff., 1521 f., 1526 f., 1532, 1534		W
unzulässige Wettbewerbsabrede 1494	Wettbewerb um den Markt -	X
V		Y
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		Z
Veröffentlichung 1275, 1480 ff., 1484 f., 1492 ff., 1497 f., 1502 f., 1505, 1517 f., 1522, 1525, 1527, 1530, 1533 f.	Zahlungsmittel -	
Verschulden -	zweiseitige Märkte -	
Vierparteiensysteme -		
vorbehaltene Vorschriften -		
